



**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID**

## **TESIS DOCTORAL**

**LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES  
MIGRANTES IRREGULARES  
EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA  
EUROPEA Y AMERICANA**

**Autora:  
ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ**

**Director:  
FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,  
ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**Getafe, 2012**



**TESIS DOCTORAL**

**LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES  
MIGRANTES IRREGULARES  
EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA  
EUROPEA Y AMERICANA**

Autora: ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Director: FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de

de 2012



A Luis,

A mis Padres,

A Aída,

Y a nuestro amado Nicolás



## **Agradecimientos**

A Luis, por ser el mejor compañero a lo largo de todos estos años de estudio: primero en la licenciatura y en la maestría, y segundo en el doctorado. Gracias amor por todo.

A mis Padres, por estar conmigo desde el día en que nací y darme todo su amor, apoyo y confianza incondicionales.

A mi Madre una mención especial por cumplir con creces su papel de mamá, amiga y, ahora, abuela. Mamá nunca podré agradecerte lo suficiente todo lo que has hecho por mi.

A Aída, por ser la mejor hermana que haya podido tener, mi mejor amiga y el mejor ejemplo a seguir.

A Nicolás, por ser el regalo más hermoso que la vida me ha dado y darme las fuerzas para terminar este proyecto.

Al Dr. Fernando M. Mariño Menéndez, por haber sido un tutor ejemplar en quien siempre encontré guía, apoyo, apertura y comprensión en estos años de doctorado (y antes en el Máster).

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México, por el apoyo económico otorgado a lo largo de estos años de investigación.

A la Secretaría de Educación Pública de México, por el apoyo económico otorgado en el último año del doctorado.





## Introducción

### **CAPÍTULO 1. DESARROLLOS HISTÓRICOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS**

#### Introducción

#### A) DESARROLLOS HASTA FINALES DEL SIGLO XIX

1.1 Antigüedad

1.2 Edad Media

1.3 Edad Moderna

1.4 Desarrollo del sistema de tratados

#### B) DESARROLLOS DE FINALES DEL SIGLO XIX A LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

1.5 Esfuerzos aislados tendientes al reconocimiento internacional de derechos básicos a los extranjeros

1.6 Sociedad de Naciones

1.7 Tratados de movimientos colectivos de personas

#### C) LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: APROXIMACIÓN

1.8 Marco de referencia

1.9 De las 'Cuatro Libertades' de Roosevelt a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

1.10 Obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos

1.11 Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos

1.12 La protección de los derechos humanos de los extranjeros a partir de la internacionalización de los derechos humanos

Conclusión

### **CAPÍTULO 2. DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LOS DERECHOS HUMANOS**

#### Introducción

2.1 Antecedentes

2.2 Evolución de la codificación

2.3 Definiciones y diferencias con figuras afines

2.4 Naturaleza jurídica

2.5 Condiciones de ejercicio

2.6 Protección diplomática y obligaciones *erga omnes*

2.7 Protección diplomática y derechos humanos

Conclusión

### **CAPÍTULO 3. LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE LOS MIGRANTES IRREGULARES**

#### Introducción

3.1 Nacionales y nacionalidad. Aproximación

3.2 Extranjeros

3.3 Trato a los extranjeros y movimiento de personas: régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros

3.4 Condición jurídica internacional de los extranjeros en estatus irregular en el territorio del Estado de recepción

3.4.5 ¿Qué derechos se deben otorgar a los migrantes irregulares?

Conclusión

## **CAPÍTULO 4. LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES:**

### **PRIMERA PARTE: NORMAS UNIVERSALES**

Introducción capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares

#### **A) INSTRUMENTOS UNIVERSALES GENERALES**

- 4.1 Carta de las Naciones Unidas
- 4.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos
- 4.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 4.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 4.5 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

#### **B) INSTRUMENTOS UNIVERSALES ESPECIALIZADOS**

##### *i. Naciones Unidas*

- 4.6 Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven
- 4.7 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares
- 4.8 Otros instrumentos y acciones

##### *ii. Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

- 4.9 La OIT y la protección de los derechos humanos laborales: instrumentos centrales
- 4.10 La OIT y la protección de los trabajadores migrantes: convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes

## **CAPÍTULO 5. LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES:**

### **SEGUNDA PARTE. NORMAS REGIONALES**

#### **A) ÁMBITO AMERICANO**

- 5.1 Carta de la Organización de los Estados Americanos
- 5.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- 5.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos
- 5.4 Protocolo adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Culturales y Sociales
- 5.5 La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador
- 5.6 Otros instrumentos y acciones

#### **B) ÁMBITO EUROPEO**

##### *i. Consejo de Europa*

- 5.7 Estatuto del Consejo de Europa
- 5.8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
- 5.9 Carta Social Europea
- 5.10 Otros instrumentos y acciones

##### *ii. Unión Europea*

- 5.11 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- 5.12 Otros instrumentos y acciones

Conclusión capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares

## **CAPÍTULO 6. LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL O DE *JUS COGENS* Y LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES**

### Introducción

- 6.1 Definición y características de las normas imperativas de Derecho Internacional general o de *jus cogens*
  - 6.2 Normas aceptadas de *jus cogens*
  - 6.3 Aspectos particulares de la relación entre las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*
  - 6.4 El *jus cogens* laboral
  - 6.5 Eficacia jurídica de las normas de *jus cogens* en caso de violación
  - 6.6 Las normas de *jus cogens* en la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares
- Conclusión

## **CAPÍTULO 7. CASO DE ESTUDIO. LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA**

### Introducción

#### **A) LA MIGRACIÓN IRREGULAR CON FINES DE EMPLEO: PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA**

- 7.1 Antecedentes
- 7.2 Los inicios de la regulación: finales del siglo XIX a 1914
- 7.3 Establecimiento sistemático de controles migratorios: 1914-1945
- 7.4 Primeros movimientos significativos de trabajadores migrantes irregulares: 1945- 1973
- 7.5 Consolidación de la migración irregular con fines de empleo: 1973- 2000

#### **B) LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS SOCIALES EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA**

##### *i. Norteamérica*

- 7.6 Estados Unidos
- 7.7 Canadá

##### *ii. Europa*

- 7.8 Reino Unido
- 7.9 Francia
- 7.10 Alemania
- 7.11 Italia
- 7.12 España

### Conclusión

## **CAPÍTULO 8. EPÍLOGO. LOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO**

### **Conclusiones**

### **Bibliografía**

Dedicatorias.....	3
Agradecimientos.....	4
Sumario.....	5
Índice.....	8
Abreviaturas más usadas.....	19
Introducción.....	22

## **CAPÍTULO 1. DESARROLLOS HISTÓRICOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS**

Introducción.....	31
A) DESARROLLOS HASTA FINALES DEL SIGLO XIX.....	32
1.1 Antigüedad.....	32
1.1.1 Antigua Judea.....	33
1.1.2 Grecia.....	36
1.1.3 Roma.....	40
1.2 Edad Media.....	42
1.2.1 La situación de los extranjeros en la Edad Media: observaciones generales.....	42
1.2.2 Trato a los extranjeros de acuerdo con el grupo religioso al que pertenecían.....	43
1.2.2.1 Cristianos y judíos bajo el imperio islámico.....	43
1.2.2.2 Musulmanes y judíos bajo el imperio cristiano.....	45
1.2.2.3 Un caso particular: trato a los judíos en la Edad Media. Apuntes generales.....	47
1.2.3 Influencia del desarrollo del comercio con el exterior en el trato a los extranjeros....	54
1.3 Edad Moderna.....	56
1.3.1 Contexto histórico de las relaciones internacionales de la época.....	56
1.3.2 Principales bases doctrinales que influyeron en el cambio de actitud hacia los extranjeros en la Edad Moderna.....	59
1.3.3 La protección de los extranjeros en la Edad Moderna.....	68
1.3.4 Los derechos de los extranjeros tras los documentos legales del siglo XVIII.....	70
1.4 Desarrollo del sistema de tratados.....	73
1.4.1 Tratados de capitulación.....	73
1.4.2 Tratados de navegación, comercio y amistad.....	76
1.4.3 Tratados con cláusula de la nación más favorecida.....	77
1.4.4 Tratados con cláusula de trato nacional.....	78
B) DESARROLLOS DE FINALES DEL SIGLO XIX A LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX.....	78
1.5 Esfuerzos aislados tendientes al reconocimiento internacional de derechos básicos a los extranjeros.....	78

1.6 Sociedad de Naciones.....	81
1.7 Tratados de movimientos colectivos de personas.....	86
C) LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: APROXIMACIÓN.....	88
1.8 Marco de referencia.....	88
1.9 De las ‘Cuatro Libertades’ de Roosevelt a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	90
1.10 Obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos.....	94
1.11 Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.....	97
1.12 La protección de los derechos humanos de los extranjeros a partir de la internacionalización de los derechos humanos.....	98
Conclusión.....	99

**CAPÍTULO 2.  
DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LOS DERECHOS HUMANOS**

Introducción.....	102
2.1 Antecedentes.....	104
2.1.1 Doctrina del trato nacional.....	108
2.1.2 Doctrina del estándar mínimo internacional.....	111
2.1.3 Consolidación del principio de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a la persona y los bienes de los extranjeros.....	117
2.2 Evolución de la codificación.....	120
2.2.1 Ámbito regional.....	121
2.2.2 Ámbito universal.....	122
2.2.2.1 Sociedad de Naciones.....	122
2.2.2.2 Naciones Unidas.....	123
2.3 Definiciones y diferencias con figuras afines.....	127
2.3.1 Definiciones.....	127
2.3.2 La definición del proyecto de 2006 y diferenciación con figuras afines: asistencia diplomática, asistencia consular y protección consular.....	128
2.4 Naturaleza jurídica.....	130
2.4.1 El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática.....	130
2.4.1.1 Un derecho subjetivo de protección del Estado.....	130
2.4.1.2 Un derecho discrecional del Estado.....	132
2.4.2 El derecho subjetivo lesionado del individuo subyacente.....	135
2.4.3 ¿Deber de los Estados? .....	140
2.5 Condiciones de ejercicio.....	147
2.5.1 Nacionalidad de la reclamación.....	148
2.5.2 Agotamiento de los recursos disponibles en el Derecho interno.....	155
2.6 Protección diplomática y obligaciones <i>erga omnes</i> .....	159
2.6.1 Proyecto sobre protección diplomática.....	160
2.6.2 Proyecto sobre responsabilidad internacional.....	163
2.7 Protección diplomática y derechos humanos.....	166
2.7.1 Individuos en general.....	170
2.7.2 Extranjeros.....	173
Conclusión.....	175

**CAPÍTULO 3.**  
**LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL: EL CASO DE LOS MIGRANTES IRREGULARES**

Introducción.....	178
3.1 Nacionales y nacionalidad. Aproximación.....	180
3.1.1 Nacionales.....	180
3.1.2 Nacionalidad.....	182
3.2 Extranjeros.....	188
3.2.1 Definición y normas aplicables.....	188
3.2.2 Estándar mínimo internacional de derechos humanos.....	191
3.2.2.1 ¿Estándar mínimo internacional o estándar mínimo internacional de derechos humanos?.....	191
3.2.2.2 ¿‘Estándar mínimo internacional de derechos humanos’, ‘derechos humanos fundamentales’ o ‘núcleo duro’?.....	193
3.2.2.3 Contenido.....	201
3.2.2.4 ¿Contenido en expansión?.....	207
3.2.3 Distinción entre nacionales y extranjeros.....	210
3.3 Trato a los extranjeros y movimiento de personas: régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros.....	213
3.3.1 Entrada y permanencia.....	213
3.3.2 Salida.....	215
3.3.2.1 Expulsión de los extranjeros que ya habían sido admitidos regularmente en el territorio del Estado.....	215
3.3.2.2 Supuestos en que los Estados ven limitado su derecho discrecional de expulsión de extranjeros.....	220
3.3.2.2.1 Refugiados.....	221
3.3.2.2.2 Asilados.....	226
3.3.2.2.3 Desplazados.....	227
3.3.2.2.4 Apátridas.....	227
3.3.2.3 Expulsión de los extranjeros en situación migratoria irregular.....	229
3.3.2.3.1 Entrada irregular.....	229
3.3.2.3.2 Permanencia irregular.....	231
3.3.2.3.3 Condición jurídica de los extranjeros irregulares sujetos a un proceso de expulsión.....	233
3.4 Condición jurídica internacional de los extranjeros en estatus irregular en el territorio del Estado de recepción.....	236
3.4.1 Migrante irregular: terminología.....	236
3.4.2 Migrantes irregulares: extranjeros vulnerables y marginalizados.....	242
3.4.2.1 Niños migrantes irregulares.....	245
3.4.2.2 Mujeres migrantes irregulares.....	249
3.4.3 Argumentos a favor de la necesidad de proteger a los migrantes irregulares.....	251
3.4.4 El papel del Derecho Internacional los Derechos Humanos en la protección de los migrantes irregulares.....	255
3.4.5 ¿Qué derechos se deben otorgar a los migrantes irregulares?.....	257
Conclusión.....	260

**CAPÍTULO 4.  
LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA  
PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES:**

**PRIMERA PARTE: NORMAS UNIVERSALES**

Introducción capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares.....	264
A) INSTRUMENTOS UNIVERSALES GENERALES.....	266
4.1 Carta de las Naciones Unidas.....	266
4.1.1 El principio de no discriminación.....	267
4.1.2 La obligación de respetar y proteger los derechos y las libertades fundamentales del ser humano emanada de la CNU.....	269
4.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	271
4.2.1 La aplicación de la DUDH a los extranjeros.....	271
4.2.1.1 El principio de no discriminación.....	271
4.2.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la DUDH a los extranjeros.....	272
4.2.1.3 Derechos reconocidos bajo la DUDH a los migrantes irregulares.....	273
4.2.2 Obligatoriedad de la DUDH.....	274
4.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	279
4.3.1 La aplicación del PIDCP a los extranjeros.....	279
4.3.1.1 El principio de no discriminación.....	279
4.3.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación del PIDCP a los extranjeros.....	281
4.3.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PIDCP.....	285
4.3.2 La obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el PIDCP.....	285
4.3.3 Suspensión de derechos.....	287
4.3.4 Reservas y denuncia del PIDCP.....	289
4.3.4.1 Reservas.....	289
4.3.4.2 Denuncia.....	290
4.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	290
4.4.1 La aplicación del PIDESC a los extranjeros.....	291
4.4.1.1 El principio de no discriminación.....	291
4.4.1.2 Limitación general de los derechos de los extranjeros.....	293
4.4.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PIDESC.....	295
4.4.2 Las obligaciones emanadas del PIDESC para los Estados Partes.....	300
4.4.2.1 Garantizar los derechos enunciados en el PIDESC sin discriminación alguna.....	301
4.4.2.2 Adoptar medidas para lograr progresivamente la efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC.....	303
4.4.2.3 Proteger en contra de violaciones de particulares.....	307
4.4.3 Limitación general de los derechos reconocidos por el PIDESC.....	308
4.4.4 Reservas y denuncia del PIDESC.....	309
4.5 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.....	310
4.5.1 El principio de no discriminación y la aplicación de la CEDR a los extranjeros.....	310
4.5.2 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo la CEDR.....	311
4.5.3 Las obligaciones emanadas de la CEDR para los Estados Partes.....	312
4.5.4 Reservas y denuncia de la CEDR.....	314

B) INSTRUMENTOS UNIVERSALES ESPECIALIZADOS.....	314
<i>i. Naciones Unidas</i> .....	314
4.6 Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.....	314
4.7 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.....	317
4.7.1 Razón de ser de la CIDTM: proteger un grupo en extremo vulnerable de la violación de sus derechos humanos.....	319
4.7.2 Trabajador migrante, regular e irregular: definiciones, categorías incluidas y excluidas.....	323
4.7.3 Los principios de no discriminación e igualdad en la CIDTM.....	325
4.7.4 Los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes: regulares e irregulares.....	327
4.7.4.1 Derechos Civiles.....	327
4.7.4.2 Derechos económicos, sociales y culturales.....	330
4.7.5 Los derechos de los trabajadores migrantes en situación regular.....	333
4.7.5.1 Derechos civiles y políticos.....	333
4.7.5.2 Derechos económicos, sociales y culturales.....	333
4.7.6 Migración irregular.....	337
4.7.6.1 Definición.....	338
4.7.6.2 El debate en el proceso de elaboración de la CIDTM.....	338
4.7.6.3 El enfoque de protección de la CIDTM: derechos para los migrantes irregulares y prevención de la migración irregular.....	339
4.7.6.4 Regularización.....	341
4.7.7 Las obligaciones emanadas de la CIDTM para los Estados Partes.....	343
4.7.8 El Comité de Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.....	344
4.7.9 Reservas y denuncia de la CIDTM.....	348
4.7.10 Los pasos dados y los pasos por dar.....	348
4.8 Otros instrumentos y acciones.....	351
4.8.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	351
4.8.2 La Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes.....	357
<i>ii. Organización Internacional del Trabajo (OIT)</i> .....	360
4.9 La OIT y la protección de los derechos humanos laborales: instrumentos centrales.....	360
4.9.1 Constitución de la OIT.....	360
4.9.2 Declaración de Filadelfia.....	365
4.9.3 Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo.....	367
4.9.3.1 Derechos laborales fundamentales.....	370
4.9.3.2 Efectos jurídicos de los derechos laborales fundamentales y la Declaración de 1998 para los Estados Miembros de la OIT.....	376
4.9.3.3 Los derechos humanos laborales y los trabajadores migrantes irregulares.....	379
4.10 La OIT y la protección de los trabajadores migrantes: convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes.....	382
4.10.1 El convenio no. 97 y la Recomendación no. 86.....	384
4.10.2 El convenio no. 143 y la Recomendación no. 151.....	386
4.10.3 Los instrumentos de 1949 y 1975 y la migración irregular.....	388



**CAPÍTULO 5.  
LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA  
PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES:**

**SEGUNDA PARTE. NORMAS REGIONALES**

A) ÁMBITO AMERICANO.....	393
5.1 Carta de la Organización de los Estados Americanos.....	393
5.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	396
5.2.1 La aplicación de la DADDH a los extranjeros.....	396
5.2.1.1 El principio de no discriminación.....	396
5.2.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la DADDH a los extranjeros.....	396
5.2.1.3 Derechos reconocidos bajo la DADDH a los migrantes irregulares.....	397
5.2.2 Obligatoriedad de la DADDH.....	399
5.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	402
5.3.1 La aplicación de la CADH a los extranjeros.....	403
5.3.1.1 El principio de no discriminación.....	403
5.3.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la CADH a los extranjeros.....	403
5.3.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo la CADH...404	404
5.3.2 Las obligaciones emanadas de la CADH.....	407
5.3.2.1 Respetar y garantizar los derechos reconocidos en la CADH.....	407
5.3.2.2 Respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna.....	408
5.3.2.3 Adoptar medidas para hacer efectivos los derechos humanos.....	409
5.3.2.4 Establecer recursos efectivos.....	410
5.3.2.5 Adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.....	411
5.3.3 Suspensión de garantías.....	413
5.3.4 Reservas y denuncia de la CADH.....	415
5.3.4.1 Reservas.....	415
5.3.4.2 Denuncia.....	416
5.4 Protocolo adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Culturales y Sociales.....	418
5.4.1 La aplicación del PSS a los extranjeros.....	419
5.4.1.1 El principio de no discriminación.....	419
5.4.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación del PSS a los extranjeros.....	419
5.4.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PSS.....	420
5.4.2 Las obligaciones emanadas del PSS para los Estados Partes.....	421
5.4.3 Limitación general de los derechos reconocidos por el PSS.....	423
5.4.4 Reservas y denuncia del PSS.....	423
5.5 La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador.....	424
5.6 Otros instrumentos y acciones.....	425
5.6.1 Instrumentos.....	425
5.6.2 Acciones.....	426
B) ÁMBITO EUROPEO.....	436
i. Consejo de Europa.....	437
5.7 Estatuto del Consejo de Europa.....	437

5.8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.....	439
5.8.1 La aplicación del CoEDH a los extranjeros.....	439
5.8.1.1 El principio de no discriminación.....	439
5.8.1.2 Limitaciones directas de los derechos de los extranjeros bajo el CoEDH.....	444
5.8.1.2.1 Garantías en caso de expulsión.....	445
5.8.1.2.2 Libertad de circulación.....	447
5.8.1.2.3 Detención de extranjeros para impedir su entrada ilegal en el territorio de un Estado Parte o contra los cuales esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.....	448
5.8.1.2.4 Derechos políticos.....	457
5.8.1.2.5 Limitaciones al derecho de propiedad.....	457
5.8.1.3 Limitaciones indirectas de los derechos de los extranjeros bajo el CoEDH.....	459
5.8.1.3.1 Derechos desprovistos de limitaciones específicas.....	459
5.8.1.3.2 Derechos sujetos a limitaciones expresamente definidas.....	467
5.8.1.3.3 Derechos sujetos a limitaciones.....	469
5.8.1.4 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el CoEDH.....	474
5.8.2 Las obligaciones emanadas del CoEDH.....	476
5.8.3 Derogación de obligaciones en caso de estado de excepción.....	478
5.8.4 Reservas y denuncia del CoEDH.....	480
5.8.4.1 Reservas.....	480
5.8.4.2 Denuncia.....	482
5.9 Carta Social Europea.....	483
5.9.1 La aplicación de la CSE a los extranjeros.....	483
5.9.1.1 El principio de no discriminación.....	483
5.9.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la Carta a los extranjeros.....	486
5.9.1.3 Derechos reconocidos bajo la Carta a los migrantes irregulares.....	487
5.9.2 Las obligaciones emanadas de la Carta para los Estados Partes.....	489
5.9.3 Restricción general de los derechos reconocidos por la Carta.....	491
5.9.4 Suspensión de obligaciones.....	491
5.9.5 Reservas y denuncia de la Carta.....	492
5.9.5.1 Reservas.....	492
5.9.5.2 Denuncia.....	493
5.10 Otros instrumentos y acciones.....	494
5.10.1 Instrumentos.....	494
5.10.2 Acciones.....	495
<i>ii. Unión Europea.....</i>	<i>497</i>
5.11 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	498
5.11.1 La aplicación de la CDFUE a los extranjeros.....	499
5.11.1.1 El principio de no discriminación.....	499
5.11.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la CDFUE a los extranjeros.....	500
5.11.1.3 Derechos reconocidos bajo la CDFUE a los migrantes irregulares.....	505
5.11.2 Obligatoriedad de la CDFUE.....	506
5.11.2.1 Valor jurídico de la CDFUE.....	506
5.11.2.2 La CDFUE a partir del Tratado de Lisboa.....	508
5.11.2.3 La aplicación de la CDFUE a Reino Unido, Polonia y República Checa.....	509

5.12 Otros instrumentos y acciones.....	512
Conclusión capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares.....	
	527

## CAPÍTULO 6.

### LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL O DE *JUS COGENS* Y LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES

Introducción.....	532
6.1 Definición y características de las normas imperativas de Derecho Internacional general o de <i>jus cogens</i> .....	533
6.2 Normas aceptadas de <i>jus cogens</i> .....	538
6.2.1 Jurisprudencia internacional.....	539
6.2.1.1 Corte Internacional de Justicia.....	539
6.2.1.2 Tribunales Penales Especiales.....	543
6.2.1.3 Ámbito europeo.....	544
6.2.1.4 Ámbito interamericano.....	545
6.2.2 Organismos internacionales.....	547
6.2.2.1 Comité de Derechos Humanos.....	547
6.2.2.2 Consejo de Derechos Humanos.....	548
6.2.3 Comisión de Derecho Internacional.....	548
6.2.4 Doctrina.....	552
6.2.5 Contenido material del <i>jus cogens</i> , especial referencia a los derechos humanos.....	552
6.3 Aspectos particulares de la relación entre las normas de <i>jus cogens</i> y las obligaciones <i>erga omnes</i> .....	555
6.4 El <i>jus cogens</i> laboral.....	563
6.4.1 La prohibición de la esclavitud.....	564
6.4.1.1 Avances en la protección internacional de la esclavitud y sus prácticas análogas a partir del siglo XX y en la consolidación de su prohibición como norma de <i>jus cogens</i> .....	564
6.4.1.2 Definición.....	566
6.4.1.3 Violaciones de otros derechos fundamentales relacionados con la esclavitud.....	568
6.4.1.4 Prácticas análogas a la esclavitud.....	569
6.4.1.4.1 Servidumbre.....	570
6.4.1.4.2 Trabajo forzoso.....	574
6.4.2 El principio de igualdad ante la ley y no discriminación.....	579
6.4.2.1 Avances en la protección internacional del principio de igualdad ante la ley y no discriminación a partir del siglo XX.....	579
6.4.2.2 El principio de igualdad ante la ley y no discriminación como norma de <i>jus cogens</i> .....	583
6.4.2.3 Definición de discriminación.....	591
6.4.2.4 Alcance del principio de igualdad y no discriminación.....	594
6.5 Eficacia jurídica de las normas de <i>jus cogens</i> en caso de violación.....	598
6.5.1 Violación de una norma de <i>jus cogens</i> por un tratado internacional y un acto unilateral estatal.....	598
6.5.2 Procedimiento para declarar la nulidad de un tratado internacional y un acto unilateral de un Estado contrarios a una norma de <i>jus cogens</i> .....	602

6.6 Las normas de <i>jus cogens</i> en la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares.....	607
Conclusión.....	614

## CAPÍTULO 7.

### CASO DE ESTUDIO. LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA

Introducción.....	618
A) LA MIGRACIÓN IRREGULAR CON FINES DE EMPLEO: PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA.....	620
7.1 Antecedentes.....	620
7.2 Los inicios de la regulación: finales del siglo XIX a 1914.....	624
7.2.1 Norteamérica.....	624
7.2.1.1 Estados Unidos.....	624
7.2.1.2 Canadá.....	626
7.2.2 Europa.....	627
7.2.2.1 Reino Unido.....	627
7.2.2.2 Francia.....	628
7.2.2.3 Alemania.....	629
7.3 Establecimiento sistemático de controles migratorios: 1914-1945.....	630
7.3.1 Norteamérica.....	630
7.3.1.1 Estados Unidos.....	630
7.3.1.2 Canadá.....	632
7.3.2 Europa.....	632
7.3.2.1 Reino Unido.....	632
7.3.2.2 Francia.....	634
7.3.2.3 Alemania.....	635
7.4 Primeros movimientos significativos de trabajadores migrantes irregulares: 1945- 1973	
7.4.1 Norteamérica.....	636
7.4.1.1 Estados Unidos.....	636
7.4.1.2 Canadá.....	638
7.4.2 Europa.....	639
7.4.2.1 Reino Unido.....	639
7.4.2.2 Francia.....	641
7.4.2.3 Alemania.....	644
7.5 Consolidación de la migración irregular con fines de empleo: 1973- 2000.....	645
7.5.1 Norteamérica.....	645
7.5.1.1 Estados Unidos.....	645
7.5.1.2 Canadá.....	647
7.5.2 Europa.....	649
7.5.2.1 Reino Unido.....	649
7.5.2.2 Francia.....	650
7.5.2.3 Alemania.....	653
7.5.2.4 Italia.....	655
7.5.2.5 España.....	658

B) LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS SOCIALES EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA.....	660
<i>i. Norteamérica</i> .....	660
7.6 Estados Unidos.....	660
7.6.1 Panorama general de los migrantes irregulares en Estados Unidos.....	660
7.6.2 Algunos aspectos de la política estadounidense en relación con la migración irregular.....	661
7.6.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Estados Unidos desde el año 2000.....	667
7.6.3.1 Derecho Migratorio.....	667
7.6.3.2 Derechos sociales.....	668
7.6.3.3 Derechos laborales.....	672
7.6.3.4 <i>Hoffman Plastic Compounds vs. NLRB</i> .....	675
7.6.3.4.1 El caso.....	675
7.6.3.4.2 Efectos de Hoffman sobre los derechos laborales de los migrantes irregulares: derechos laborales deteriorados y jurisprudencia posterior con resultados inconsistentes.....	677
7.6.3.4.3 La internacionalización de <i>Hoffman Plastic Compounds v. NLRB</i> .....	679
7.6.3.4.4 Responsabilidad internacional de Estados Unidos y algunas estrategias posibles desde la óptica del Derecho Internacional Público.....	680
7.7 Canadá.....	683
7.7.1 Algunos aspectos de la política canadiense en relación con la migración irregular.....	684
7.7.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Canadá.....	685
7.7.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Canadá desde el año 2000.....	686
7.7.3.1 Derecho Migratorio.....	686
7.7.3.2 Derechos sociales.....	690
<i>ii. Europa</i> .....	698
7.8 Reino Unido.....	698
7.8.1 Algunos aspectos de la política británica en relación con la migración irregular.....	698
7.8.2 Panorama general de los migrantes irregulares en el Reino Unido.....	700
7.8.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones del Reino Unido desde el año 2000.....	704
7.8.3.1 Derecho Migratorio.....	704
7.8.3.2 Derechos sociales.....	706
7.9 Francia.....	708
7.9.1 Algunos aspectos de la política francesa en relación con la migración irregular.....	708
7.9.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Francia.....	711
7.9.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Francia desde el año 2000.....	712
7.9.3.1 Derecho Migratorio.....	712
7.9.3.2 Derechos sociales.....	719
7.10 Alemania.....	723
7.10.1 Algunos aspectos de la política alemana en relación con la migración irregular.....	723
7.10.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Alemania.....	726
7.10.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Alemania desde el año 2000.....	726
7.10.3.1 Derecho Migratorio.....	726
7.10.3.2 Derechos sociales.....	731
7.11 Italia.....	733
7.11.1 Algunos aspectos de la política italiana en relación con la migración irregular.....	733

7.11.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Italia.....	736
7.11.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Italia desde el año 2000.....	736
7.11.3.1 Derecho Migratorio.....	737
7.11.3.2 Caso El Dridi.....	741
7.11.3.3 Derechos sociales.....	745
7.12 España.....	747
7.12.1 Algunos aspectos de la política española en relación con la migración irregular...	747
7.12.2 Panorama general de los migrantes irregulares en España.....	754
7.12.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de España desde el año 2000...	755
7.12.3.1 Derecho Migratorio.....	755
7.12.3.2 Derechos sociales.....	769
Conclusión.....	779

**CAPÍTULO 8.  
EPÍLOGO.**

<b>LOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO.....</b>	<b>783</b>
Conclusiones.....	791
Bibliografía.....	799

## **ABREVIATURAS MÁS USADAS**

---

ACNUR	Agencia de la ONU para los Refugiados
ADA	Americans with Disabilities Act
ADEA	Age Discrimination in Employment Act
AFL-CIO	American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations
AG	Asamblea General de Naciones Unidas
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CNU	Carta de las Naciones Unidas
CSE	Carta Social Europea
CSEr	Carta Social Europea revisada de 1996
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CEDM	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CEDR	Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CFR	Code of Federal Regulations
CIDTM	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CoEDH	Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

CoIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CTM	Confederación de Trabajadores de México
CV67	Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1967
CV69	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969
CV86	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
FLSA	Fair Labor Standards Act
ICE	U.S. Immigration and Customs Enforcement
ICTY	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
IIRIRA	Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act
INA	Immigration and Nationality Act
INS	U.S. Immigration and Naturalization Services
IRCA	Immigration Reform and Control Act
IRPA	Immigration and Refugee Protection Act of Canada
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería de España
MSPA	Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act
OAN	Oficinas Administrativas Nacionales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos



OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSHA	Occupational Safety and Health Act
OUA	Organización de la Unidad Africana
NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	National Labor Relations Board
PICUM	Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PSS	Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RLOEX	Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería de España
SCSL	Corte Especial para Sierra Leona
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación
USCIS	United States Citizenship and Immigration Services



# INTRODUCCIÓN

---

La tesis doctoral tiene por objeto la definición del estatus legal de los migrantes irregulares en el Derecho Internacional, a través del estudio de las normas pertinentes del Derecho Internacional general, del Derecho Internacional particular y del Derecho Comparado. La estructura para el desarrollo de la investigación es la siguiente: (a) una introducción con la definición de los objetivos generales y específicos del estudio, justificación, hipótesis, metodología, estructura, y límites y direcciones para la investigación; (b) cuerpo de la tesis consistente en 8 capítulos; y (c) conclusiones.

## 1. Objetivos generales

- a) Aportar evidencia sobre los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que los migrantes irregulares tienen reconocidos, independientemente de su condición migratoria, en el ordenamiento internacional vigente.
- b) Definir qué derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales los Estados están obligados a garantizar a los migrantes irregulares bajo su jurisdicción, de acuerdo con el ordenamiento internacional, y cuáles no.
- c) Señalar los derechos sociales que los migrantes irregulares tienen reconocidos, independientemente de su condición migratoria, en el ordenamiento nacional de siete países de altos índices migración irregular en América y Europa: Estados Unidos y Canadá, por un lado; y Reino Unido, Francia, Alemania, Italia y España, por otro lado.
- d) Analizar la medida en que las leyes laborales de los siete países estudiados son conformes con el ordenamiento internacional en el otorgamiento de los derechos humanos a los migrantes irregulares bajo su jurisdicción.

## 2. Objetivo específico

Definición del estatus legal de los migrantes irregulares en el Derecho Internacional. En especial, se intentará determinar el estándar mínimo internacional de trato *particular* para estas personas en los Estados de recepción. Para alcanzar los objetivos de la investigación, se estudiarán las normas pertinentes del Derecho Internacional general, del Derecho Internacional particular y del Derecho Comparado que obligan a los Estados a respetar los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de estas personas, con el fin de avanzar en la protección de este grupo humano tan vulnerable, independientemente de su condición migratoria.

## 3. Justificación

Los migrantes irregulares pertenecen a los llamados ‘grupos vulnerables’, los cuales son sectores de la sociedad con mayores posibilidades, en relación con otros grupos dentro del Estado, de ser sometidos a prácticas discriminatorias, violencia, desastres naturales o ambientales o penuria económica. Se considera que son extranjeros especialmente vulnerables en virtud de que arriesgan -y muchos pierden- sus vidas al intentar cruzar las

fronteras de forma irregular (cuando su irregularidad es originaria y no sobrevenida); porque su condición migratoria los hace un blanco fácil de explotación laboral; porque no tienen acceso a los servicios de salud y educación; y porque sus hijos son privados de los mismos servicios y muchas veces son convertidos en apátridas. Otros motivos que los hacen un grupo vulnerable son la falta de una vivienda adecuada, forzándolos a la indigencia forzosa; el desconocimiento -la mayoría de las veces- del idioma del Estado de recepción; así como la criminalización de su condición migratoria, lo cual hace que vivan en la 'invisibilidad' y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el constante miedo de ser deportados.

Los problemas a los que se enfrentan los migrantes irregulares se deben principalmente a su falta de condición jurídica regular y a que en su mayoría están empleados en el sector informal o la economía sumergida. Sin condición ni protección jurídicas, corren el riesgo de sufrir explotación o abusos por parte de empleadores sin escrúpulos. Quienes cometen tales abusos, saben que es improbable que se les obligue a rendir cuentas porque las personas migrantes en situación irregular suelen ser reacias a presentarse ante las autoridades para que se hagan cumplir sus derechos laborales u otros derechos humanos.

Gran parte del debate público sobre migración irregular se expresa en términos tendenciosos y despectivos que transmiten la impresión no sólo de que los migrantes irregulares no tienen derecho de estar en el Estado de empleo o recepción, sino de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden explícitamente a excluir a los migrantes irregulares del acceso a los derechos civiles y laborales, y a las prestaciones o beneficios sociales, adoptando una retórica que equipara a estas personas (y muchas veces también a los solicitantes de asilo) con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.

La migración irregular es un fenómeno muy complejo que requiere un enfoque comprensivo basado en derechos humanos. La protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares es un asunto que no se puede ignorar. El número de migrantes irregulares en el mundo continúa en ascenso y no se puede dejar sin protección a estas personas, quienes viven al margen de la sociedad en los Estados de empleo y sufren situaciones de extrema vulnerabilidad.

Un primer paso para remediar esta situación es la clarificación y determinación de los derechos humanos que estas personas deben gozar en los Estados receptores, de acuerdo con el Derecho Internacional vigente y que, en consecuencia, los Estados se encuentran obligados a respetar y garantizarles, al margen de su condición migratoria. De esta forma, podrá haber una base de seguridad y previsibilidad para estas personas en los Estados de recepción, cuya creciente presencia parece inevitable.

#### **4. Hipótesis**

H1: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos requiere el trato igual de trabajadores nacionales y extranjeros, sea cual sea la condición de estos últimos, en cuanto a los derechos humanos laborales se refiere.

H2: Los migrantes irregulares, independientemente de su condición migratoria, tienen reconocidos derechos humanos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales en el ordenamiento internacional.

H3: De acuerdo con el ordenamiento internacional vigente, los Estados están obligados a respetar y garantizar a los migrantes irregulares bajo su jurisdicción derechos humanos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales, con las excepciones generalmente aceptadas.

H4: Es posible respetar los derechos humanos laborales de los trabajadores migrantes irregulares, y a la vez controlar y prevenir efectivamente la migración laboral irregular a través de medidas que no comprometan los derechos humanos de estas personas.

H5: Hay una semejanza creciente en las políticas de control de la migración irregular de los países desarrollados, importadores de mano de obra, y los resultados o la eficacia de esas políticas.

H6: La brecha entre los objetivos de las políticas nacionales de control de la migración irregular (leyes, regulaciones, acciones ejecutivas, etc.) de los países desarrollados y los resultados actuales de esas políticas es amplia y cada vez mayor, lo cual provoca la hostilidad de las sociedades de acogida a la migración en general, independientemente del estatus legal, y pone intensa presión sobre los partidos políticos y oficiales de gobierno para adoptar políticas más restrictivas, las cuales siguen probando ser ineficientes en el control o disminución de la migración laboral irregular y no respetan los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares, por ejemplo, al no contemplar su protección en el trabajo, excluirlos de los servicios médicos, educativos, de vivienda, etc.

## **5. Metodología**

El método de trabajo para abordar la investigación es el deductivo analítico. Es una investigación basada en el análisis de la normativa y jurisprudencia, tanto internacional como nacional, así como de la doctrina de varios países, con el fin de abordar el objeto de estudio de forma comprensiva e integral. Asimismo, se hace uso del Derecho Comparado.

## **6. Estructura**

La investigación se desarrolla en siete capítulos, cuyos objetivos se señalan a continuación:

**1. *Desarrollos históricos en el tratamiento de los extranjeros.*** El objetivo de este capítulo es estudiar cómo se fue gestando la protección de los derechos de los extranjeros en la historia, desde la Antigüedad, pasando por la Edad Media y la Era Moderna, hasta llegar a los desarrollos que tuvieron lugar a mediados del siglo XX, época en la que empezó formalmente el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El objetivo no es, sin embargo, la realización de una revisión completa del Derecho en esta área, sino sólo resaltar los avances más importantes que han tenido lugar en la materia, al exponer las normas legales de una variedad de fuentes que guardan relación con el tema de estudio.

Todo con el fin de que sirva de base para revelar en los capítulos siguientes de este trabajo un cuerpo general de normas del Derecho Internacional vigente que protegen a grupos vulnerables y marginalizados de extranjeros como los migrantes irregulares.

**2. De la protección diplomática a los derechos humanos.** El objetivo de este capítulo es estudiar cómo ha evolucionado el mecanismo de protección de los derechos de los extranjeros más importante hasta 1945, hasta llegar a su faceta contemporánea como mecanismo de defensa de los derechos humanos de estas personas. La tesis central es que si bien actualmente el individuo cuenta con algunos mecanismos para defender los derechos individuales que tiene reconocidos internacionalmente, su capacidad aún es limitada, especialmente en lo que a derechos humanos se refiere. Por ello, es importante defender la protección diplomática como un mecanismo viable para la protección de los derechos humanos de los extranjeros. Esto cobra mayor relevancia si se considera que actualmente la posición de los extranjeros (cuyos derechos son comúnmente atropellados) se acerca más a la de los trabajadores migrantes (regulares e irregulares), que a la de los adinerados inversionistas o comerciantes por quienes en el pasado los Estados incluso declaraban la guerra.

**3. La condición jurídica de los extranjeros en el Derecho Internacional. El caso de los migrantes irregulares.** El objetivo de este capítulo es reflexionar sobre la posición de los extranjeros en el Derechos Internacional y la articulación del conjunto derechos, procedente de ámbitos normativos distintos, que concurre en las personas que por algún motivo se encuentran en un Estado distinto al de su nacionalidad, ya sea que se hayan visto forzadas a hacerlo o que lo hayan decidido de forma voluntaria, en busca de un lugar seguro en el que se respete su vida y sus derechos esenciales o en busca de un trabajo. Se puede deducir así, un conjunto de garantías y derechos que el migrante goza frente al país de destino y que no siempre son ni conocidos ni respetados por los poderes públicos.

Se tratarán las diferencias existentes entre la condición jurídica de los nacionales y los extranjeros, centrándose en el caso de los extranjeros, las normas aplicables, las competencias del Estado receptor sobre ellos y, en especial, el estándar mínimo internacional de derechos humanos que dicho Estado debe respetarles. Asimismo, se estudiará el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros, enfatizando el caso de su expulsión y los supuestos en los que los Estados ven limitado este derecho discrecional en el caso de ciertos tipos de extranjeros. Se diferenciará la expulsión tanto de los extranjeros que han sido admitidos regularmente como la de aquéllos en estatus irregular. Finalmente, se abordará la condición jurídica internacional de los extranjeros en estatus irregular en el territorio del Estado de empleo, tratándose temas como la terminología a dar a este tipo de extranjeros, sus condiciones específicas de vulnerabilidad y marginación, los argumentos a favor de proteger a estas personas y el papel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su protección.

**4 y 5. Las normas convencionales en materia de Derechos Humanos y la protección de los migrantes irregulares.** El objeto de este capítulo es el estudio de los derechos humanos que deben ser reconocidos y asegurados a los migrantes irregulares, de conformidad con los instrumentos internacionales convencionales de derechos humanos: universales (generales y especializados) y regionales. En cuanto al ámbito regional se refiere, el estudio se centra

en los ámbitos americano y europeo al ser el objeto de estudio de este trabajo los derechos de los migrantes irregulares en la práctica americana y europea.

Las preguntas que se intentará responder son: ¿cuáles son los derechos que, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, los Estados deben asegurar a todas las personas en su territorio y, en consecuencia, a los migrantes irregulares?; ¿vinculan estos instrumentos internacionales de derechos humanos a los Estados?; ¿cuáles son las obligaciones que estos instrumentos internacionales de derechos humanos imponen a los Estados respecto a los migrantes irregulares? Para efectos de lo anterior, se analizarán los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos instrumentos se dividirán entre el sistema universal y regional de derechos humanos. A su vez, dentro del sistema universal, se distinguirá entre el sistema universal general y el sistema universal especializado, el cual abarca los instrumentos referidos específicamente a los migrantes, quienes son titulares de ciertos derechos y protecciones específicas, relacionados con su particular estatus de vulnerabilidad.

**6. Las normas imperativas del Derecho Internacional general o de *jus cogens* y la protección de los migrantes irregulares.** El objeto de este capítulo es el estudio de las normas generales del Derecho Internacional general o de *jus cogens* y su relación con los derechos humanos con el fin de deducir el *jus cogens* laboral, respecto del cual todos los Estados tienen la obligación de respeto a todas las personas sin excepción alguna, y el cual se encuentra conformado por dos normas de importancia vital para los migrantes irregulares: la prohibición de la esclavitud y el principio de igualdad y no discriminación. Este último principio es fundamental en la protección de los derechos humanos y se encuentra presente en todos los instrumentos de derechos humanos que gozan de amplia ratificación y aceptación por parte de los Estados, a diferencia de la Convención sobre Trabajadores Migratorios de 1990. Asimismo, se estudiarán los efectos de la categorización del principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*, la eficacia jurídica de las normas de *jus cogens* en caso de violación y su papel en la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares.

**7. Caso de estudio. La migración irregular con fines de empleo: Norteamérica y Europa.** Este capítulo se divide en dos grandes partes:

Primera parte. El objetivo de la primera parte de este capítulo es el estudio de cómo se ha construido la migración irregular con fines de empleo desde una perspectiva histórica, a través del análisis de las leyes y políticas migratorias relativas a los trabajadores migrantes irregulares, emitidas en Norteamérica y Europa. El estudio de la migración irregular con fines de empleo es de reciente suceso ya que tradicionalmente el interés se ha centrado en su faceta regular y sus múltiples consecuencias en todos los ámbitos: económico, sociológico, antropológico, político, legal, etc. De este modo, buena parte de la literatura sobre migración irregular que existe es de nueva creación y se ha hecho poco caso a su desarrollo histórico, el cual necesariamente va ligado a las regulaciones migratorias que se han emitido a lo largo del tiempo en los diferentes Estados y, más recientemente, en las organizaciones regionales.

El caso de estudio se hace desde una perspectiva comparada de Norteamérica y Europa con el fin de rastrear la formación de la migración irregular con fines de empleo en estas dos regiones que incluyen a Estados contruidos a través de la inmigración como Estados Unidos y Canadá, países con una larga tradición de inmigración, aunque renuentes a aceptarlo, como el Reino Unido, Francia y Alemania, y países de reciente, pero importante inmigración, como Italia y España.<sup>1</sup>

Se estudiarán cuatro importantes etapas de la historia de la migración internacional moderna. La primera etapa, que va de finales del siglo XIX hasta la irrupción de la Primera Guerra Mundial en 1914, se caracteriza por la introducción de las primeras regulaciones migratorias. La segunda, que comprende el período de las guerras mundiales (1914-1945), se identifica por el establecimiento sistemático de los controles migratorios en la mayoría de los Estados. En la tercera, que transcurrió de la posguerra en 1945 hasta la crisis del petróleo a mediados de 1973, sobresalen los primeros movimientos significativos de trabajadores migrantes irregulares y, en consecuencia, las primeras acciones estatales al respecto. Y la última, que abarca de mediados de 1973 hasta el año 2000, se caracteriza por la consolidación de la migración irregular con fines de empleo como una de las facetas más desafiantes de la migración internacional y la introducción de importantes y persistentes regulaciones para controlarla, significando, a la vez, el atropello de los derechos humanos de los migrantes irregulares.

Segunda Parte. En segundo lugar, este capítulo tiene como objetivo estudiar las legislaciones migratorias actuales<sup>2</sup> de los Estados de análisis a partir del año 2000. Cabe recordar que los sucesos del 11 de septiembre de 2001 han marcado el inicio de una nueva y restrictiva etapa de la migración internacional.

Las preguntas que se pretenden responder en este capítulo son ¿cómo se ha construido la migración irregular con fines de empleo a lo largo del tiempo?, ¿cómo y cuándo apareció la ilegalidad en la legislación migratoria o de extranjería? y ¿cuándo entró la migración irregular con fines de empleo al debate migratorio? No obstante, el objetivo de este capítulo no es reemplazar la literatura que existe sobre migración irregular en cada uno de los países de estudio ni abarcar todos los aspectos de las leyes y políticas migratorias, sino ofrecer un marco de referencia para el caso de los trabajadores migrantes irregulares. Tal meta estará cumplida en la medida en que queden de manifiesto dos de las hipótesis centrales de esta tesis doctoral. Por un lado, la creciente semejanza de las leyes y políticas de control de la migración irregular con fines de empleo de los países desarrollados y su frecuente falta de apego a los estándares internacionales de derechos humanos, tanto convencionales como de Derecho Internacional general, que confieren derechos humanos laborales y sociales a los trabajadores migrantes irregulares. Y, por otro, la brecha cada vez mayor entre los objetivos de estas medidas de control y los resultados que se están alcanzando, a costa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares y sus familias.

---

<sup>1</sup> Esta clasificación la usaron Cornelius, Martin y Hollifield para dividir los casos de estudio de su libro *Controlling Immigration. A Global Perspective*, Stanford, Stanford University Press, 1994.

<sup>2</sup> Si bien, la regulación migratoria cambia constantemente y cada día aparecen nuevas disposiciones.



**8. Epílogo. Los migrantes irregulares y sus derechos humanos: estándar mínimo internacional de trato.** El objetivo de este último capítulo es sintetizar lo estudiado en los capítulos precedentes al englobar los derechos que deben ser otorgados a los migrantes irregulares en los Estados de recepción en un ‘estándar mínimo internacional de trato particular’. Lo anterior con el fin de clarificar las obligaciones de los Estados en esta materia y evitar o atenuar los continuos atropellos que sufren los migrantes irregulares: por un lado, por la falta de claridad en cuanto a la naturaleza exacta y el ámbito de los derechos disponibles para estas personas, en especial en lo relativo a los económicos, culturales y sociales; y, por otro, por la falta de conocimiento de estas personas de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento internacional, independientemente de su condición migratoria.

### **7. Límites y direcciones para la investigación**

Esta tesis doctoral se desarrolla dentro de una serie de límites. En primer lugar, cuando se hace el estudio histórico del tratamiento de los extranjeros, no se hace una revisión completa del Derecho de Extranjería, se prefieren resaltar los avances más importantes que han tenido lugar y que guardan relación con el tema de estudio. En segundo lugar, no se hace un análisis profundo de cada uno de los derechos que forma parte del listado de los derechos humanos que constituyen el estándar mínimo internacional de trato de los migrantes irregulares. En cambio, se abordan en su conjunto y en su interrelación. En tercer lugar, en cuanto a la muestra de países escogidos se refiere, en el caso de América no se eligió a ningún país de Latinoamérica. Se escogieron a Estados Unidos y Canadá por tener mayor representatividad en cuanto a recepción de migrantes irregulares se refiere, a pesar de que hay países latinoamericanos con población migrante irregular, tales como México, Brasil, Chile y Argentina, si bien estos países, a su vez, son Estados expulsores de migrantes irregulares, y en algunos casos también son países de tránsito, como México.

Otros límites que se deberían considerar para investigaciones futuras son los siguientes. Primero, no se abordan las causas sociales de la migración irregular. Un estudio ulterior podría abordar la construcción jurídica y social de la migración irregular. Segundo, no se estudian las legislaciones pertinentes de los países de origen y tránsito. Una investigación posterior podría incluir una muestra de países de origen y tránsito y el estudio de sus regulaciones atinentes al reingreso e integración de sus nacionales que son devueltos o deportados de los Estados de destino. Asimismo, sería relevante incluir una evaluación del cumplimiento de la Convención de 1990 por parte de estos países que pueden ser, a la vez, de destino, tránsito y/o salida de migrantes irregulares, pues finalmente son este tipo de Estados los que se han obligado en los términos de la Convención.

Y tercero, no se proponen soluciones desde el punto de vista legal al complejo fenómeno de la migración irregular. La tesis se limita a señalar los derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares dentro de los Estados de recepción, de conformidad con el ordenamiento internacional. Un análisis futuro podría incluir una serie de propuestas para implementar políticas de migración más justas y efectivas relacionadas con el derecho al desarrollo. La migración no debería verse como una amenaza a la seguridad, sino como consecuencia de la inseguridad humana que surge principalmente a través de la desigualdad

global. A lo largo de la historia humana, la gente ha migrado para mejorar su forma de vida y para lograr mayor seguridad. Como ha señalado Amartya Sen, “la migración es un aspecto importante del desarrollo humano”.<sup>3</sup> El reducir las restricciones a la migración y asegurar que la gente pueda moverse de forma segura y legal ayudaría a mejorar el disfrute de los derechos humanos y tener una mayor eficiencia económica e igualdad social. Esta aproximación del derecho al desarrollo humano podría proporcionar un nuevo marco de referencia al pensar en los derechos de los migrantes, así como en las políticas migratorias y las actitudes públicas.

---

<sup>3</sup> Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Barcelona: Planeta, 2000.

**DESARROLLOS HISTÓRICOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS  
DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS**

*Índice*

**Introducción**

**A) DESARROLLOS HASTA FINALES DEL SIGLO XIX**

**1.1 Antigüedad**

- 1.1.1 Antigua Judea
- 1.1.2 Grecia
- 1.1.3 Roma

**1.2 Edad Media**

- 1.2.1 La situación de los extranjeros en la Edad Media: observaciones generales
- 1.2.2 Trato a los extranjeros de acuerdo con el grupo religioso al que pertenecían
  - 1.2.2.1 Cristianos y judíos bajo el imperio islámico
  - 1.2.2.2 Musulmanes y judíos bajo el imperio cristiano
  - 1.2.2.3 Un caso particular: trato a los judíos en la Edad Media. Apuntes generales
- 1.2.3 Influencia del desarrollo del comercio con el exterior en el trato a los extranjeros

**1.3 Edad Moderna**

- 1.3.1 Contexto histórico de las relaciones internacionales de la época
- 1.3.2 Principales bases doctrinales que influyeron en el cambio de actitud hacia los extranjeros en la Edad Moderna
- 1.3.3 La protección de los extranjeros en la Edad Moderna
- 1.3.4 Los derechos de los extranjeros tras los documentos legales del siglo XVIII

**1.4 Desarrollo del sistema de tratados**

- 1.4.1 Tratados de capitulación
- 1.4.2 Tratados de navegación, comercio y amistad
- 1.4.3 Tratados con cláusula de la nación más favorecida
- 1.4.4 Tratados con cláusula de trato nacional

**B) DESARROLLOS DE FINALES DEL SIGLO XIX A LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX**

- 1.5 Esfuerzos aislados tendientes al reconocimiento internacional de derechos básicos a los extranjeros
- 1.6 Sociedad de Naciones
- 1.7 Tratados de movimientos colectivos de personas

**C) LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: APROXIMACIÓN**

- 1.8 Marco de referencia
- 1.9 De las 'Cuatro Libertades' de Roosevelt a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos
- 1.10 Obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos
- 1.11 Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos
- 1.12 La protección de los derechos humanos de los extranjeros a partir de la internacionalización de los derechos humanos

**Conclusión**

## Introducción

En pocas áreas del Derecho Internacional Público se pueden encontrar tantos precedentes y a la vez tan poco consenso entre los Estados como lo es en el tratamiento de los extranjeros y los derechos que se les deben reconocer. Como bien afirma Lillich, “mientras la existencia de controversias en otras áreas no se ha pensado ni como insuperable o como un problema poco saludable, la cuestión de los derechos de los extranjeros parece ser diferente, probablemente porque las controversias que involucran a extranjeros atacan el mero corazón del sistema de Derecho Internacional tradicional establecido por la Paz de Westfalia, con su orientación dogmática hacia el Estado – Nación”.<sup>1</sup>

Por el contrario, en lo que sí ha habido consenso desde tiempos antiguos es en dejar al extranjero en una posición de vulnerabilidad y desventaja, primero en las ciudades-estado de la antigüedad, luego en los reinos medievales y posteriormente en los Estados-Nación. En la Antigüedad, el extranjero tenía una protección legal nula porque no era considerado sujeto de derechos. La protección que llegaba a tener procedía de tradiciones de hospitalidad de los pueblos receptores o de los incipientes tratados que preveían alguna disposición al respecto. El *Jus Gentium* vino a rellenar el vacío jurídico existente frente al extranjero cuando un tratado suscrito con su ciudad no le aseguraba protección expresa, si bien sólo se trató de una protección ‘básica’. En la Edad Media, el desarrollo del comercio europeo dio un impulso definitivo a la protección de los súbditos en el exterior (comerciantes esencialmente y, de modo secundario, peregrinos). Como consecuencia, se sentaron las bases de métodos actuales de protección de los derechos de los extranjeros: la institución consular, la protección diplomática y los tratados.

En la Edad Moderna tuvo lugar el desarrollo de una fecunda doctrina legal internacional y de derecho natural que desembocó, de un lado, en el reconocimiento de derechos básicos a los extranjeros y, sobretodo, del derecho de los Estados de proteger a sus nacionales en el exterior; y, de otro, en los célebres documentos del siglo XVIII que positivizaron ‘los derechos naturales del hombre’. A partir del siglo XIX se intensificó la práctica (que perdura hasta nuestros días) de proteger a los extranjeros por medio de tratados que previeran su condición jurídica en el territorio de las Partes, así como a través del ejercicio de la protección diplomática. La primera mitad del siglo XX vio los primeros intentos de codificación (sin éxito) de los derechos de los extranjeros en el ámbito internacional, a través de la responsabilidad de los Estados por daños hechos a la persona y bienes de los extranjeros. A la par, en el seno de la Sociedad de Naciones, se sentaron las bases para la protección de grupos vulnerables de extranjeros como los refugiados y los trabajadores migrantes, al crearse las primeras instituciones protectoras y celebrarse tratados/convenios que conferían alguna protección a estas personas.

El objetivo de este capítulo es estudiar cómo se fue gestando la protección de los derechos de los extranjeros en la historia, desde la Antigüedad, pasando por la Edad Media y la Edad Moderna, hasta llegar a los desarrollos que tuvieron lugar a mediados del siglo XX, época en la que empezó formalmente el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos

---

<sup>1</sup> Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984, p. 1.

Humanos. El objetivo no es, sin embargo, la realización de una revisión completa del Derecho en esta área, sino sólo resaltar los avances más importantes que han tenido lugar al exponer normas legales de una variedad de fuentes que guardan relación con el tema de estudio. Todo con el fin de que sirva de base para revelar en los capítulos siguientes de este trabajo un cuerpo general de normas del Derecho Internacional vigente que protegen a grupos vulnerables y marginalizados de extranjeros como los migrantes irregulares.

## A) DESARROLLOS HASTA FINALES DEL SIGLO XIX

### 1.1 Antigüedad<sup>2</sup>

En la Antigüedad, los extranjeros no eran considerados sujetos de derechos y obligaciones. La ley estaba influenciada por la religión y sólo se consideraban ciudadanos y, por tanto, sujetos de derechos a quienes tomaban parte de la religión de la ciudad. De este modo, las personas recibían el acceso a sus derechos civiles y políticos de su participación en el culto local. Incluso, el no atender a las ceremonias religiosas conllevaba en algunos casos a la pérdida de los derechos de la ciudadanía.<sup>3</sup> Los no creyentes y los extranjeros, que no tenían acceso a esa religión en particular, quedaban fuera del ámbito de los derechos y estaba prohibido otorgarles el privilegio de la ciudadanía.<sup>4</sup> Además, era común que se les viera con recelo, desconfianza, como enemigos e, incluso, que no se les considerara como seres humanos.<sup>5</sup> Como señala Lillich “cualquier persona fuera de su familia o tribu bien podía ser considerada como alguien a quien los estándares ordinarios de decencia no le eran aplicables”.<sup>6</sup>

De esta forma, en la Antigüedad los extranjeros no eran tratados como personas. No sólo no tenían derecho a participar en la vida política, sino tampoco a casarse (si lo hacían sus hijos eran considerados ilegítimos),<sup>7</sup> a tener propiedad, a hacer contratos, a heredar (porque en cada transmisión de la propiedad implicaba la del culto religioso y era imposible para un extranjero practicar la religión del ciudadano y viceversa), ni al acceso de la maquinaria legal de la ciudad.<sup>8</sup>

Lo anterior, como señala Del Vecchio,<sup>9</sup> no implicaba que las culturas de la Antigüedad no fueran hospitalarias con los extranjeros.<sup>10</sup> Antes del desarrollo del comercio,

---

<sup>2</sup> En este apartado sólo se tratarán los desarrollos que tuvieron lugar en la Antigua Judea, Grecia y Roma. Para ver un brevario de los desarrollos en otras culturas de la Antigüedad véanse Truyol y Serra, Antonio, *Historia del Derecho Internacional Público*, versión española de Paloma García Picazo, Madrid: Tecnos, 1998, 171 p.; Hersiley, Amos S., *The History of International Relations during Antiquity and the Middle Ages*, *The American Journal of International Law*, Vol. 5, 1911, p. 901-921.

<sup>3</sup> De Coulanges, Numa Denis Fustel, *The Ancient City: A Study On The Religion, Laws, And Institutions Of Greece And Rome*, Baltimore; London: Johns Hopkins University Press, 1980 (1era ed. 1864, “La Cite Antique”), p. 185.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>5</sup> Nussbaum, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, New York: Macmillan, 1947, p. 7.

<sup>6</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 5.

<sup>7</sup> De Coulanges, Numa Denis Fustel, *op.cit.*, nota 3, p. 188.

<sup>8</sup> *Ídem*.

<sup>9</sup> Del Vecchio, Giorgio, *The evolution of hospitality. A note on the history of treatment of foreigners*, *Sydney Law Review*, Vol.4, 1962-1964, p. 205-208.

consideraciones humanitarias y religiosas motivaron la hospitalidad hacia estas personas. El atacar a un extranjero indefenso era considerado como un acto de cobardía y el no darles comida o refugio, al estar normalmente en posición de vulnerabilidad, no sólo era un acto de descortesía, sino de crueldad positiva.<sup>11</sup> Asimismo, se creía que detrás del extranjero se escondía una divinidad y que los dioses deseaban su protección e incluso que el daño hecho a los extranjeros estaba sujeto a venganza divina. De este modo, en la Antigüedad coexistían la hospitalidad hacia los extranjeros y su consideración legal de ‘no personas’ y sin acceso a derechos.

### 1.1.1 Antigua Judea

Según Kohn,<sup>12</sup> la cultura judía tiene tres rasgos característicos: la conciencia de una historia nacional, el mesianismo nacional y la idea de ser ‘el pueblo elegido’.<sup>13</sup> La situación de los extranjeros en el Antiguo Testamento estuvo especialmente determinada por este último rasgo. Hay una imposición del pueblo judío sobre los extranjeros que se encuentran en su tierra, así como su aislamiento, por no ser ‘los elegidos’ como ellos. También influyó la propia experiencia del pueblo judío como extranjero en Egipto para que se predicara cierta ‘consideración’ hacia los extranjeros en su tierra, normalmente desvalidos y en situación de desventaja.<sup>14</sup> No obstante, como señala Hersiley:

“Los hebreos parecen haber sido más crueles y bárbaros que sus tiranos. Actuando, como ellos suponían, bajo las órdenes expresas de Jehová, libraron una guerra implacable de exterminio en contra de los nativos de Palestina, con quienes les estaba prohibido casarse o hacer alianzas. Los adultos hombres casi invariablemente fueron matados e incluso las mujeres y los niños fueron frecuentemente masacrados. El libro de Josué está lleno de relatos de esas barbaridades. Atrocidades similares también fueron representadas por Saúl y David (1° Samuel:15, 2° Samuel:8:2, 12:31)”.<sup>15</sup>

En el Israel del Antiguo Testamento se diferencian al menos cuatro tipos de extranjeros. Los *toshab* son los extranjeros que van de paso (huéspedes) y a quienes se les debe dar hospitalidad.<sup>16</sup> Los *ger* son los que, después de haber dejado su clan por razones políticas, jurídicas o económicas, se han instalado en su tierra como ‘residentes’.<sup>17</sup> Como no poseen tierra, se ven obligados a ser trabajadores asalariados o siervos de un nativo que sí dispone

---

<sup>10</sup> Sobre la institución de la hospitalidad en el mundo antiguo, véase Bederman, David J., *International law in antiquity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 88 y ss.

<sup>11</sup> Por ejemplo, entre los Lucanianos existía una ley que multaba a todo ciudadano que no diera refugio a un extranjero que se lo solicitara después del atardecer. Phillipson, Coleman, *The International Law And Custom Of Ancient Greece And Rome*, London: Macmillan and Co. Limited, 1911, Vol. 1, p. 132.

<sup>12</sup> Kohn, Hans, *The idea of nationalism. A study in its origins and background*, New Jersey: Transaction Publishers, 2005, p. 36.

<sup>13</sup> Sobre la historia de Israel, véase Cazelles, Henri, *Historia política de Israel: desde los orígenes a Alejandro Magno*, trad. de J. Luis Sierra, Madrid: Ediciones Cristiandad, 1984, 245 p.

<sup>14</sup> Para un estudio a fondo de la posición de los extranjeros en la Antigua Judea, véase Houten, Christiana van, *Alien in Israelite Law: A Study of the Changing Legal Status of Strangers in Ancient Israel*, Sheffield: Sheffield Academic Press, 1991, 200 p. También véase Mailhiot, G. D., Actitud de Israel con respecto al extranjero en el Antiguo Testamento, *Anámnesis: revista semestral de investigación teológica*, Vol. 7, No. 13, 1997, p. 31-54.

<sup>15</sup> Hersiley, Amos S., *op.cit.*, nota 2, p. 907. Para fundamentar su dicho cita Éxodo, 35:10-16; Deuteronomio 7:1-3, 22-26.

<sup>16</sup> Éxodo 20:10, Levítico 16:29, 17:8, 2° Samuel 1:13, Ezequiel 14:7.

<sup>17</sup> Génesis 23:4; Éxodo 2:22, 18:3.

de tierra. Sin embargo, este último no tiene el derecho de tratarlos como esclavos, aunque sean extranjeros.<sup>18</sup> Los *nekar* son los extranjeros que pertenecen a pueblos (llamados *Goy*) que son étnica y religiosamente diferentes a Israel. Se les trata con recelo y desconfianza por la función corruptora de los ‘dioses extranjeros’. Los *zar* son los extranjeros que pertenecen a pueblos no israelitas considerados como enemigos. No pertenecen a la comunidad cultural por ser ‘laicos o profanos’.<sup>19</sup>

La noción de ser ‘el pueblo elegido’ por Dios fue desarrollada desde el inicio de la historia del pueblo judío y ha estado presente por siglos. Por ejemplo, reza un pasaje del Antiguo Testamento: “Porque eres pueblo santo a Jehová tu Dios, y Jehová te ha escogido para que seas un *pueblo único* de entre todos los pueblos que están sobre la tierra”.<sup>20</sup> Esta idea influyó en el aislamiento de los extranjeros: “Y Jehová dijo a Moisés y a Aarón: Esta es la ordenanza de la pascua; ningún extraño comerá de ella”;<sup>21</sup> “No harás alianza con ellos [los extranjeros], ni con sus dioses. En tu tierra no habitarán, no sea que te hagan pecar contra mí sirviendo a sus dioses”;<sup>22</sup> “Ni de mano de extranjeros tomarás estos animales para ofrecerlos como el pan de vuestro Dios porque su corrupción está en ellos; hay en ellos defecto, no se os aceptarán”,<sup>23</sup> etc.<sup>24</sup>

La concepción de ser el ‘pueblo elegido’ conllevó la idea de la pureza racial, por lo que los judíos no podían mezclarse con otras personas de tribus o pueblos extranjeros, a quienes se aislaba de los nativos: “Y ya se había apartado la descendencia de Israel de todos los extranjeros [...]”;<sup>25</sup> “Cuando oyeron, pues, la ley, separaron de Israel a todos los mezclados con extranjeros”;<sup>26</sup> “Los limpié, pues, de todo extranjero, y puse a los sacerdotes y levitas por sus grupos, a cada uno en su servicio”;<sup>27</sup> “Así ha dicho Jehová el Señor: ningún hijo de extranjero, incircunciso de corazón e incircunciso de carne, entrará en mi santuario, de todos los hijos de extranjeros que están entre los hijos de Israel”,<sup>28</sup> etc.

En congruencia, el contraer matrimonio con extranjeros estaba estrictamente prohibido: “Y no emparentarás con ellas; no darás tu hija a su hijo, ni tomarás a su hija para tu hijo. Porque desviará a tu hijo en pos de mí, y servirán a dioses ajenos”.<sup>29</sup> Incluso, en ciertos períodos los judíos que habían tomado mujeres de las tribus extranjeras tenían que repudiarlas y a los niños nacidos de ellas: “[...] despediremos a todas las mujeres y los nacidos de ellas, según el consejo de mi señor y de los que temen el mandamiento de

---

<sup>18</sup> Deuteronomio 24:14.

<sup>19</sup> Ábrego de Lacy, José María, El extranjero en el Antiguo Testamento, en *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 452-454.

<sup>20</sup> Deuteronomio 14:2.

<sup>21</sup> Éxodo 12:43.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 23:32-33.

<sup>23</sup> Levítico 22:25.

<sup>24</sup> Véanse otros ejemplos en Nehemías 9:2, 13:3, 13:26-27, 30; Esdras, 10:3; 44, Ezequiel 44:9.

<sup>25</sup> Nehemías 9:2.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 13:3.

<sup>27</sup> *Ibidem*, 13:30.

<sup>28</sup> Ezequiel 44:9.

<sup>29</sup> Deuteronomio 7:3-4. Véanse otros ejemplos en Éxodo 34:16; Génesis 34:14.

nuestro Dios; y hágase conforme a la ley. Todos estos habían tomado mujeres extranjeras; y había mujeres de ellos que habían dado a luz hijos”.<sup>30</sup>

También se encuentran ejemplos en los que estaba permitido realizar prácticas de usura en contra de los extranjeros: “[...] del extraño podrás exigir interés, más de tu hermano no lo exigirás”.<sup>31</sup> Asimismo, los extranjeros no tenían aptitud para ser testigos válidos en los juicios.<sup>32</sup> Y se les reservaba para los trabajos más duros “[...] y fueron constituidos leñadores y aguadores para toda la congregación”.<sup>33</sup>

De otro lado, en los textos del Antiguo Testamento se encuentra la idea de ayuda al prójimo en situación de desventaja por la ley, la sociedad o el trabajo. Se trata de una sociedad patriarcal que acoge con naturalidad al extranjero que naturalmente está en situación de desventaja, pero a la vez no lo integra.<sup>34</sup> Además, se le tiene consideración por la propia experiencia del pueblo judío como extranjero: “Cuando un extranjero resida junto a ti en la tierra, no lo molestéis, él será para vosotros como uno de vuestro pueblo, lo amarás como a ti mismo, pues extranjeros fuisteis vosotros en la tierra de Egipto”.<sup>35</sup> Así, hay varios ejemplos en los que se aconseja a los nativos dar un trato justo a los extranjeros: “No explotarás ni maltratarás al extranjero [...]”;<sup>36</sup> “No torcerás el derecho del extranjero ni del huérfano [...] maldito el que lo pervirtiere”;<sup>37</sup> “Y entonces mandé a vuestros jueces, diciendo: Oíd entre vuestros hermanos, y juzgad justamente entre el hombre y su hermano, y el extranjero”;<sup>38</sup> “Al fin de cada tres años sacarás todo el diezmo de tus productos de aquel año, y lo guardarás en tus ciudades. Y vendrá el levita, que no tiene parte ni heredad contigo, y el extranjero [...]”;<sup>39</sup> etc.<sup>40</sup>

También se puede encontrar la idea de igualdad ante la ley de nativos y extranjeros: “Un mismo estatuto tendréis para el extranjero, como para el natural [...]”;<sup>41</sup> “[...] Un mismo estatuto tendréis vosotros de la congregación y el extranjero que con vosotros mora; [...] como vosotros, así será el extranjero delante de Jehová. Una misma ley y un mismo decreto tendréis, vosotros y el extranjero que con vosotros mora”.<sup>42</sup> El profeta Ezequiel va más lejos en la expresión de este ideal al anunciar que en la restauración de Israel después del exilio los extranjeros serán miembros en forma total del pueblo elegido y también recibirán una parte de la tierra dada por Dios: “Y echaréis sobre ella suertes por heredad para vosotros, y para los extranjeros que moran entre vosotros, que entre vosotros han

---

<sup>30</sup> Esdras 10:3; 44.

<sup>31</sup> Deuteronomio 23:19-20.

<sup>32</sup> Weiss, André, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2ª ed., París: L. Larose & Tenin, 1907-1913, p. 12.

<sup>33</sup> Josué 9:21.

<sup>34</sup> Ábrego de Lacy, José María, *op.cit.*, nota 19, p. 457, 461.

<sup>35</sup> Levítico 19:33-34. Véanse también Éxodo 22:21, 23:8; Deuteronomio 23:7.

<sup>36</sup> Éxodo 22:20.

<sup>37</sup> Deuteronomio 24:17; 27:19.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 1:16.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 14:28-29 y Levítico 23:22.

<sup>40</sup> Véanse otros ejemplos en Éxodo 23:9; Deuteronomio 10:17-18.

<sup>41</sup> Levítico 24:22.

<sup>42</sup> Números 15:14-16.



engendrado hijos; y los tendréis como naturales entre los hijos de Israel; echarán suertes con vosotros para tener heredad entre las tribus de Israel”.<sup>43</sup>

Incluso, es posible encontrar pasajes relacionados con el derecho de asilo: “El Señor dijo a Moisés, di a los Israelitas: cuando hayan pasado el Jordán hacia la tierra de Canaán, elegirán ciudades que les sirvan de refugio. En ellas encontrará asilo el homicida que haya matado a alguien involuntariamente [...] sea israelita, *extranjero* o residente”.<sup>44</sup> De hecho, los judíos fueron el primer pueblo en desarrollar el asilo en forma sistemática.<sup>45</sup>

Lo anterior no significa, como señala Wein, que la realidad haya concordado con lo que rezaba el Antiguo Testamento, pues otros ejemplos atestiguan que los extranjeros, junto con otras personas en situación de desventaja, fueron víctimas de injusticias, explotación y opresión por parte de los israelitas.<sup>46</sup> Por ejemplo, en Salmos se señala “A la viuda y al extranjero matan. Y a los huérfanos quitan la vida”.<sup>47</sup> Los profetas también denuncian las prácticas contrarias a lo que ellos estimaban ser el corazón de la fe del ‘pueblo elegido’. Así, al comienzo del exilio, enumerando los crímenes cometidos por Jerusalén, el profeta Ezequiel reprocha a esa ciudad ‘sanguinaria’ que “[...] al extranjero trataron con violencia”.<sup>48</sup> Y después del retorno, el profeta Malaquías le hace eco “Y vendré a vosotros para juicio; y seré pronto testigo contra [...] los que hacen injusticia al extranjero, no teniendo temor de mí, dice Jehová de los ejércitos”.<sup>49</sup>

### 1.1.2 Grecia

La Grecia antigua se caracterizó por el deseo de preservar su exclusividad cívica, por lo que existió antagonismo con los extranjeros en virtud de que éstos no compartían la religión y cultura griegas.<sup>50</sup> Como señala Truyol y Serra “una barrera psicológica les separaba de los <<bárbaros>>, es decir, de los <<no griegos>> de lenguaje ininteligible, y con respecto a los cuales se consideraban de una naturaleza superior”.<sup>51</sup> De esta forma, es común encontrar en la literatura griega la comparación entre los griegos, personas libres, y los extranjeros (comúnmente persas y troyanos), regidos por tiranos y, por tanto, esclavos.<sup>52</sup> Se consideraba a los extranjeros como ‘bárbaros’ designados por naturaleza a servir a los griegos como esclavos.<sup>53</sup> En ‘La Política’, Aristóteles reforzó esta noción en el plano filosófico al señalar el derecho de los griegos a someterlos y reducirlos a la esclavitud: “los poetas no se engañan cuando dicen: «Sí, el griego tiene derecho a mandar al bárbaro»,

---

<sup>43</sup> Ezequiel 47:22.

<sup>44</sup> Números 35:9, 10, 15.

<sup>45</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 348.

<sup>46</sup> Wenin, André, *Leyes y prácticas relativas a los migrantes en el primer testamento*, *Spiritus*, Vol. 42/2, No. 163, Quito, 2001.

<sup>47</sup> Salmos 94:6.

<sup>48</sup> Ezequiel 22:2-7.

<sup>49</sup> Malaquías 3:5.

<sup>50</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 125.

<sup>51</sup> Truyol y Serra, Antonio, 1998, *op.cit.*, nota 2, p. 24.

<sup>52</sup> Garner, Richard, *Law & society in classical Athens*, London: Croom Helm, 1987, p. 21.

<sup>53</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 11.

puesto que la naturaleza ha querido que bárbaro y esclavo fuesen una misma cosa”.<sup>54</sup> No obstante, como señala Truyol y Serra, no conviene exagerar el alcance de esta posición que en la práctica no estorbó las relaciones en pie de igualdad con el Imperio Persa al este, o con Cartago y Roma al oeste.<sup>55</sup> Como se sabe, el Imperio Persa fue derrotado por Alejandro Magno (326-323 A.C.).

Si bien los griegos empezaron a escribir leyes aproximadamente hasta mediados del siglo 7 AC, es posible extraer la percepción que tenían de los extranjeros de sus primeros trabajos literarios. Por ejemplo, Homero describe en ‘La Odisea’ a los Cíclopes como una cultura menos avanzada en relación con los griegos.<sup>56</sup> Esta percepción también se encuentra en pensadores como Aristóteles quien en ‘La Política’ cita el ejemplo de los Cíclopes después de mencionar el contraste entre los griegos y los bárbaros. Platón también usa este ejemplo en ‘Las Leyes’ en el mismo contexto.<sup>57</sup> De este modo, en la Grecia antigua en un primer momento se diferenció entre gente civilizada y bárbaros. Posteriormente, las distinciones serían entre ciudadanos, extranjeros naturalizados, visitantes públicos, extranjeros domiciliados y no domiciliados.<sup>58</sup>

Como en otras culturas de la Antigüedad, la ciudadanía y los derechos que emanan de ella estaban ligados a la participación de las personas en el culto religioso local. En congruencia, Aristóteles señala en ‘La Política’ que los extranjeros son inelegibles para ser ciudadanos y lo justifica citando a Homero, quien afirma en ‘La Iliada’ que sólo pueden ser ciudadanos aquellos que participan en los honores públicos, actividad excluida para los extranjeros.<sup>59</sup> Lo anterior, sin embargo, no significaba que los extranjeros no podían establecerse de modo más o menos permanente en Grecia. Platón señala en ‘Las Leyes’ los requisitos que debe cumplir un extranjero para convertirse en residente: establecerse en un área específica de la ciudad, tener un oficio y no permanecer en la ciudad por más de 20 años (con algunas excepciones).<sup>60</sup> Aún más, anota que “negar a los extranjeros la entrada [...] es una cosa que no se puede hacer en absoluto, y que además se calificaría de bárbara e inhumana por los demás hombres. Nos echarían en cara que teníamos la horrible costumbre de arrojar de nuestro país a los extranjeros, y que nuestras costumbres eran rudas y salvajes”.<sup>61</sup>

Si bien es cierto que con la ciudadanía las personas obtenían todos los derechos y protecciones, el dar hospitalidad a los extranjeros era toda una institución en la Grecia antigua.<sup>62</sup> Al respecto, Platón señala en ‘Las Leyes’ el deber de dar hospitalidad al extranjero que va de paso, por ejemplo, dándole frutos que no puedan conservarse, con

---

<sup>54</sup> Aristóteles, *La Política*, trad. de Patricio de Azcárate, en Obras de Aristóteles, Vol. 3, Madrid: Medina y Navarro, 1873, Libro I, Capítulo I.

<sup>55</sup> Truyol y Serra, Antonio, 1998, *op.cit.*, nota 2, p. 24.

<sup>56</sup> Homero, *La Odisea*, trad. de Carlos García Gual, Madrid: Alianza Editorial, 2005, Cantos VI y IX.

<sup>57</sup> Citados por Garner, Richard, *op.cit.*, nota 52, p. 20.

<sup>58</sup> Nafziger, James A.R., The General Admission of Aliens under International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 4, Oct., 1983, p. 809.

<sup>59</sup> Aristóteles, *op.cit.*, nota 54, Libro III, Capítulo III.

<sup>60</sup> Platón, *Las Leyes*, trad. de Patricio de Azcárate, Madrid: Medina y Navarro, 1872, Libro VIII, p. 105-106.

<sup>61</sup> *Ibidem*, Libro XII, p. 258.

<sup>62</sup> Jones, J. Walter, *The law and legal theory of the greeks: An introduction*, Oxford: Clarendon Press, 1956, p. 49; Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 131.

excepción de algunos reservados para los ciudadanos.<sup>63</sup> Asimismo, sostiene que la comida y producción de la ciudad deben repartirse en 12 partes y que el tercio de una de esas 12 partes debe darse a los extranjeros.<sup>64</sup>

La situación de los extranjeros en la Grecia antigua varió dependiendo de la ciudad-estado de que se tratara. Por ejemplo, en Atenas se tuvo la política más liberal con los extranjeros y en Esparta la menos, lo cual denota, por un lado, las políticas de los estados democráticos y comerciales y, por otro, las de los aristocráticos y basados en la agricultura.<sup>65</sup>

En Esparta, por un lado, había dos tipos de extranjeros. Los *periecos* eran lacedemonios que vivían y cultivaban sus tierras en asentamientos sometidos a la autoridad de Esparta, alejados del núcleo central espartano. Los periecos eran hombres libres que tenían ciertos derechos (por ejemplo, tener tierras que podían ser compradas y vendidas, pues no pertenecían al Estado), a excepción de los políticos. Se encargaban de las actividades económicas de Esparta: artesanía, agricultura y comercio. Toda vez que su situación económica era buena, no les afectaba no tener derechos políticos. En el siglo IV AC hubo unas reformas destinadas a incluir a los periecos como ciudadanos de plenos derechos políticos, pero ellos no parecieron interesados.<sup>66</sup> Los *ilotas* tenían una situación mucho menos favorecida que los periecos, no sólo económica, política y jurídicamente, sino también étnicamente. Fueron conquistados y sometidos en guerra a un sistema de servidumbre comunitaria para el Estado espartano. Tenían derecho a tener familia, a poseer ganadería propia y cada ilota estaba asignado a un lote de tierras determinado que trabajaba y del que la mitad de la producción iba al espartiata que era su dueño. Los ilotas eran una especie de esclavos, sin embargo, por el hecho de no poder ser vendidos y de vivir aparte, con sus respectivas familias, se diferencian de ellos. Por su dependencia formal del Estado se aproximan a los esclavos públicos; por su dependencia de facto de un particular, a los privados; y por su estatus jurídico, a los prisioneros de guerra.<sup>67</sup>

En Atenas, por otro lado, había seis tipos de extranjeros: los *extranjeros naturalizados*, a quienes se había otorgado el título de ciudadanos por decreto popular y que tenían, aunque con algunas restricciones, los mismos derechos que los ciudadanos griegos; los *proxenes* o *huéspedes públicos*, que equivalen a la figura de los cónsules en nuestros días; los *isoteles*, a quienes por tratado o decreto popular se les había concedido el goce de algunos o todos los derechos civiles; los *meteques*, quienes tenían permiso para vivir en la ciudad bajo el patrocinio de un patrón pero con varias limitaciones (no tener derecho a la propiedad, a casarse, heredar, etc.); los *extranjeros no residentes*, quienes vivían en la ciudad sin autorización y de modo temporal, en general por motivos comerciales, y tenían aún menos privilegios que los *meteques*; y los *bárbaros*, quienes vivían enteramente aparte de los ciudadanos, se les negaban todos los derechos y no gozaban de ninguna protección.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Platón, *op.cit.*, nota 60, p. 98.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>65</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 128.

<sup>66</sup> Sobre este tema, véase Oliva, Pavel, *Esparta y sus problemas sociales*, Madrid: Akal, Universitaria, 1983, p. 57 y ss.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 148 y ss.

<sup>68</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 145-156 y Weiss, André, *op.cit.*, nota 32, p. 15-20.

La situación de desprotección de los extranjeros desincentivó el comercio con el exterior porque los extranjeros podían ser robados o engañados sin tener derecho a ningún recurso legal. Por ello, cuando este tipo de comercio se hizo necesario, se empezaron a otorgar algunas protecciones a los extranjeros, a la vez que se les siguió dando hospitalidad, motivada ya no sólo por consideraciones religiosas, sino por las ventajas comerciales. Los siguientes métodos de protección de los extranjeros fueron desarrollados:

i. El que las ciudades-estado otorgaran, de forma unilateral o a través de contratos, derechos a los comerciantes y artesanos extranjeros como los de garantizar su libertad y sus posesiones personales. Los contratos incluso podían prever los castigos y reparaciones del daño en caso de violación. Si uno de estos contratos era violado y no existía ningún tratado entre la ciudad-estado del perjudicado y la receptora, y además la reparación del daño era rechazada por hacerse en una forma no prevista en el contrato, la parte perjudicada tenía derecho a tomar por sí misma medidas de ‘represalia’ contra las posesiones de aquéllos que le habían infligido el daño. Dichas posesiones hacían las veces de garantía para la reparación de su daño en caso de que el veredicto de la autoridad le negara la razón.<sup>69</sup>

ii. El que las ciudades-estado celebraran tratados que otorgaban, sobre una base de reciprocidad, derechos y privilegios a sus ciudadanos, si bien el acceso a estos derechos normalmente implicaba la renuncia a la ciudadanía de nacimiento del extranjero.<sup>70</sup> Un ejemplo de este tipo de tratados fue el *isopolite*, a través del cual se otorgaban derechos civiles a los ciudadanos de las ciudades-estado firmantes como el derecho a casarse, a tener propiedad, a estar exento de ciertas cargas públicas, etc.; en resumen, a participar en los asuntos civiles y religiosos de la ciudad. También existió el *simpolite* (aunque en casos muy raros), a través del cual varios Estados recíprocamente, además de otorgarles derechos y privilegios a sus ciudadanos, les permitían tener dos o tres ciudadanías.<sup>71</sup>

iii. En la cultura griega, al igual que en otras de la antigüedad como la judía y la egipcia, estaba reconocido un derecho de asilo en ciertos templos a los fugitivos, si bien sólo beneficiaba a aquéllos que habían cometido un delito de forma no intencionada. Este derecho, que no siempre se respetaba, se reconoció a los fugitivos en general, entre los que se podían encontrar extranjeros y esclavos, aunque este tipo de personas sólo tenían acceso a los templos públicos.<sup>72</sup>

iv. Finalmente, se tiene que mencionar que en la Grecia antigua tuvo lugar el desarrollo de la *proxenia*, si bien no fue una institución exclusiva de los griegos pues existe evidencia de su uso entre los egipcios, los cartagineses y los fenicios. La *proxenia* equivale a la institución consular de nuestros días, aunque existen diferencias notables entre ambas instituciones: el *proxenoi* era ciudadano de la ciudad-estado en la que ejercía sus funciones; su nombramiento no le confería necesariamente algún estatus oficial en su ciudad-estado de origen, pero en la que residía gozaban de varios honores y privilegios; y la ciudad-estado

---

<sup>69</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 139-141.

<sup>70</sup> También se podían otorgar de forma unilateral, por ejemplo, por servicios prestados al Estado.

<sup>71</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 141-145. También véanse Ténékidès, Georges, *Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités*, *Recueil des Cours*, Vol. 90, 1956, II, p. 475 – 648; Del Vecchio, Giorgio, *op.cit.*, nota 9, p. 209; Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 6.

<sup>72</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 347 y ss.

que nombraba al *proxenoi* no tenía modo de obligarlo a cumplir con sus deberes o castigarlo en caso de que cometiera alguna infracción. La *proxenia* tenía como fin fomentar las relaciones pacíficas entre las ciudades-estado, mitigar los horrores de la guerra y solventar las demandas de los ciudadanos que tuvieran transacciones comerciales o estuvieran viviendo de modo temporal o más permanente en otra ciudad-estado. La *proxenia* tuvo relevancia en la protección de los derechos de los extranjeros en la Grecia antigua pues el *proxenoi* actuaba como su protector y patrocinaba su causa: los representaba ante las asambleas políticas y los tribunales locales con el fin de que quedaran asegurados sus intereses judiciales, religiosos y financieros.<sup>73</sup>

### 1.1.3 Roma

Los romanos tuvieron menor vanidad nacional que los griegos en lo referente a su religión y capacidad intelectual, por lo que su actitud hacia los extranjeros fue más liberal y guiada por un sentido de practicidad. Rápidamente asimilaron a los pueblos conquistados y no tuvieron dificultad para entrar en relaciones con los Estados libres e independientes. Incluso, religiones y dioses extranjeros fueron medianamente admitidos en el Imperio y los extranjeros no estuvieron necesariamente privados de toda capacidad jurídica.<sup>74</sup> De hecho, como Nasmith<sup>75</sup> señala, los patricios, fundadores y única población romana en el año 753 AC, aceptaron y asimilaron la presencia de extranjeros plebeyos en la ciudad. Incluso, posteriormente Cicerón señalaría que “el prohibir a los extranjeros disfrutar de las ventajas de nuestras ciudades es enteramente contrario a las leyes de la humanidad”.<sup>76</sup> Sin embargo, sus leyes (*Ius Civile*) sólo tenían aplicación a los ciudadanos romanos, dejando a los extranjeros generalmente fuera del margen de la ley y los derechos. Por ejemplo, las Doce Tablas,<sup>77</sup> una codificación que data del año 450 AC, señalaba que la propiedad estaba excluida de forma permanente del ámbito de los extranjeros.<sup>78</sup>

En Roma, la practicidad prevaleció sobre la letra de la ley y la costumbre inveterada, por lo que una vez que el Imperio creció y empezó a atraer a gente de fuera, se facilitó el reconocimiento de derechos a los extranjeros (*peregrini*).<sup>79</sup> Por ejemplo, en 242 AC se dio acceso a las cortes a los extranjeros para incentivar el comercio. Con el paso del tiempo, el derecho local se fue haciendo cada vez más extensivo y beneficioso para los extranjeros amigables hasta que se creó el *Ius Gentium*: una ley especial basada en los principios de equidad y justicia e impartida por un pretor especial, el Pretor Peregrino.<sup>80</sup> Para Ulpiano el *Ius Gentium* era “el derecho observado por todos los pueblos, es decir, un derecho propio

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 147-153.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 213 y 228.

<sup>75</sup> Nasmith, David, *Outline of Roman History: From Romulus to Justinian*, London: Butterworth, 1890, p. 4-5.

<sup>76</sup> Cicero, Marcus Tullius, *De officiis*, trad. de Walter Miller, London: William Heinemann, 1913, Libro III, Cap. XI, p. 315.

<sup>77</sup> En las Doce Tablas los extranjeros y los enemigos estaban catalogados juntos. Sin embargo, toda vez que en el latín antiguo la palabra *hostis* significa peregrino, es difícil saber si los romanos querían poner a los enemigos y a los extranjeros en el mismo nivel, o si estaban usando el término con el significado que tenía en el latín antiguo. Watson, Alan, *Rome of the XII Tables: persons and property*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1975, p. 154.

<sup>78</sup> *Ídem*.

<sup>79</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 228.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 229.

de los hombres en sus relaciones recíprocas y que las gentes (naciones) practican”. Gayo lo define como “derecho que la razón natural ha establecido entre todos los hombres”. En palabras de Truyol y Serra, el *Ius Gentium* es “un concepto que surgió de la experiencia jurídica del pueblo romano a medida que se relacionó con otros pueblos”.<sup>81</sup>

El *Ius Gentium* era aplicable en las disputas en las que las partes eran extranjeros o extranjeros y nativos, pues los romanos se rehusaron a aplicar a estos nuevos casos el Derecho Civil Romano puro (*Ius Civile*).<sup>82</sup> También con fines prácticos y convenientes para el Imperio, en 212 DC una ley del emperador Caracalla hizo que todos los súbditos romanos se convirtieran en ciudadanos. Esta ley no fue promulgada por razones humanitarias sino de recaudación ya que previamente se habían incrementado los impuestos a los ciudadanos. A partir de este período, los extranjeros fueron aquellas personas extrañas al Imperio Romano en virtud de que el término dejó de comprender a los habitantes extranjeros que vivían en el imperio.<sup>83</sup>

En Roma había tres clases de extranjeros: bárbaros, *peregrini* ordinarios y *peregrini* latinos. Los *bárbaros* por lo general no gozaban de ningún derecho e incluso no les era aplicable el *Ius Gentium*. Su propiedad, al igual que la de los *peregrini* ordinarios, era considerada *res nullius*, por lo que cualquiera podía adquirirla por simple ocupación. Y si eran conquistados, podían ser convertidos en esclavos. Los *peregrini* ordinarios, con el desarrollo del *Ius Gentium*, tuvieron derecho a casarse, a adquirir propiedad, a crear fideicomisos, a emprender ciertas acciones judiciales, etc. Los *peregrini* latinos tenían concedidos derechos como la *recuperatio*, *ius commercii* y, algunas veces, el *ius connubii*. Estos derechos eran previamente acordados, con base en la reciprocidad, en tratados celebrados entre Roma y las ciudades latinas.<sup>84</sup>

Como se ha visto, la hospitalidad, como forma de incorporación temporal en la ciudad, fue considerada una institución muy importante en el mundo antiguo. En Roma se otorgó a través del *hospitium*, que era un convenio celebrado entre un ciudadano romano y un extranjero con el fin de que el primero le otorgara protección al segundo. Esta institución primero tomó la forma de *hospitium privatum* y más tarde de *hospitium publicum*. El *hospitium privatum* otorgaba al extranjero, con quien existía la relación, la protección de un patrón romano con ‘una amable recepción y un trato honorable’. Eran obligaciones del patrón atenderlo en caso de enfermedad, asistirlo en caso de que fuera parte de un procedimiento legal y, en general, cuidar sus intereses. La persona del extranjero era sagrada, por lo que su muerte era un crimen equiparado al parricidio. El *hospitium privatum* usualmente era un compromiso recíproco que envolvía derechos y obligaciones de protección de ambas partes, en tiempos de paz o guerra.<sup>85</sup>

El *hospitium publicum* fue una extensión del *hospitium privatum* y aseguraba la protección del Imperio Romano a un extranjero o grupo de extranjeros. Cuando se otorgaba a un solo

---

<sup>81</sup> Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 13ª ed. rev., Vol. 1, Madrid: Alianza, 2004, p. 197.

<sup>82</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 139-140; Nasmith, David, *op.cit.*, nota 75, p. 47.

<sup>83</sup> Nasmith, David, *op.cit.*, nota 75, p. 100.

<sup>84</sup> Phillipson, Coleman, *op.cit.*, nota 11, p. 230-240.

<sup>85</sup> *Ibidem* 217-219.

individuo generalmente era a modo de recompensa por los servicios que éste hubiera prestado al pueblo romano. Algunas veces, este tipo de protección era otorgada por los estados extranjeros a ciudadanos romanos distinguidos y también existían acuerdos recíprocos con otros Estados en los que se acordaba dar la *hospitium publicum* a todos sus ciudadanos, a cambio de que ese Estado hiciera lo mismo con los ciudadanos romanos en su territorio.<sup>86</sup>

## 1.2 Edad Media

### 1.2.1 La situación de los extranjeros en la Edad Media: observaciones generales

La situación de los extranjeros mejoró durante la Edad Media, por un lado, por el desarrollo del comercio con el exterior y, por otro, por la propagación del Cristianismo. Desde sus inicios, esta religión fue concebida para ser el culto oficial no de una ciudad o un Estado, sino de toda la humanidad. Claramente este sentimiento no fue universal. A pesar de los esfuerzos hechos en Europa, el Corán triunfó en Oriente. Las Cruzadas fueron un fracaso y se dibujó una clara brecha entre Oriente y Occidente. De este modo, la división entre las personas ya no fue con base en su nacionalidad o raza, sino en su religión: cristianos e infieles y, dentro de los cristianos, entre buenos cristianos y herejes.<sup>87</sup> Así, una vez que el Cristianismo se convirtió en la religión predominante en Occidente, la separación tradicional entre ciudadanos y extranjeros dejó de existir pues el Cristianismo es contrario a una situación de hostilidad permanente y predica la igualdad entre todos los hombres, lo cual facilitó la interacción entre las personas.<sup>88</sup> Por ejemplo, en ‘La Ciudad de Dios’ San Agustín afirma la igualdad de todos los individuos que viven en esa ciudad.<sup>89</sup> Los extranjeros, por tanto, dejaron de ser considerados como ‘no personas’ en el sentido en que lo habían sido en la Antigüedad.<sup>90</sup>

La invasión del Imperio Romano por las tribus germánicas no cambió el panorama sustancialmente. Estas tribus no tenían conciencia de una raza o nacionalidad germana. No peleaban batallas francesas o alemanas, sino cristianas. El extranjero en ese contexto, a pesar de seguir sufriendo inequidades notables, tenía algunos derechos. Aún más, estas tribus no crearon un sistema unificado de leyes. Seguían las leyes romanas o las leyes que cada tribu tenía en lo individual. Por tanto, se creó un sistema de leyes personales: cada individuo era regido por la ley de su tribu, lo cual ayudó a mejorar el tratamiento de los extranjeros.<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>87</sup> Kohn, Hans, *op.cit.*, nota 12, p. 79.

<sup>88</sup> Al respecto, véase Aguirre, Rafael, El extranjero en el cristianismo primitivo, en *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 463-483.

<sup>89</sup> Por ejemplo véase el Libro II, Capítulo XXII. Agustín Santo, Obispo de Hipona, *La ciudad de Dios*, trad. de José Cayetano Díaz de Beyral, Buenos Aires: Poblet, 1942.

<sup>90</sup> Véanse Roberts, John C. De V., *World Citizenship And Mundialism: a guide to the building of a world community*, Westport, Conn.; London: Praeger, 1999, p. 18; Herbert, Gary B., *A philosophical history of rights*, New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 2002, p. 54.

<sup>91</sup> Tiburcio, Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, The Hague; London: Nijhoff, 2001, p. 28.

El principio de personalidad de las leyes duró aproximadamente hasta fines del siglo X. Con el desarrollo del feudalismo, el sistema dejó de existir. Una vez más, las leyes se volvieron esencialmente territoriales pues cada señor feudal tenía un cuerpo de leyes o costumbres aplicables dentro de sus dominios a todas las personas. Sin embargo, como estas leyes y costumbres sólo eran aplicables dentro de sus fronteras territoriales, cuando un individuo dejaba el dominio de un señor feudal y entraba al de otro, automáticamente se convertía en extranjero en el último. Así, el individuo se convertía en *aubain*, es decir, una persona que dejaba su lugar de nacimiento y se establecía en otro lado. La situación de los *aubain* varió considerablemente por toda Europa y también a través de los tiempos.<sup>92</sup>

Durante la Edad Media, los extranjeros siguieron teniendo limitaciones muy significativas por el sistema feudal imperante. Por regla, no tuvieron acceso al derecho de la propiedad de la tierra porque ello implicaba la lealtad al señor feudal local. En consecuencia, en una sociedad en la que el estatus social y jurídico de las personas estaba dado por el pedazo de tierra del que eran titulares, el no tener acceso a ésta conllevaba el estar al margen de la protección de la ley. Otra limitación fue el no poder transmitir la propiedad de sus bienes después de su muerte. El señor feudal era dueño de todo lo que poseían, por lo que una vez que fallecían, sus posesiones eran confiscadas y pasaban a manos de éste (*droit d' albaine*). Asimismo, cuando cambiaban de residencia, el feudo que se dejaba tenía el derecho de deducir un porcentaje del valor de sus posesiones una vez que dejaban su territorio (*droit de détraction*).<sup>93</sup>

## 1.2.2 Trato a los extranjeros de acuerdo con el grupo religioso al que pertenecían

### 1.2.2.1 Cristianos y judíos bajo el imperio islámico<sup>94</sup>

El Corán, un libro sincretista con elementos del Judaísmo y el Cristianismo, previó una política estratificada sobre líneas religiosas. Para Glick,<sup>95</sup> ésta era una representación adecuada de la sociedad árabe en el tiempo de Mahoma, cuando las tribus árabes paganas coexistían con cristianos y judíos. En consecuencia, el Corán describe una sociedad dominada por los musulmanes (asumidos como árabes), pero con disposiciones para las minorías religiosas aprobadas -cristianos y judíos- que tenían una religión revelada y reconocida por los musulmanes como divinamente inspirada.

Es un error común el sostener que los musulmanes daban a sus conquistados la opción del Islam o la muerte. Esto es parcialmente cierto, ya que sólo era así cuando los conquistados

---

<sup>92</sup> Weiss, André, *op.cit.*, nota 32, p. 52-64.

<sup>93</sup> Véanse Sahlins, Peter, *Unnaturally French: foreign citizens in the Old Regime and after*, Ithaca: Cornell University Press, 2004, p.231-232; Verzijl, Jan Hendrik Willem, *International law in historical perspective*, Vol.5: Nationality and Other Matters Relating to Individuals, Leyden: Sijthoff, 1972, p. 410-411.

<sup>94</sup> En general, véanse Meyerson, Mark D., English Edward D, (ed.), *Christians, Muslims, and Jews in medieval and early modern Spain: interaction and cultural change*, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 2000, 345 p.; Courbage, Youssef, Fargues, Philippe, *Christians and Jews under Islam*, trad. de Judy Mabro, London: I. B. Tauris, 1998, 256 p.

<sup>95</sup> Glick, Thomas F., *Islamic and Christian Spain in the early Middle Ages*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1979, p. 168. También véanse: Vernet, Juan, Martínez Martín, Leonor, *Al-Andalus: el islam en España*, Barcelona: Círculo de Lectores, 2001, 176 p.; Harvey, L. P., *Islamic Spain, 1250 to 1500*, Chicago; London: University of Chicago Press, 1990, 370 p.



eran politeístas y adoradores de ídolos. Para los monoteístas y otra “gente del Libro” había una tercera posibilidad: convertirse en un “grupo protegido” que pagaba impuestos, pero gozaba de una autonomía interna. Los miembros de dicho grupo eran llamados “*dhimmis*”. Dentro de Arabia, las tribus nómadas eran en su mayoría idólatras, por lo que fueron forzadas a convertirse al Islam. Fuera de Arabia, las personas pertenecientes a otra religión -como los judíos y los cristianos- pasaron a formar parte de los grupos protegidos. No fueron presionados para convertirse en musulmanes, sino, por el contrario, a conservar su religión.<sup>96</sup>

A diferencia de los musulmanes, los “*dhimmis*” carecían de capacidades legales y civiles, pero gozaban de la seguridad inherente a un estatus jurídico formal. Tres ramificaciones de este estatus son relevantes para la situación de judíos y cristianos en Al-Ándalus. Primero, al aceptar el estatus de “*dhimmis*”, los miembros de las minorías religiosas eran efectivamente excluidos de participación política. Si bien algunas veces judíos y cristianos tuvieron cierta participación política bajo condiciones especiales y temporales, la única forma de obtener un poder sustancial en dicha sociedad era su conversión al Islam. Segundo, el sistema había incorporado incentivos a la asimilación en la forma de exención de impuestos para aquéllos que se convirtieran. Tercero, el reconocimiento formal de las diferencias religiosas significó que la sociedad islámica autorizó un grado relativamente alto de cercado cultural entre las minorías religiosas. Al permitir la coexistencia de las distintas religiones, la sociedad islámica puso una menor presión para aceptar sus valores sobre las minorías religiosas de la que puso sobre los musulmanes no árabes.<sup>97</sup>

La creación de grupos religiosos protegidos o “*dhimmis*” obedeció al hecho de querer asegurar que éstos permanecieran separados, distintos y aparte el uno del otro para que la religión predominante no se contaminara de sus subordinadas. La clave de la autonomía del grupo fue que cada comunidad religiosa era regida por su propio cuerpo de leyes religiosas, en sus tribunales y por sus jueces, escogidos por la misma comunidad. La jurisdicción de sus tribunales estaba limitada a asuntos civiles que involucraran a miembros de la comunidad, tanto demandante como demandado. Aquellos casos que involucraban a algún miembro de la religión dominante, por lo general, tenían que ser sustanciados por un juez del Estado, tal y como lo eran los asuntos penales. Entonces, los tribunales religiosos llevaban los asuntos que involucraban todos los aspectos de la vida familiar: matrimonio, divorcio, herencia, así como otros asuntos económicos y sociales que recayeran dentro del ámbito de las leyes religiosas.<sup>98</sup>

El sistema de los tribunales religiosos autónomos tuvo repercusiones sociales y culturales obvias: el tribunal era un apoyo para la cohesión del grupo y servía para reforzar las tradiciones culturales distintivas del grupo. Por ello, en los tribunales judíos en Al-Ándalus, la ley talmúdica interpretada de acuerdo con la escuela de Babilonia servía como un

---

<sup>96</sup> Watt, W. Montgomery, *A history of Islamic Spain*, Edinburgh: Edinburgh U.P., 1965, p. 7; García Jaén, Antonio, *De España y del Islam*, Tetuán: Editora Marroquí, 1954; Sánchez-Albornoz, Claudio, *España y el Islam*, Buenos Aires: Edit. Sudamericana, 1943, 199 p.

<sup>97</sup> Glick, Thomas F., *op.cit.*, nota 95, p. 168.

<sup>98</sup> Goitein, S.D., *A Mediterranean Society. The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Cairo Geniza, Vol. II: The Community*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, p. 289.

mecanismo para mantener viva una forma particular de Judaísmo y ahí, como en el mundo islámico, las autoridades comunales condenaron –e incluso castigaron– el recurrir a los tribunales islámicos.<sup>99</sup> Los cristianos bajo el imperio islámico (mozárabes) también tenían un sistema de tribunales autónomos con un juez (censor) que administraba justicia de acuerdo con el *Forum Judicum* y al Derecho Canónico.<sup>100</sup>

### 1.2.2.2 Musulmanes y judíos bajo el imperio cristiano

En cuanto al tratamiento de las minorías religiosas -musulmanes y judíos- que se encontraban bajo el imperio cristiano, se usó como ejemplo el trato otorgado por los musulmanes a los “*dhimmis*”. Como en Al-Ándalus, se les otorgaron seguridades legales que prometían el mantenimiento de un grado relativamente alto de autonomía grupal, reforzadas por la segregación en juderías y morerías. Este sistema en el Cristianismo fue menos favorable a las minorías religiosas que su contraparte en el Islam. La razón de esta discrepancia y la erosión del estatus social de los súbitos judíos y musulmanes desde un inicio fue la diferencia del concepto del Derecho en las dos culturas. El Derecho Islámico, aunque sujeto a un rango (limitado) de diferentes interpretaciones, era universal e incambiable. Las seguridades otorgadas a la “gente del Libro” eran la regla y sufrían alguna erosión sólo en las manos de gobernantes débiles que permitían contravenciones ilegales a los derechos de las minorías, o de déspotas cuyo fanatismo llevaba a contravenciones directas a la norma.<sup>101</sup>

En los reinos cristianos, por el contrario, no había una norma general –a excepción de las vagas garantías de libertad de culto y autonomía de grupo–, sino que los distintos gobernantes pactaban las leyes con los grupos locales y tales leyes estaban sujetas a ratificación o cambio por cada nuevo gobernante. Esto provocó que la situación de judíos y musulmanes variara ampliamente de lugar a lugar y, aún más, fuera altamente vulnerable a cambiar de acuerdo con la conveniencia económica y social de los grupos de interés que eran capaces de hacerse oír por el Rey. La inseguridad y precariedad inherente a dicha situación ocasionó la constante erosión de la cohesión de los grupos minoritarios religiosos bajo control cristiano.<sup>102</sup>

En la España cristiana se dotó de tribunales autónomos a judíos y musulmanes, pero la tendencia era socavar, cuando fuera posible, las prerrogativas de las minorías religiosas en los casos en los que estaba involucrado un cristiano. Siguiendo esta tendencia, en 1109 Alfonso VII decretó que todos los asuntos entre cristianos y judíos en Toledo serían oídos por un juez cristiano, lo cual continuó hasta 1286, año en que las Cortes de Palencia pidieron al Rey que negara a los judíos el derecho de tener un juez especial que conociera

---

<sup>99</sup> Ashtor, Eliyahu, *The Jews of Moslem Spain: Volume I*, trad. de Aaron Klein and Jenny Machlowitz Klein, Philadelphia: Jewish Publications Society, 1973, p. 139; Goitein, S.D., *A Mediterranean Society. The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Cairo Geniza, Vol. I: Economic Foundations*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1967, p. 251.

<sup>100</sup> Colbert, Edward P., *The Martyrs of Córdoba (850-859): A Study of the Sources*, Washington D.C.: Catholic University of America Press, 1962, p. 31-33; Menéndez Pidal, Ramón, *España, eslabón entre la cristiandad y el Islam*, 3ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1977, 168 p.

<sup>101</sup> Glick, Thomas F., *op.cit.*, nota 95, p. 169.

<sup>102</sup> *Ídem.*

de sus asuntos. A cambio, se estableció un juez (cristiano) ordinario para oír sus peticiones, de modo que cristianos y judíos tuvieran por igual el derecho a ser oídos por separado, pero por jueces cristianos.<sup>103</sup>

Igualmente, en los tribunales musulmanes autónomos había un rango de soluciones para la resolución de conflictos entre musulmanes y cristianos: juez musulmán autónomo, juez especial y juez cristiano (en Toledo).<sup>104</sup> En la Valencia del siglo XIII, la estructura formal de la jurisprudencia islámica se mantuvo relativamente intacta. El Rey Pedro fue explícito en su deseo de que “los sarracenos debían caer en la jurisdicción de su *qadi*” (1284).<sup>105</sup> Los códigos cristianos fueron especialmente puntillosos en la definición de la forma en que las personas de las tres religiones debían prestar juramento. El Fuero de Calatayud señalaba que en los casos entre personas de distintas religiones, los cristianos debían jurar ante la cruz; los judíos sosteniendo el Torah; y los musulmanes repitiendo las palabras “juro fielmente tres veces”. El Fuero de Jaca disponía que en los asuntos que involucraran a personas de distintas religiones, éstas debían defenderse de acuerdo con su propia ley, aún en casos de agresión y, aún más, que los acuerdos entre ellas debían ser redactados por los escribanos de una u otra religión, dependiendo el tipo de asunto.<sup>106</sup> Jaime I, quien jugó un papel importante en el resurgimiento del Derecho Romano en el Reino de Aragón, tenía una clara noción de cómo debía funcionar el Derecho Semítico: consideró tanto el Derecho Islámico como el Judaico en general, así como el consuetudinario de cada uno, como vinculante entre las minorías religiosas. No obstante, a finales del siglo XI el sistema empezó a dar muestras de una erosión sustancial al abandonarse principios básicos, por ejemplo el derecho a tener testigos de su propia religión.<sup>107</sup>

Aunque el sistema de tribunales autónomos y el mantenimiento del derecho religioso fueron las piezas fundamentales para el mantenimiento de las minorías religiosas autónomas, hubo otros mecanismos legales designados a minimizar el contacto cercano entre las personas de distinta religión. El matrimonio entre personas de religión distinta estaba prohibido por las leyes cristianas y judías. El hecho de que los hombres musulmanes tuvieran permitido casarse con mujeres infieles agrandó las censuras internas en contra de los matrimonios entre personas de distinta religión. Así, por ejemplo, los Códigos Castellanos establecieron severas penas para aquellas mujeres que fornicaran con hombres judíos o musulmanes.<sup>108</sup>

Naturalmente, los grupos religiosos dominantes establecieron penas muy severas para los casos de apostasía. Las Siete Partidas establecieron la pena de muerte para aquellos

---

<sup>103</sup> Rodríguez Fernández, Justiniano, *La judería de la Ciudad de León*, León: Centro de Estudios e Investigación “San Isidoro”, 1969, p. 76; Baer, Yitzhak, *A History of the Jews in Christian Spain: Vol. I*, Philadelphia: Jewish Publication Society of America, 1961, p. 51.

<sup>104</sup> Mobarec Asfura, Norma, Condición jurídica de los moros en la Alta Edad Media, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Vol. 2, 1961, p. 43; D'Ozy, R., *Spanish Islam: a history of the Moslems in Spain*, trad. de Francis Griffin Stokes, London: Frank Cass, 1972.

<sup>105</sup> Burns, Robert Ignatius, *Islam Under the Crusaders: Colonial Survival in the Thirteenth-Century Kingdom of Valencia*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1973, p. 237-238.

<sup>106</sup> Rodríguez Fernández, Justiniano, *op.cit.*, nota 103, p. 75.

<sup>107</sup> Burns, Robert Ignatius, *op.cit.*, nota 105, p. 227-228, 265.

<sup>108</sup> Goitein, S.D., *A Mediterranean Society, Vol. II, op.cit.*, nota 98, p. 277; *Las Siete Partidas*, 7.24.9; 7.25.10.

cristianos que se convirtieran al judaísmo o al Islam.<sup>109</sup> Generalmente, la prohibición de la conversión a otra religión, salvo la dominante, se extendió en las otras religiones. Por ejemplo, el Derecho Islámico prohibió la conversión de cristianos al judaísmo y viceversa. La misma censura se encuentra en las Siete Partidas, en las que se prohíbe a los judíos convertir a sus esclavos o prisioneros, aún cuando fueran moros o bárbaros. Esta censura era adicional a la general de que ni judíos ni musulmanes debían hacer proselitismo con cristianos. Además, se prohibió a los cristianos morar en la misma casa con judíos o musulmanes.<sup>110</sup> La cuestión relativa al poder que podían ostentar los miembros de las religiones minoritarias sobre aquéllos de las mayoritarias se legisló. Por ejemplo, se prohibió tener esclavos de la religión dominante, el ostentar cargos públicos, así como prestar dinero con interés.<sup>111</sup>

De este modo, las personas pertenecientes a las religiones minoritarias fueron conservadas a distancia de la sociedad mayoritaria, fuera cristiana o islámica. La autonomía de los grupos a los que pertenecían, frecuentemente representada como el mejor símbolo de tolerancia, era, de hecho, la expresión institucional de normas etnocéntricas que mantuvieron a dichos grupos en el aislamiento: tolerados, pero como ciudadanos extranjeros que no compartían la vida social en la misma forma que los miembros de la religión dominante. Es claro que dichas formas institucionalizadas de enemistad no protegerían a las minorías religiosas en tiempos de disrupciones económicas y sociales severas en los que, como extranjeros perpetuos, fácilmente se convertían en chivos expiatorios.<sup>112</sup> Este punto es señalado por Burns:

“la tolerancia que preserva enteramente la existencia de un grupo de extranjeros también condena a ese grupo a vivir aparte, invertido y desnutrido, tan extraño a la otra comunidad como para parecerle repugnante e incluso poco amigable”.<sup>113</sup>

### 1.2.2.3 Un caso particular: trato a los judíos en la Edad Media. Apuntes generales

*Los judíos y el Derecho Romano tardío (315-531)*. Para Jacob R. Marcus, la Edad Media<sup>114</sup> para los judíos empezó con el advenimiento al poder de Constantino el Grande (306-337).<sup>115</sup> Fue el primer emperador romano cuyas leyes limitaron radicalmente los derechos de los judíos como ciudadanos extranjeros del Imperio Romano, un privilegio otorgado por Caracalla en 212. Conforme el Cristianismo se fue extendiendo, se fueron limitando cada vez más los derechos de los judíos. El estatus de ciudadanos extranjeros de segunda clase,

---

<sup>109</sup> *Las Siete Partidas*, 7.24.7; 7.25.4.

<sup>110</sup> Goitein, S.D., *A Mediterranean Society, Vol. I, op.cit.*, nota 101, p. 136-137; *Las Siete Partidas*, 7.24.10; 7.24.2.

<sup>111</sup> Glick, Thomas F., *op.cit.*, nota 95, p. 171-172; Goitein, S.D., *A Mediterranean Society, Vol. I, op.cit.*, nota 101, p. 142.

<sup>112</sup> Abúndese este punto en Valdeón Baroque, Julio, *El chivo expiatorio: judíos, revueltas y vida cotidiana en la Edad Media*, Valladolid: Ámbito, 2000, 287 p.

<sup>113</sup> Burns, Robert Ignatius, *op.cit.*, nota 105, p. 187.

<sup>114</sup> Tradicionalmente se entiende que la Edad Media se encuentra comprendida entre el siglo V y el XV. Su comienzo se sitúa convencionalmente en el año 476 con la caída del Imperio romano de Occidente y su fin en 1492 con el descubrimiento de América.

<sup>115</sup> Marcus, Jacob Rader, *The Jew in the medieval world: a source book: 315-1791*, ed. rev. por Marc Saperstein, New York: Hebrew Union College Press, 1999, p. 3.

cristalizado en el código de Justiniano, se consolidó en la Edad Media. Las leyes de Constantino el Grande evitaron que el judaísmo permaneciera como religión al existir la prohibición de hacer proselitismo. Las leyes de Constantino prohibieron el matrimonio entre hombres judíos y mujeres cristianas y en 338 todos los matrimonios entre judíos y cristianos se prohibieron.<sup>116</sup> Otra prohibición fue la de tener esclavos.<sup>117</sup> Las leyes de Teodosio II (408-450) prohibieron a los judíos tener cargos públicos de honor. Sin embargo, fueron obligados a asumir aquellos cargos que conllevaban grandes pérdidas financieras. Asimismo, prohibieron la construcción de nuevas sinagogas.<sup>118</sup> Una ley de Justiniano (527-565) prohibió a los judíos presentar testigos contra los cristianos en los juicios.<sup>119</sup>

*El Islam y los judíos (600-1772).* El Pacto de Omar (637) es el tratado que contiene las limitaciones y los privilegios entre los musulmanes conquistadores y los no mahometanos. Entró en vigor después de que Omar I conquistó la Siria cristiana y Palestina. Todos los pueblos conquistados, incluidos los judíos, tuvieron que apegarse a este tratado. Tenían que pagar a los musulmanes, al igual que los cristianos, un impuesto especial por protección y por la exención del servicio militar. Asimismo, se les prohibió ocupar cargos públicos.<sup>120</sup>

*Los judíos de España y el Código Visigodo (654-681).* El Código Visigodo reúne las leyes de los reyes católicos que reinaron España de 586 a 711. El primer rey visigodo católico fue el primero en llevar a cabo una activa política anti judía. Algunos de sus predecesores incluso llegaron al extremo de darles a elegir entre el bautismo o el exilio. Muchos judíos, por lo tanto, se convirtieron al cristianismo sin quererlo y profesaron el judaísmo secretamente. Con el fin de acabar con esta situación, varios reyes recurrieron a castigos drásticos. Estas acciones fueron suscitadas tanto por fanatismo religioso como por el deseo de estandarizar a toda la población en la fe católica. Además, el hecho de poder confiscar las propiedades de los judíos hizo más atractiva esta situación para los soberanos.<sup>121</sup>

Dos documentos significativos contenidos en el Código Visigodo son la declaración de fe presentada por los judíos cristianizados de Toledo al rey Recceswinth (649-672) y el documento emitido por el rey Erwig (680-687), en el cual ofrece a los judíos que por alguna

---

<sup>116</sup> Véase el texto de toda la legislación imperial relativa a los judíos en: Linder, Amnon, *The Jews in Roman Imperial Legislation*, Detroit, Michigan: Wayne State University Press, 1988.

<sup>117</sup> Abúndese más sobre este tema en: Klingenberg, Eberhard, *The Roman Imperial Legislation Prohibiting Jews from Owning Gentile Slaves*, en Jackson, B. S., *Jewish Law Association Studies Jewish Law Association Studies IV. The Boston Conference Volume*, Pennsylvania: Scholars Press, 1990, p. 89-98.

<sup>118</sup> Pharr, Clyde, (ed.), *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions (The Corpus of Roman Law)*, Clark, N.J.: The Lawbook Exchange, Ltd., 2001, p. 467 y ss.

<sup>119</sup> Klingenberg, Eberhard, *Justinian's Novellae Concerning the Jews*, en Goldman, E.A., (ed.), *Jewish Law Association Studies VIII. The Jerusalem 1994 Conference Volume*. Pennsylvania: Scholars Press, 1996, p. 79-99.

<sup>120</sup> Cohen, Mark R., *Under Crescent and Cross: The Jews in the Middle Ages*, Princeton: Princeton University Press, 1987, p. 52-74 ("The Legal Position in Islam"). También véase, Lewis, Bernard, *The Jews of Islam*, Princeton: Princeton University Press, 1987, 280 p.

<sup>121</sup> Marcus, Jacob Rader, *op.cit.*, nota 115, p. 22; Katz, S., *The Jews in the Visigothic and Frankish kingdoms of Spain and Gaul*, Cambridge-Mass.: The Mediaeval Academy of America, 1937.

razón no se habían convertido al catolicismo la alternativa de la expulsión o el bautismo.<sup>122</sup> A pesar de que el Estado Visigodo fue derrotado por los árabes en 711, este código del siglo VII continuó influenciando la España Católica a lo largo de la Edad Media. La Inquisición Española del siglo XV muestra signos de esta influencia.

*La expulsión de los judíos de Francia (1182).* Los judíos ya tenían 1000 años en Francia cuando en 1176 Felipe Augusto llegó al poder y logró fortalecerse gracias a la confiscación de los bienes y las riquezas de los judíos. Con ello, no sólo ganó fortuna, sino buen nombre con la Iglesia Católica y los deudores cristianos. Cuatro meses después de que entró al poder, encarceló a todos los judíos en su territorio y los liberó sólo después de que pagaran un cuantioso rescate (1180). Al año siguiente (1181), anuló todos los préstamos hechos por los judíos a los cristianos, tomando a cambio un 20% para él. En 1182, confiscó todas las tierras e inmuebles de los judíos y los echó de su territorio. En 1198, Felipe Augusto readmitió a los judíos y reguló cuidadosamente sus negocios bancarios a modo de reservar una buena parte de las ganancias a través de impuestos.<sup>123</sup>

*La Carta de los judíos del Ducado de Austria (1244).* Toda vez que durante la Edad Media los judíos fueron considerados como un grupo racial y socialmente distinto que no debía ser sujeto a las mismas leyes que los cristianos, se emitieron distintas cartas para gobernarlos. La más famosa es la emitida por Federico el Belfortino en julio de 1244 para los judíos de su ducado de Austria. Este documento es importante porque fue pronto adoptado, con algunos cambios, por la mayoría de los países europeos del Este a los que las masas de judíos fueron desviadas: Hungría, Polonia, Silesia y Lituania. Esta Carta, bastante favorable, fue emitida para incentivar el préstamo de dinero entre los judíos austriacos y probablemente también para atraer la migración de judíos adinerados a Austria, un Estado en necesidad de crédito inmediato. Por tanto, se hizo cada esfuerzo para facilitar a los judíos la venta de sus mercaderías y, sobre todo, el préstamo de su dinero. Se les dio protección adecuada al ser sujetos de una jurisdicción directa en el Ducado que les garantizaba la seguridad de sus vidas. El derecho de los judíos para gobernarse en asuntos religiosos y comunitarios no fue especificado por el Duque, pero se tomó por sentado. Se puede asumir, de hecho, que los judíos de Austria gozaron de una gran autonomía política bajo este Pacto.<sup>124</sup>

*El derecho español medieval y los judíos. Las Siete Partidas, 1265.* Las Siete Partidas es uno de los códigos medievales más importantes. Este código fue compilado alrededor de 1265 bajo la supervisión de Alfonso X el Sabio (1252-1284), pero sus leyes no entraron en efecto sino hasta 1348 y con ciertas reservas. De Castilla se extendió a toda España y sus posesiones en Louisiana, Filipinas, Puerto Rico y Florida. En buena medida, las fuentes de este código son visigodas, el derecho romano tardío y el derecho eclesiástico, todos los

---

<sup>122</sup> Véase Scott, S. P., *The Visigothic Code (Forum Judicum)*, Boston: Boston Book Company, 1910. Disponible en: <http://onlinebooks.library.upenn.edu/webbin/book/lookupid?key=olbp30978>. Contiene todas las leyes del período que afectaron a los judíos.

<sup>123</sup> Marcus, Jacob Rader, *op.cit.*, nota 115, p. 27. También véase, Jordan, William Chester, *The French Monarchy and the Jews. From Philip Augustus to the Last Capetians*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989, 369 p.

<sup>124</sup> Abúndese más sobre el tema en Kisch, Guido, *The Jews in Medieval Germany*, Chicago: The University of Chicago Press, 1949, 655 p.

cuales eran hostiles hacia los judíos. Esto, sin embargo, no evitó que se protegiera la religión judía en Castilla, así como la persona y propiedad de los judíos. Judíos y moros, minorías nacionales, eran muy numerosos e importantes para ser maltratados.<sup>125</sup>

Del Título XXIV de las Siete Partidas, relativo a los judíos, destaca lo siguiente. La permisión a los judíos de practicar su religión, pero sin hablar mal de la religión católica o tratar de convertir a cristianos al judaísmo. La pena por contravenir esta disposición era la pena de muerte y la pérdida de todas sus propiedades. Asimismo, se penó el hacer mofa de la crucifixión de Jesucristo bajo pena de ser detenidos, arrestados y llevados ante el Rey y, en caso de ser hallados culpables, ser condenados a la pena de muerte. Asimismo, se les obligó a permanecer encerrados en su casa y en silencio en Viernes Santo, bajo pena de no ser resarcidos en caso de sufrir cualquier injuria a mano de cristianos ese día (Ley II).<sup>126</sup>

Asimismo, no se permitió a los judíos tener cualquier empleo o cargo público que les permitiera oprimir a los cristianos (Ley III). Se les permitió construir sus sinagogas, pero sólo en los lugares permitidos por las autoridades (Ley IV), a diferencia de los moros, a quienes no se les permitió tener mezquitas. La Ley V prohibió imponer obligaciones a los judíos en sábado, su día sagrado. La Ley VI señaló que no se debía convertir a un judío al cristianismo por la fuerza, sino a través de los textos de las Sagradas Escrituras. Y que, en caso de que un judío se cristianizara y otros judíos tomaran represalias contra él, tales infractores debían ser castigados y obligados a reparar el daño e incluso quemados en caso de haber matado al judío converso. La Ley VII estableció la pena de muerte y la pérdida de todas sus propiedades a los cristianos que se convirtieran al judaísmo. La Ley VIII prohibió a cualquier cristiano, hombre o mujer, morar y, en general, convivir con los judíos. La Ley IX estableció la pena de muerte para el judío que tuviera relaciones carnales con una mujer cristiana. Para ésta, el castigo podía ser la muerte, los azotes o la confiscación de sus bienes. La Ley X prohibió a los judíos tener a cristianos como esclavos y, si lo hicieran a sabiendas de que eran cristianos, se estableció la pena de muerte como castigo. Asimismo, prohibió a los judíos convertir a su religión a cualquier esclavo, fuera moro o bárbaro. La Ley XI ordenó a los judíos usar una marca distintiva para diferenciarlos de los cristianos bajo pena de tener que pagar una multa por no hacerlo o recibir azotes en caso no poder pagarla.<sup>127</sup>

*Luis IX de Francia y los judíos, antes de 1270.* Luis IX (1226-1270), nieto de Felipe Augusto y Rey de Francia, tuvo una activa política contra los judíos. A pesar de que iba contra sus propios intereses, se opuso a que sus súbditos judíos continuaran con sus actividades de préstamo de dinero, emitió leyes contra ellos y, eventualmente, ordenó su expulsión. Luis IX se empeñó en convertir a los judíos al Cristianismo. Para este fin, alentó polémicas entre la Sinagoga y la Iglesia. Con esto, esperaba convertir algunos judíos o al

---

<sup>125</sup> Marcus, Jacob Rader, *op.cit.*, nota 115, p. 38.

<sup>126</sup> Véase el texto de las Siete Partidas en Alfonso X, *Las siete partidas del Rey Alfonso X El Sabio nuevamente glosadas por Gregorio López*, Madrid: B.O.E., 1985, Título XXIV.

<sup>127</sup> Abúndese más sobre el tema en: Carpenter, Dwayne E., *Alfonso X and the jews: an edition of and commentary on Siete Partidas 7.24, "De los judíos"*, Berkeley: University of California Press, cop., 1986, 160 p.

menos avergonzarlos y convencer a los cristianos irresolutos de la verdad del Cristianismo y la maldad del Judaísmo.<sup>128</sup>

*La peste negra y los judíos (1348-1349).* En 1348 apareció en Europa la peste negra, la cual se estima que mató a 25 millones de personas. Para finales de 1348 se corrió el rumor de que se trataba de una conspiración de los judíos para envenenar a la Cristiandad. Se decía que los líderes judíos de Toledo lo habían planeado y que uno de los líderes de la conspiración era el Rabino Peyret, quien tenía su sede en Chambéry, Savoy, desde donde mandaba su veneno a Francia, Suiza e Italia. Por orden de Amadeo VI, Conde de Savoy, un número de judíos que vivían en las orillas del lago de Ginebra fueron arrestados y torturados hasta confesar lo que, naturalmente, sus inquisidores querían. Estos judíos, bajo tortura, incriminaron a otros. Las confesiones se acabaron extendiendo a diversos países como Suiza, Alemania, y miles de judíos en al menos doscientos poblados fueron masacrados y quemados. En Estrasburgo las autoridades que trataron de defender a los judíos fueron derrocadas por una masa aterrada por la peste y por una nobleza endeudada y amenazada económicamente por los judíos. En Alemania, la comunidad judía sufrió grandes pérdidas de riqueza y vidas y no se recuperaría y tomaría un importante papel en la vida alemana sino hasta el siglo XVII.<sup>129</sup>

*El juramento tomado a los judíos.* En lo relativo a prestar juramento ante las autoridades civiles, los judíos de la Edad Media no prestaban el mismo tipo de juramento que los cristianos o los musulmanes. La razón es obvia: los Estados eran cristianos o musulmanes y ningún judío podía jurar de la misma forma en que lo hacían cristianos y musulmanes. En un Estado cristiano esto hubiera significado el reconocimiento de Jesucristo. Tal juramento no hubiera sido obligatorio para el judío, por lo que nunca era impuesto. Por tal motivo, se impuso un juramento especial para los judíos. Conforme fueron creciendo los prejuicios contra los judíos, se extendió la creencia entre los cristianos de que los judíos no dudarían en cometer perjurio en los tribunales cristianos. Para contrarrestar esta tendencia, en varias ciudades, particularmente en Francia y Alemania, se instituyeron juramentos excepcionales que debían prestar los judíos, tanto por el lenguaje usado como por las ceremonias acompañantes, a modo de atemorizar a los judíos para que dijeran la verdad. Tales juramentos iban de la intimidación a la humillación y algunos constituían una cierta tortura. Por ejemplo, en el siglo XI en Francia los judíos tenían que usar coronas de espinas alrededor del cuello y las rodillas mientras el juramento era prestado. La forma de prestar el juramento varió de localidad en localidad, en algunas era menos humillante y más digno para los judíos. El juramento perduró en Francia hasta 1846, en Prusia hasta 1869 y en Rumania hasta 1912.<sup>130</sup>

*La expulsión de España (1492).* La actividad que desarrolló la Inquisición sevillana contra los judíos llegó, a partir de 1480, a los más reprobables extremos. Solamente en 1481 fueron quemadas vivas unas 2,000 personas; otras tantas fueron quemadas en estatua, por haber muerto o huido, y 17,000 sufrieron penas más o menos graves. Los muertos fueron

---

<sup>128</sup> Jordan, William Chester, *Louis IX and the Challenge of the Crusade: A Study in Rulership*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989, p. 84-86, 155-157.

<sup>129</sup> Marcus, Jacob Rader, *op.cit.*, nota 115, p. 49-50.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 56.



desenterrados y sus huesos incinerados. Los bienes de todos los que, vivos o muertos, habían sido declarados reos de muerte eran confiscados y sus hijos inhabilitados para oficios o beneficios. En Andalucía quedaron vacías más de 4,000 casas. Se hizo ver a la reina que la desaparición o emigración de gentes tan activas haría decaer el comercio, pero no cedió. También sobre Roma llovieron las quejas, obligando a intervenir al papa Sixto IV, que lo hizo a principios de 1482 mediante una bula en la que recogía las principales quejas llegadas a sus oídos en contra de la Inquisición: “según me cuentan han encarcelado a muchos injusta e indeliberadamente, sin atenerse a ordenación jurídica alguna; los han sometido a espantosas torturas, los han declarado injustamente herejes y han arrebatado sus bienes a los condenados al último suplicio”. La Inquisición atravesó, como consecuencia, una aguda crisis. A instancias del Papa, se imponía una reorganización que, de momento, paró por cerca de un año a la persecución inquisitorial contra los conversos.<sup>131</sup>

Pero de las últimas experiencias se había llegado a una conclusión clarísima: los conversos solían volver a sus antiguas prácticas, incitados, al parecer, por sus antiguos correligionarios. Había, pues, que expulsar del país a los judíos. En 1482 comenzaron, además, las hostilidades contra el reino de Granada; en consecuencia, había nuevos motivos para sospechar de los judíos: del mismo modo que en tiempos pasados abrieron las puertas de las ciudades a los invasores árabes, también ahora podían espiar para los moros granadinos. Además, como solía ocurrir siempre que ardía la guerra, los judíos aprovecharían las circunstancias para enriquecerse a costa de los cristianos. Así, pues, el 1 de enero de 1483 la Inquisición hizo pregonar en Sevilla un decreto que expulsaba a los judíos de las diócesis de Sevilla, Córdoba y Cádiz. Aquella primera expulsión vino a ser un ensayo general de lo que más tarde ocurrió. En Aragón se llevó a cabo otra expulsión parcial en 1486, que afectó a los judíos zaragozanos y a los de la diócesis de Albarracín (Teruel).<sup>132</sup>

*El Decreto de 1492.* En la primavera de 1492, poco después de que los moros fueron expulsados de Granada, los Reyes Católicos, Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla, decretaron la expulsión de todos los judíos de la Corona de Castilla a través del Decreto de la Alhambra o Edicto de Granada de 31 de marzo de 1492. Al mismo tiempo, otro documento con ligeras variaciones era firmado sólo por Fernando para los judíos de la Corona de Aragón; ambos textos partían de un borrador elaborado pocos días antes por el inquisidor general, fray Tomás de Torquemada.

Las argumentaciones oficiales de tan rigurosa medida eran fundamentalmente religiosas: “combatir la herética pravedad que los judíos extendían por toda la Corona, pues según es notorio y según somos informados de los inquisidores y de otras muchas personas

---

<sup>131</sup> Existe una amplia bibliografía sobre el tema. Entre otros, véanse: Suárez Fernández, Luis, *La expulsión de los judíos de España*, Madrid: Mapfre, 1991, 361 p.; Montes Romero-Camacho, Isabel, *Los judíos en la Edad Media española*, Madrid: Arco-Libros, 2001, 79 p.; Roth, Norman, *Conversos, Inquisition and the expulsion of the Jews from Spain*, Madison: University of Wisconsin Press, 2002, 483 p. Para el caso particular de la Baja Edad Media Española, véanse excelentes fuentes bibliográficas compiladas en: Montes Romero-Camacho, Isabel, Los judíos sevillanos en la Baja Edad Media: estado de la cuestión y perspectivas de investigación, *Historia, instituciones, documentos*, No. 19, 1992, p. 277-306.

<sup>132</sup> Véanse los antecedentes más a fondo en: Pérez, Joseph, *Historia de una tragedia: la expulsión de los judíos en España*, Barcelona: Crítica, 2001, 174 p.

religiosas, eclesiásticas y seculares, consta y parece el gran daño que a los cristianos se ha seguido y sigue de la participación, conversación, comunicación que han tenido y tienen con los judíos, los cuales se prueba que procuran siempre, por cuantas vías y maneras pueden, de subvertir y sustraer de nuestra santa fe católica a los fieles cristianos [...]”. El edicto recordaba las medidas de expulsión y segregación tomadas anteriormente, “pero, como ello no basta para entero remedio para obviar y remediar como cese tan gran oprobio y ofensa de la fe y religión cristiana, porque cada día se halla y parece que los dichos judíos crecen en continuar su malo y dañado propósito”, se consideró necesario, en defensa de la colectividad del reino, suprimir de raíz la comunidad judía, utilizando para la expulsión global el recurso argumental de:

“porque cuando algún grave y detestable crimen es cometido por algunos de algún colegio y universidad (colectividad), es razón que tal colegio y universidad sean disueltos y aniquilados y los menores por los mayores, y los unos por los otros punidos y que aquellos que pervierten el buen y honesto vivir de las ciudades y villas y por contagio pueden dañar a los otros sean expelidos de los pueblos, y aún por otras más leves causas que sean en daño de la república, cuanto más por el mayor de los crímenes y más peligroso y contagioso, como lo es éste”.<sup>133</sup>

Seguidamente, el edicto fijaba las condiciones de la expulsión. Se ordenaba salir con carácter definitivo y sin excepción a todos los judíos, los cuales no solamente eran expulsados de los reinos peninsulares, sino de todos los dominios de los reyes. El plazo para su marcha era de cuatro meses, es decir, hasta el 31 de julio, aunque un edicto posterior del inquisidor Torquemada lo prolongó en diez días para compensar el tiempo pasado en la promulgación y conocimiento del decreto. Se imponía la salida en ese plazo bajo pena de muerte y confiscación de bienes, dando los reyes su seguro real para que en esos cuatro meses negociasen los judíos toda su fortuna y se la llevasen en forma de letras de cambio, pues debían respetarse las leyes que prohibían la saca de oro, plata, monedas, armas y caballos. Aunque el edicto no hacía ninguna alusión a la posibilidad de conversión al cristianismo, ésta era una alternativa que se sobreentendía, y fueron especialmente muchos individuos de la élite judía los que se convirtieron a la religión cristiana para evitar la expulsión.<sup>134</sup>

Las causas de la expulsión de los judíos han dado lugar a un intenso debate en el que se han manejado interpretaciones muy diversas. Se han aducido explicaciones basadas en la presión de la opinión popular antijudía, el odio del pueblo, o en la animadversión hacia los judíos a causa de la práctica de la usura y de su acumulación de riquezas. También se han esgrimido causas fundamentadas en alineamientos sociales: un episodio de la lucha de clases entre los tradicionales grupos privilegiados -nobleza y clero- y la burguesía incipiente de los judíos o la expulsión como resultado de la alianza de las oligarquías urbanas antijudías con la Monarquía. Otras razones esgrimidas son que la iniciativa de la expulsión partió de los inquisidores que pretendían, con tan radical medida, acabar con la “herética pravedad que conllevaba el contacto entre judíos y cristianos”. Además, en

---

<sup>133</sup> Encuéntrase el Decreto y otros documentos relevantes en: Suárez Fernández, Luis, *Documentos acerca de la expulsión de los judíos*, Valladolid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Patronato Menéndez Pelayo, 1964, 564 p.

<sup>134</sup> Estúdiense a más detalle el tema en: Beinart, Haim, *The expulsion of the Jews from Spain*, trad. de Jeffrey M. Green, Oxford; Portland (Oregon): The Littman Library of Jewish Civilization, 2002, 591 p.

general, se reconoce un fondo político a esta decisión: constituir un paso más de la monarquía autoritaria de los Reyes Católicos en su afán por lograr una mayor cohesión social repetidamente resquebrajada por los tumultos antijudíos de la década de los años ochenta a partir de la unidad de la fe.<sup>135</sup>

### 1.2.3 Influencia del desarrollo del comercio con el exterior en el trato a los extranjeros

En la temprana Edad Media el comercio internacional estuvo estructurado de tal forma que sólo pocas personas se encontraban viviendo en el extranjero, las cuales, como se ha visto, tenían una protección muy precaria. Una vez que el comercio empezó a desarrollarse, la posición de los extranjeros mejoró, en particular por la protección dada por los gobiernos centrales en contra de los señores feudales, y sólo incidentalmente por acuerdos internacionales.<sup>136</sup> Así, es posible encontrar actitudes liberales de los gobiernos medievales respecto a los comerciantes extranjeros. Por ejemplo, la cláusula XXX de la Carta Magna de 1215 otorgaba a los comerciantes extranjeros el derecho de comerciar en Inglaterra y tener una estadía segura.<sup>137</sup>

Una vez que los soberanos vieron las ventajas del comercio con el exterior, se empezaron a celebrar tratados comerciales con cláusulas de protección de los extranjeros. Por ejemplo, a partir del siglo XIV Inglaterra empezó a asegurar protección y ventajas comerciales a sus comerciantes a través de tratados recíprocos que el rey celebró con gobernantes extranjeros de ciudades marítimas. A finales del siglo XV podemos encontrar uno de los tratados más importantes y de mayor duración de este tipo: el *Intercursus Magnus* de 1496, un tratado celebrado por Enrique VII y otras potencias comerciales como los Países Bajos, Venecia, Florencia y la Liga Hanseática. En el tratado se acordó que los comerciantes de las Partes podrían llevar barcos y bienes al territorio de los otros, permanecer y partir libremente, comprar y vender mercancías y ocupar almacenes y otros edificios, pagando las cuotas ordinarias que correspondieran.<sup>138</sup>

En la Edad Media se desarrollaron tres métodos de protección de los extranjeros:

El primer método fue consecuencia del inminente desarrollo de la economía medieval europea y consistió en el otorgamiento de *protecciones y privilegios extraterritoriales o de inmunidad de jurisdicción* a los comerciantes extranjeros otorgados a través de tratados, comúnmente llamados de ‘capitulación’, o de forma unilateral, producto de las negociaciones entre el soberano del Estado receptor y los propios comerciantes extranjeros organizados colectivamente. Los privilegios consistían en tener comunidades con su propio orden legal, dejándolos libres de su jurisdicción, así como algunas inmunidades como la

---

<sup>135</sup> Sobre las causas, consúltense: Izquierdo Benito, Ricardo, *La expulsión de los judíos de España: conferencias pronunciadas en el II curso de cultura hispano-judía y sefardí de la Universidad de Castilla-La Mancha, celebrado en Toledo del 16 al 19 de septiembre de 1992*, Toledo: Caja de Castilla-La Mancha, Asociación de Amigos del Museo Sefardí, D.L., 1993, 195 p.; Belmonte Díaz, José, *La expulsión de los judíos: auge y ocaso del judaísmo en Sefarad*, Bilbao: Beta III Milenio, 2007, 634 p.

<sup>136</sup> Griffith Dawson, Frank & Head, Ivan L., *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, Syracuse: Syracuse University Press, 1971, p. 1.

<sup>137</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 29.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 29-30.

exención del derecho de represalia<sup>139</sup> de los nativos por los crímenes cometidos por los extranjeros o las deudas contraídas fuera de la comunidad.<sup>140</sup> Un ejemplo de un tratado comercial con cláusulas de protección de extranjeros es el *Intercursus Magnus* de 1495, el cual previó la supresión del derecho de represalia de los nativos contra los extranjeros.<sup>141</sup> Y un ejemplo de negociaciones directas entre comerciantes extranjeros organizados colectivamente y un soberano fueron las llevadas a cabo entre los comerciantes genoveses con el Imperio Bizantino en 1261.<sup>142</sup>

El segundo método de protección fue la *institución consular*, la cual se desarrolló en el marco de los privilegios extraterritoriales o de inmunidad de jurisdicción y del principio de personalidad de las leyes vigente en la Edad Media. Los comerciantes fueron autorizados a tener sus propios tribunales, los cuales eran presididos por unos jueces especiales que a partir del siglo XII tomaron el nombre de ‘cónsules’. A pesar de que existen precedentes de esta práctica en la Grecia antigua con la *proxenia*,<sup>143</sup> fue hasta la Edad Media con el desarrollo del comercio, primero entre las ciudades de Europa y luego entre las de toda el área mediterránea, que la institución consular tuvo un impulso definitivo. Así, en el marco de los cambios derivados de la mayor seguridad y los progresos económicos, la posición del extranjero mejoró gracias al desarrollo de la institución consular y la celebración de tratados sobre la condición jurídica y el trato a particulares extranjeros en el territorio de los Estados parte (por ejemplo el tratado bizantino genovés de 1275).<sup>144</sup>

En la Italia medieval los cónsules eran los agentes más importantes de las ciudades o gremios y tenían tanto funciones judiciales como no judiciales. A mediados del siglo XII, cuando las funciones de los gobiernos de las ciudades crecieron, aparecieron los cónsules mercantiles (*consules mercatorum*), primero en las municipalidades italianas como Milán y Pisa, y más tarde en otros centros mediterráneos de comercio como Narbonne y Barcelona. Los cónsules ejercían una jurisdicción judicial sobre los miembros del gremio y, con base en una sumisión real o presumida, sobre los extranjeros, en especial en los casos marítimos.<sup>145</sup> En el siglo XII, cuando los comerciantes italianos empezaron a establecerse en el Levante mediterráneo y el norte de África (Constantinopla, Alejandría, Beirut, Túnez, etc.), se llevaron consigo la institución consular. Así, los cónsules pasaron de ser agentes internos a agentes en otra ciudad-estado.<sup>146</sup>

De este modo, los gobiernos nombraron cónsules (*consules missi*) para las comunidades de comerciantes establecidas en ciudades extranjeras y los invistieron con jurisdicción civil y criminal sobre éstas. En algunos casos, los cónsules eran elegidos por las propias comunidades de comerciantes (*consules electis*), pero tenían poderes más limitados. Así, estas comunidades de comerciantes, a pesar de estar establecidas en una ciudad extranjera,

---

<sup>139</sup> Antecedentes de esta práctica se encuentran en la Grecia antigua. Véase sección 1.1.2 *supra*.

<sup>140</sup> Pirenne, Henri, *An Economic and Social History of Medieval Europe*, trad. de I. E. Glegg, Abington: Routledge, 2006 (1era ed. 1936), p. 94-102.

<sup>141</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 34-35.

<sup>142</sup> Mundy, John H., *Europe in the High Middle Ages, 1150-1309*, London: Longman, 1973, p. 155.

<sup>143</sup> Véase la sección 1.1.2 *supra*.

<sup>144</sup> Stadtmuller, Georg, *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar, 1961, p. 109.

<sup>145</sup> Hersiley, Amos S., *op.cit.*, nota 2, p. 930.

<sup>146</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 36-40.

continuaban viviendo bajo la ley de su ciudad de origen. Otra de las funciones de los cónsules era la de ser consejeros y defensores de los derechos de sus nacionales en la ciudad extranjera. También cumplían funciones diplomáticas y tenían derecho a comparecer ocasionalmente ante el soberano extranjero. La base legal de la función consular reposó principalmente en los tratados de capitulaciones y en otro tipo de, pero también en la costumbre.<sup>147</sup> Con el paso del tiempo, el nombramiento de cónsules se extendió a Occidente. Así, en el siglo XIII Génova envió cónsules a Sevilla y Marsella a Savoy. Durante el siglo XV, con el declive de las ciudades-estado italianas y mediterráneas, la institución consular perdió importancia y no resurgiría sino hasta fines del siglo XVII.<sup>148</sup>

El tercer método de protección fueron las ‘*cartas de represalia*’. Cuando un extranjero sufría un daño tenía dos opciones: hacerse justicia por su propia mano, con todos los riesgos sustanciales inherentes a esta acción, o usar una ‘carta de represalia’ emitida por su propio soberano a través de la cual lo autorizaba a emprender medidas coercitivas de autodefensa a fin de obtener la reparación de los daños que se le hubieran causado en el feudo receptor. El procedimiento de estas cartas evolucionó a lo largo de la Edad Media. Para el siglo XIII se establecieron como requisitos para su emisión que el súbdito hubiera intentado previamente obtener la reparación del daño por todos los medios legales disponibles y que demostrara que se trataba de una causa justa (ante los constantes abusos que se empezaron a hacer). Evidentemente, estas cartas estaban lejos de coadyuvar a la armonía internacional y buena voluntad. Sin embargo, para el extranjero era una mejor opción porque su acción llevaba el respaldo del soberano de su Estado y cierta dosis ‘legalidad’. Aunque, como señala Lillich, es dudoso que la víctima estuviera impresionada por la ‘legalidad’ de la medida.<sup>149</sup> Estas cartas tuvieron una importante consecuencia: hacer de los conflictos entre un súbdito extranjero y el súbdito del feudo receptor un conflicto entre soberanos y, en consecuencia, ser el antecedente de la protección diplomática.<sup>150</sup>

## 1.3 Edad Moderna

### 1.3.1 Contexto histórico de las relaciones internacionales de la época

Durante el periodo que va desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa los Estados europeos dan forma a las reglas básicas del que va a ser considerado el Derecho Internacional del “sistema europeo de Estados”, fundamento del “Derecho Internacional clásico”, y cuya vigencia se extiende hasta principios del siglo XX. Con la Primera Guerra Mundial, el sistema entra en una crisis que llegaría a su fin en los años posteriores a la

---

<sup>147</sup> Las leyes, los usos y las costumbres marítimos fueron codificados parcialmente en el ámbito mediterráneo en *El Llibre del Consolat de Mar*, en la zona atlántica en los *Rôles d'Oléron* (uno de los elementos sobre los que se elaboró la *Ordenanza francesa de la marina de 1681*, texto que supuso la paulatina formación de distintos derechos marítimos de carácter nacional), y en el mundo nórdico en las *Ordenanzas de Visby*. De este modo, en los siglos bajomedievales existió un derecho marítimo común en cada una de las tres zonas que se distinguen en las zonas europeas, a diferencia de lo que sucedió a partir de la *Ordenanza francesa de la marina de 1681*, la cual supuso el inicio del proceso de fragmentación del derecho privado marítimo en Europa. Serna Vallejo, Margarita, *La historiografía sobre los Rôles d'Oléron* (siglos XV a XX), en VV. AA., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander: Universidad de Cantabria, 2003, p. 543-544.

<sup>148</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 36-40.

<sup>149</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 7-9.

<sup>150</sup> *Ídem*; Verzijl, Jan Hendrik Willem, *op.cit.*, nota 93, p. 275.

Segunda Guerra Mundial, dando paso a un “nuevo orden”, cuya estructura aún continúa consolidándose.<sup>151</sup>

El advenimiento del moderno Estado-Nación estuvo marcado por el orden establecido en Europa por los dos acuerdos de la Paz de Westfalia de 1648 (Tratados de Osnabrück y Münster de 24 de octubre), un orden que puede ser considerado un “sistema jurídico internacional” regional europeo.<sup>152</sup> La Paz de Westfalia terminó con la Guerra de religión de los Treinta Años. Estableció la igualdad de derechos entre católicos, luteranos y calvinistas, y permitió a los disidentes el culto privado, la libertad de conciencia y el derecho a la emigración (salvo en los dominios de los Augsburgo en donde no se concedía tolerancia a los no católicos).<sup>153</sup> Reordenó el mapa geopolítico europeo y creó un nuevo sistema de Derecho Internacional al convertirse el Estado soberano en el centro de gravedad del orden recién instaurado. Los Estados reconocieron sus intereses políticos comunes y formaron una comunidad internacional que reconoció que el equilibrio político en las relaciones internacionales era fundamental para el mantenimiento de la paz.<sup>154</sup>

Es preciso considerar que la Paz de Westfalia confirmó el cambio que ya había anunciado la Paz de Augsburgo de 1555, la cual estableció el principio *cujus regio, eius religio* que concedía libertad a los príncipes para expulsar a aquellas personas que rechazaran aceptar la religión por la que ellos optasen. La Paz de Augsburgo dividió religiosamente a Alemania en Estados católicos y luteranos. Y, si bien no se trató de una libertad religiosa toda vez que implicaba elegir necesariamente entre alguna de estas dos religiones, supuso un progreso considerable. Se estableció una coexistencia pacífica de las confesiones católica y luterana con exclusión de las demás, habiendo libertad de culto para los príncipes, pero no para los súbditos, a quienes, sin embargo, se les dio el derecho de emigrar en caso de que su elección no fuera la de su soberano, sin perjuicio de su honor, sus derechos y bienes.<sup>155</sup> A partir de este momento, Europa se dividió en Estados católicos y reformistas y se incrementarían, dentro de los Estados y en las relaciones internacionales, las persecuciones por motivos religiosos o, cuando menos, situaciones de discriminación que darían lugar a las primeras normas internacionales de protección de las minorías religiosas.<sup>156</sup>

El principio del respeto de la soberanía de cada Estado se convirtió en la base del nuevo orden westfaliano. Se marcaron los límites geográficos entre reformados y católicos, frenándose el avance de la Contrarreforma en Europa Central y, en términos generales,

---

<sup>151</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., La "protección internacional" de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 401-402.

<sup>152</sup> *Ídem.*

<sup>153</sup> Steinberg, S.H., Thirty Years, en *Encyclopædia Britannica*, Vol. 18, 1973, p. 337. También véase del mismo autor *The 'Thirty Years War' and the Conflict for European Hegemony 1600-1660*, London: Edward Arnold, 1966, 128 p.; Gross. L., The Peace of Westphalia 1648 - 1948, *The American Journal of International Law*, Vol. 42, 1948.

<sup>154</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 86 y ss.

<sup>155</sup> Lecler, J., *Historia de la tolerancia en el siglo de la Reforma*, versión española de A. Molina, Alcoy: Marfil, 1969, tm. I, p. 301 y ss.

<sup>156</sup> Fernández Liesa, Carlos R., Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 442-443.

católicos y protestantes quedaron de uno y otro lado de las líneas de demarcación existentes en 1624, las cuales coincidían en buena parte con las fronteras estatales. En cuanto al trato a dar dentro de cada Estado a las diferentes confesiones religiosas, sólo la Monarquía francesa, por medio del Edicto de Nantes promulgado por Enrique IV en 1598 (derogado en 1685), permitió la coexistencia de reformados y católicos y estableció la libertad de conciencia y culto para los protestantes luteranos y su derecho a ocupar cargos públicos. En los demás Estados, los tratados de Westfalia restablecieron el orden de coexistencia entre luteranos y católicos que antes había sido implantado por la Paz de Augsburgo de 1555 y lo extendieron a los calvinistas. Los príncipes retuvieron el poder de decidir sobre la confesión religiosa de sus súbditos (*cujus regio eius religio*), pero a los disidentes se les otorgó el derecho de emigrar, además de que se les reconoció la libertad de conciencia y se les permitió el culto privado.<sup>157</sup>

Aún cuando los principales reformadores no aceptaron la libertad religiosa, la Reforma rompió con la situación prevaleciente en la Edad Media en la que no se toleraba la herejía por amenazar directamente a la estructura de la sociedad pues la lucha por la tolerancia implicaba la impugnación de las estructuras del poder. La Reforma trajo una mayor libertad religiosa, al extenderse progresivamente la idea de tolerancia, si bien no cabría equipararla con la noción de libertad. Así, como señala Scelle: “ese prefacio lejano para la protección de las minorías que supuso el Tratado de Westfalia (Münster y Osnabrück) no llegó a establecer en aquél momento un principio de laicidad inaugurando el régimen de libertad religiosa, sino que, en realidad, supuso la consolidación de la igualdad de derecho de los Estados o, más precisamente, de los príncipes, católicos o protestantes, dado que sobre la libertad religiosa individual primaba el poder de los príncipes de imponer a sus súbditos la unidad de confesión”.<sup>158</sup>

La Reforma tuvo una gran importancia internacional porque los hechos a que dio lugar contribuyeron a la completa transformación del sistema político europeo. Fue al hilo de esta revolución religiosa y del nacimiento del Estado moderno cuando la cuestión de los derechos humanos se planteó por primera vez en Europa. Es cierto que cuando nace el Estado moderno el individuo no es sujeto, ni activo ni pasivo, del orden internacional, lo que tiene como consecuencia que difícilmente se le puedan reconocer ciertos derechos. Sin embargo, los individuos se convirtieron en beneficiarios de una serie de normas internacionales<sup>159</sup> que se refirieron a las relaciones entre entidades soberanas, pero que tutelaron los intereses de los ciudadanos de esos Estados.<sup>160</sup> Así, como señala Fernández de Liesa “con la ruptura de la unidad religiosa en Europa se empiezan a configurar, lenta y

---

<sup>157</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 403.

<sup>158</sup> Scelle, Georges, *Précis du Droit Des Gens*, París: Sirey, 1932, p. 189.

<sup>159</sup> La práctica europea de esta época es rica en tratados en los que se reconocía la libertad religiosa. Incluso, hay ejemplos de ello antes de la Paz de Westfalia: el Tratado de Viena de 1606 entre el Rey de Hungría y el príncipe de Transilvania reconocía a la minoría protestante de esta última región el derecho de ejercer libremente su culto; y el Tratado de Dortmund de 1609 garantizaba la libertad religiosa a católicos, luteranos y calvinistas. En 1614 el Tratado de Xanter reforzaría las garantías de libertad religiosa. Véanse Capotorti, F., *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Ginebra: ONU, 1977, párr. 5; Kamen, H., *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia*, Madrid: Alianza, 1987, p. 88 y ss.; Mariño Menéndez, Fernando M., Fernández Liesa, Carlos R., Díaz Barrado, Cástor Miguel, *La protección internacional de las minorías*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, 434 p.

<sup>160</sup> Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, 1991, p. 19.

progresivamente, las primeras formas de protección nacional e internacional de los derechos humanos, en particular de los vinculados a la libertad religiosa, en el momento en que nace el denominado Derecho Internacional clásico”.<sup>161</sup>

De este modo, la Paz de Westfalia representó la definitiva desintegración de la ‘*Respublica Christiana*’, el fin de la idea imperial de Carlos V y, al mismo tiempo, la consagración del principio de tolerancia religiosa, que conduciría a la libertad de conciencia, y que se iría consolidando como valor central de la paz civil internacional. Como el profesor Mariño señala, “puede afirmarse que de la primitiva base jurídica formada por los instrumentos de la Paz de Westfalia, en los que se consagraba un cierto pluralismo religioso y, por ello, ideológico, arrancan las primeras líneas de evolución ulterior de la moderna sociedad internacional y de su Derecho: el Derecho Internacional <<clásico>>”.<sup>162</sup> Fue en esta época cuando ciertos principios jurídicos internacionales se consolidaron: libertad de los mares, inmunidades y privilegios de los representantes de Estados extranjeros y respeto a la neutralidad en caso de conflicto armado entre terceros.<sup>163</sup>

### 1.3.2 Principales bases doctrinales que influyeron en el cambio de actitud hacia los extranjeros en la Edad Moderna

A partir de la Edad Moderna tiene lugar un cambio de actitud hacia los extranjeros, el cual fue influenciado por el surgimiento de una fecunda doctrina legal internacional y derecho natural que reconoció, por un lado, ciertos derechos básicos a los extranjeros y el derecho de los Estados de proteger a sus nacionales en el exterior y, de otro, que todas las personas poseen ciertos derechos naturales, con independencia de su membresía con un Estado. Para su desarrollo fueron esenciales las doctrinas de los padres del Derecho Internacional Moderno: Vitoria (1480-1546), Suárez (1548-1617) y Grocio (1583-1645); de teóricos clásicos como Pufendorf (1632-1694), Wolff (1679-1754) y Vattel (1714-1767); y de teóricos del Derecho Natural como Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778) y Kant (1724-1804), entre otros.<sup>164</sup> Todos influirían en el proceso de reconocimiento de derechos innatos/naturales a *todas* las personas, materializándose estas ideas en los documentos legales del siglo XVIII, los cuales surtirían sus efectos, primero, en los órdenes internos y, mucho más tarde, en el orden internacional con el reconocimiento de los derechos humanos a todas las personas.

La obra de *Francisco de Vitoria* (1480-1546) ha tenido una importancia trascendental para el desarrollo del Derecho Internacional.<sup>165</sup> De hecho, es considerado como el fundador del

---

<sup>161</sup> Fernández Liesa, Carlos R., 1998, *op. cit.*, nota 156, p. 438.

<sup>162</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, p. 25.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>164</sup> Para un recuento de las doctrinas de estos teóricos puede verse Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 4ª ed. rev. y aum., Vol. 2, Madrid: Alianza, 2007, 441 p.

<sup>165</sup> Sobre la importancia de la obra de Vitoria en el progreso del Derecho Internacional, véanse Marín López, A., Francisco de Vitoria y la Escuela Española de Derecho Internacional, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1984, p. 9 y ss.; Truyol y Serra, Antonio, La conception de la paix chez Vitoria et les classiques espagnols du Droit des Gens, *Recueils de la Société Jean Bodin*, Vol. XV, La Paix (2ª partie), Bruxelles, 1961; Truyol y Serra, Antonio, *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruylant: Bruxelles, 1988, entre otros.



Derecho Internacional moderno.<sup>166</sup> Una de las grandes aportaciones de Vitoria fue la noción del principio de solidaridad universal, a través del cual integra a la sociedad política en la perspectiva total del orbe.<sup>167</sup> Afirma que la comunidad internacional resulta de la sociabilidad natural del hombre que no se detiene en los límites de su pueblo, sino que se extiende a la universalidad del género humano. Su vínculo es el *Ius Gentium*, al que concibe en un doble sentido: por un lado, como derecho universal de la humanidad, a la manera romana, y, por otro, como derecho de los pueblos como tales en sus relaciones recíprocas (*Ius inter Gentes*). El Derecho de Gentes es parte del derecho natural, pero la voluntad humana, expresa o tácita, da lugar a un Derecho de Gentes positivo porque todo el orbe, que en cierta manera forma una sola República, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, y ningún reino puede crearse menos obligado al Derecho de Gentes “porque está dado por la autoridad de todo el orbe”. Esta noción caracteriza lo que hoy entendemos por Derecho Internacional general. Como consecuencia de la idea del orbe y de un Derecho de Gentes natural y positivo de alcance universal, reconoce la personalidad jurídica internacional de las comunidades políticas no cristianas y la igualdad jurídica con éstas.<sup>168</sup>

El fundamento de la justicia de Vitoria estriba en la solidaridad universal de todas las naciones, en la comunicación necesaria de todos los hombres y en la obligatoriedad general del Derecho de Gentes. En virtud de la solidaridad natural y el Derecho de Gentes, todos los hombres, tanto indios como españoles, tienen igual derecho a la comunicación o intercambio de personas, bienes y servicios, sin más limitación que el respeto a la justicia y al derecho de los nativos,<sup>169</sup> porque todos los bienes de la tierra fueron destinados al bien común de la humanidad, a la que debían servir los recursos naturales de cada nación.<sup>170</sup>

En el contexto del descubrimiento de América, *Francisco de Vitoria* invocó, entre otros,<sup>171</sup> este derecho general de ‘comunicación’ para justificar el derecho de los españoles para viajar al ‘Nuevo Mundo’ y permanecer en él. Como Carrillo Salcedo manifiesta, “ante el hecho del Descubrimiento de América, Francisco de Vitoria se planteó la cuestión de los títulos jurídicos indios que podían legitimar la presencia de los españoles y su dominio sobre nuevos territorios y sus poblaciones. No sólo abordó el problema ético de la

---

<sup>166</sup> Pereña, Luciano, *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid: Mapfre, 1992, p. 9. También véase del mismo autor *La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español en el siglo XVI*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1954, 170 p.

<sup>167</sup> Miaja de la Muela, A., El derecho *totius orbis* en el pensamiento de Francisco de Vitoria, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1965, III, p. 341 y ss.

<sup>168</sup> Truyol y Serra, Antonio, 2007, Vol. 2, *op.cit.*, nota 164, p. 83-84; Truyol y Serra, Antonio, 1998, *op.cit.*, nota 2, p. 58-61.

<sup>169</sup> Truyol y Serra, Antonio, *Los principios al derecho público en Francisco de Vitoria*, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1946, p. 59.

<sup>170</sup> Pereña, Luciano, 1992, *op.cit.*, nota 166, p. 114. También véase del mismo autor *La Escuela de Salamanca: conciencia crítica de América en el centenario de la reconciliación*, Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, Cátedra V Centenario, 1992, 59 p.; *La Escuela de Salamanca: proceso a la conquista de América*, Madrid: Caja de Ahorros y Monte de Piedad, 1986, 257 p.

<sup>171</sup> La propagación de la fe, el impedir que los convertidos sean vueltos a la idolatría, el dar un príncipe cristiano a los convertidos, el evitar la tiranía y las leyes vejatorias, la elección verdadera y voluntaria, y la amistad y la alianza. García Arias, Luis, *Estudios Sobre Relaciones Internacionales y Derecho de Gentes*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971-1972, Vol. 1, p. 532.

Conquista sino que, además, contribuyó decisivamente a la creación del moderno Derecho Internacional al rechazar los títulos tradicionales y, en particular, la pretendida autoridad universal del Pontífice. De este modo, al afirmar el derecho natural de los autóctonos a constituir sociedades políticas independientes y no admitir otro título que el *ius communications*, Francisco de Vitoria y la escuela de teólogos y juristas que se conoce con el nombre de ‘Escolástica Española’ sentaron las bases de una concepción universal de la comunidad internacional, constituida por Estados soberanos e independientes”.<sup>172</sup>

A partir del derecho general de comunicación, Vitoria articula, de un lado, las demás formas de comunicación que se derivan de éste: los derechos de libre comercio, navegación y pesca en los mares; y, de otro, la igualdad de trato recíproco con los naturales y un catálogo de *derechos fundamentales* para los españoles en su calidad de ‘extranjeros’: a) *derecho de los extranjeros de ser admitidos en una nación extranjera*, o que las naciones no puedan negar la entrada a los ‘peregrinos’ que lleguen a su territorio en demanda de tránsito y residencia, de modo pacífico y sin molestia de los naturales; b) *derechos al trabajo y a la propiedad*, de modo que los ‘peregrinos’ pueden ejercer el comercio y apropiarse de aquellos bienes comunes que por derecho natural son *primi capientis* (por ejemplo oro, perlas, etc.), mientras no sea gravoso a los naturales; c) *derecho de residencia*, consiguiente al deber de hospitalidad de la nación receptora y como consecuencia del ejercicio de actividades laborales y mercantiles; d) *respeto de los derechos adquiridos de los extranjeros*, pues no pueden ser impedidos de ocupaciones mercantiles e industriales, y las leyes deben respetar sus bienes adquiridos; e) *derecho de no ser expulsado sin causa justa*, ya que ‘el destierro es una pena, y no es lícito condenar a ella a los huéspedes sin culpa’; y f) *derecho de domicilio y de adquirir nacionalidad y ciudadanía*.<sup>173</sup>

Francisco Suárez<sup>174</sup> (1548-1617), otro de los padres del Derecho Internacional, avanza en la diferenciación del Derecho de Gentes del Derecho Natural y del Derecho Civil. De su obra *De Legibus* se puede extraer su percepción sobre el Derecho de Gentes cuando señala: “De dos modos puede decirse que algo es de Derecho de Gentes: Primero, por ser el derecho que todos los pueblos y las distintas naciones deben respetar en sus relaciones recíprocas. Segundo, por ser el derecho que cada uno de los Estados o reinos observa dentro de su territorio, pero que, con todo, puede llamarse Derecho de Gentes por la similitud de ordenamientos y de su reconocimiento común. Y el primer modo, a mi entender, denota con la mayor propiedad el Derecho de Gentes como realmente distinto del Derecho

---

<sup>172</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 17.

<sup>173</sup> Urdanoz O. P., Teófilo, Las casas y Francisco de Vitoria (En el V centenario del nacimiento de Bartolomé de las casas, 1474-1974) (Conclusión), *Revista de estudios políticos*, No. 199, 1975, p. 201-202. También véase Pereña, Luciano, 1992, *op.cit.*, nota 166, p. 115 y ss. Un compendio de la obra de Vitoria puede verse en Vitoria, F. de, *Obras de Francisco de Vitoria. Reelecciones teológicas*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1950.

<sup>174</sup> Acerca de la relevancia de la obra de Suárez en el Derecho Internacional, véanse Barcia Trelles, Camilo, Francisco Suarez (1548-1617): (les théologiens espagnols du XVII<sup>e</sup> siècle et l'école moderne du droit international), *Recueil des Cours*, Vol. 43, 1933-I, p. 385-553; Legaz Lacambra, Luis, La fundamentación del Derecho de Gentes en Suárez, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1948; Truyol y Serra, Antonio, Théorie du droit international public: cours général, *Recueil des Cours*, Vol. 173, No. IV, 1981, p. 140 y ss.

Civil”.<sup>175</sup> De este modo, como señala Gómez Robledo, Suárez desdobra el viejo ‘*ius gentium*’ en ‘*ius inter gentes*’ y ‘*ius intra gentes*’.<sup>176</sup> Y sólo el primero es lo que hoy llamamos Derecho Internacional. Es el que todos los pueblos y las distintas naciones deben observar entre sí. Suárez nos da una caracterización muy clara del Derecho Internacional moderno al señalar que:

“La razón de ser de este derecho [*ius inter gentes*] consiste en que el género humano, aunque dividido entre diversos pueblos y reinos, mantiene siempre, con todo, cierta unidad, no ya sólo la específica (de la raza humana), sino una cuasi política y moral, como lo indica el precepto natural del amor recíproco y la *miser cordia que se extiende a todos, aún a los extranjeros y de cualquier nación*. Por lo cual aunque un Estado, ya sea república o reino, sea en sí mismo una comunidad perfecta y dotada de sus propios elementos constitutivos, todavía cualquiera de aquellos Estados es también, en algún sentido y en relación con el género humano, un miembro de esta sociedad universal. Dichas comunidades, en efecto, nunca pueden a tal punto bastarse a sí mismas que no requieren alguna ayuda, asociación e intercambio, ya para su mayor bienestar y desarrollo, ya por necesidad moral o falta de recursos, como lo enseña la experiencia. Por este motivo, pues, los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico por el que se dirijan y organicen debidamente en este género de asociación e intercambio [...]”.<sup>177</sup>

De este modo, Suárez traza su idea de la sociedad internacional y en ella plasma el deber de dar misericordia a todas las personas, incluidos los *extranjeros*. Asimismo, es posible encontrar en sus escritos la idea de la igualdad ante la ley de todas las personas, de acuerdo con la cual los extranjeros deben ser sujetos de las mismas leyes que los residentes, admitiendo sólo algunas excepciones.<sup>178</sup>

Durante los siglos XVII y XVIII en Europa se desarrolló el *jusnaturalismo racionalista*,<sup>179</sup> basado en la sociabilidad natural del hombre de larga tradición aristotélica y tomista. La esencia particular del ser humano es la posesión de la razón, capacidad cuyo ejercicio dicta las normas del “Derecho Natural”, las cuales constituyen el fundamento justo de todo orden social. Por ello, en caso de contradicción, estas normas deben prevalecer incluso sobre el Derecho positivo. Uno de los principales representantes de esta corriente fue *Hugo Grocio* (1583-1645).<sup>180</sup> Su posición fue la de un iusnaturalista laico porque sostuvo que los principios racionales/naturales de todo orden social no podían ser modificados ni siquiera

---

<sup>175</sup> Suárez, Francisco, *De legibus*, ed. Luciano Pereña, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1971, II, XIX, 8.

<sup>176</sup> Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*, México: UNAM, 1989, p. 98.

<sup>177</sup> Suárez, Francisco, *De legibus*, *op.cit.*, nota 175, II, XIX, 9.

<sup>178</sup> Suárez, Francisco, *On Laws and God the Lawgiver*, Libro III, Cap. XXXIII “Are the Municipal Laws of a Given Domain Strictly Binding upon Aliens While They Are Living within That Domain?”, en *Selections from Three Works of Francisco Suarez*, trad. de Gwladys L. Williams, Ammi Brown y John Waldron, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1944, p. 402.

<sup>179</sup> Sobre este tema, véase Fernández García, Eusebio, *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII*, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 1998, Vol. 1, p. 571-600.

<sup>180</sup> Sobre la influencia de Grocio en el desarrollo del Derecho Internacional, véanse Vlugt, W. van der, *L'œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international*, *Recueil des Cours*, Vol. 7, No. II, 1925, p. 399-500; Ago, Roberto, *Le Droit International Dans la Conception de Grotius*, en Ago, Roberto, (ed.), *Commemoration du quatrieme centenaire de la naissance de Grotius: lectures given by R. Ago et al.*, *Recueil des Cours*, Vol. 182, No. IV, 1983, p. 375-398; Truyol y Serra, Antonio, 1981, *op.cit.*, nota 174, p. 431-450.

por Dios. De todos esos principios el más destacado, sin duda, es el *Pacta Sunt Servanda*. Grocio admite la existencia de un ‘estado de naturaleza’ previo al estado de sociedad, del cual se saldría por medio de un pacto o contrato social que podía concretarse ya sea en un sentido favorable al absolutismo (*pactum subjectionis*), ya sea en un sentido constitucionalista y liberal (*pactum unionis*). El ‘pacto social’ es inherente a la sociedad y no constituye el fundamento del Estado, sino sólo de instituciones jurídicas concretadas o, en su caso, del Gobierno.<sup>181</sup>

Si bien Grocio admite la ‘servidumbre perfecta’, la cual “si se toma así en los términos naturales, no tiene en sí ninguna crueldad”, señala que “el derecho de vida y muerte no lo tienen los señores sobre los siervos, ni hombre alguno puede por derecho matar a otro hombre, a no ser que éste cometiera delito capital [...]”. Abogó por el derecho de permanencia temporal de todas las personas, ya sea por motivos de salud o cualquier otra buena razón, y señaló que el derecho de residencia permanente no debía ser negado a los extranjeros que buscaran refugio por haber sido expulsados de su lugar de origen si cumplían con ciertas condiciones como el cumplir con las leyes necesarias para evitar conflictos.<sup>182</sup> De hecho, enfatizó que ‘era característico de los bárbaros el expulsar a los extranjeros’.<sup>183</sup> Además, señaló que era “esencial hacer que el estatus de un extranjero coincidiera tanto como fuera posible con el del súbdito de un Estado en particular”.<sup>184</sup>

Para *Samuel Pufendorf* (1632-1694), el estado de naturaleza es el de una paz precaria que exige para consolidarse la creación de una organización social y política por medio de pactos sucesivos (de unión, sujeción y determinación de la forma de gobierno), de modo que la garantía efectiva de los derechos que el hombre posee por naturaleza, depende del Estado que es el que convierte esos derechos en ‘perfectos’. Pufendorf es considerado como un representante del ‘absolutismo iluminista’ en virtud de que no es claro que admitiera la posibilidad de limitar jurídicamente al poder del soberano. En su *De Jure Naturae et Gentium* (1672), sin proponer un programa de Derecho Internacional, como señala el profesor Mariño, extiende su concepción del Derecho privado y político al Derecho de Gentes. Afirma que el entendimiento de los hombres y la propia paz del mundo dependen del esfuerzo que hagan los hombres para hallar su justo lugar en el orden general del universo.<sup>185</sup>

Pufendorf señala que los ‘deberes de humanidad’ del hombre se extienden a la escala del mundo entero por medio de la postulación del sistema de Derecho natural: la sociabilidad es la regla y medida de la condición humana pero ella no es sólo cuestión de virtud moral, sino también de vínculo jurídico positivo que es el que une al hombre con la ley natural. Y son los pactos internacionales los que concretan los “deberes de la humanidad”. La

---

<sup>181</sup> Véase el análisis que hace el profesor Mariño (1998, *op. cit.*, nota 151, p. 417-420) sobre este autor.

<sup>182</sup> Grotius, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, Libro II, Cap.II “Of Things That Belong to Men in Common”, trad. de Francis W. Kelsey, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1925, p. 200 y 201.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>184</sup> Roth, Andreas Hans, *The minimum standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1949, p. 28; Dunn, Frederick Sherwood, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1932, p. 46-48.

<sup>185</sup> Mariño Menéndez, F. M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 420-421.

*ampliación cosmopolita* del derecho interno implica un Derecho de Gentes cuyo objetivo es la paz entre los pueblos y por eso las convenciones internacionales deben tener un carácter sagrado.<sup>186</sup> En cuanto a los extranjeros se refiere, Pufendorf entendió como uno de los ‘deberes de la humanidad’ el admitir extranjeros y proveer a los viajeros refugio y hospitalidad. No obstante, recalcó que los extranjeros deben tener una razón honorable o necesaria para estar lejos de su hogar, pero aceptó las razones económicas como válidas. Asimismo, señaló que el expulsar a un extranjero una vez que ha sido admitido es un acto de inhumanidad y desdén.<sup>187</sup>

Para *Christian Wolff* (1679-1754), la Ley Natural tiene su fundamento en la esencia racional del hombre y de las cosas, aunque su último autor sea Dios. Toda vez que preconiza que el fin del Derecho natural es la perfección del individuo, defiende la existencia de *derechos subjetivos innatos* a los individuos. A pesar de que reconoce que las naciones cristianas debían esforzarse en desarrollar la cultura y la civilización en los pueblos bárbaros, señala que nunca deberían usar la violencia para ello ni imponerles la religión o las costumbres del colonizador.<sup>188</sup> Wolff hizo énfasis en establecer la existencia de derechos y deberes de los Estados. De hecho, marcó una diferencia con los teóricos anteriores al señalar el derecho soberano de los Estados de denegar la entrada a los extranjeros. No obstante, al mismo tiempo, afirmó el derecho de los extranjeros de ser naturalizados, la igualdad entre ciudadanos y extranjeros y el derecho natural del exiliado de establecerse en cualquier parte del mundo.<sup>189</sup>

El énfasis de Wolff en establecer la existencia de derechos y deberes de los Estados influyó de modo decisivo la obra de *Emer de Vattel* (1714-1767), la cual marcaría la doctrina jusinternacionalista general desde mediados del siglo XVIII hasta bien avanzado el siglo XIX. Para Vattel, mientras que el Derecho natural ordinario tiene por objeto al hombre considerado individualmente, el Derecho de Gentes no es otra cosa que el Derecho de la naturaleza aplicado a las Naciones. Existe un Derecho de Gentes necesario que obligaría a las Naciones en “conciencia” y que es inmutable porque se funda en la naturaleza del hombre. Junto a él, está el Derecho de Gentes voluntario.<sup>190</sup>

El profesor Mariño,<sup>191</sup> en su estudio de la obra de Vattel, recalca que si bien éste no nombra los derechos humanos naturales de la persona, es evidente que en sus análisis se infiere el deber de los Estados de respetarlos por el Derecho de Gentes necesario. Así, por ejemplo Vattel hace énfasis en oponer resistencia “cuando alguien quiere quitarnos la vida o apoderarse de las cosas cuya pérdida hace amarga la existencia”. También reconoce la

---

<sup>186</sup> *Ídem.*

<sup>187</sup> Pufendorf, Samuel, *De Jure Naturae et Gentium*, Libro III, Cap.III “On the General Duties of Humanity”, trad. de C.H. Oldfather y W.A. Oldfather, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1934, p. 364-365.

<sup>188</sup> Mariño Menéndez, F. M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 422-423.

<sup>189</sup> Wolff, Christian, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, Cap.I “Of the Duties of Nations to Themselves and the Rights Arising Therefrom”, Cap.III “Of Ownership By Nations and the Rights Connected Therewith”, trad. de Joseph H. Drake, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1934, párr. 134, 147, 296, 298-300 y 304.

<sup>190</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 423.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 424.

libertad de conciencia como un derecho natural. Además, admite que un ciudadano abandone el Estado del que es miembro con tal que no sea en circunstancias en las cuales de su abandono resultase notablemente perjudicado. Y hay casos en los que un ciudadano está en absoluto derecho, por razones apoyadas en el pacto mismo de la sociedad política, de renunciar a su patria y abandonarla. El derecho al asilo es de todos modos imperfecto, a pesar del “derecho adquirido a toda criatura humana de no quedar absolutamente privada de las cosas necesarias”. Asimismo, señala que una Nación debe asistir a un pueblo desolado por el hambre y otras calamidades.<sup>192</sup>

La doctrina de Vattel ha jugado un papel esencial en el desarrollo moderno de las regulaciones de extranjería. Se ocupó de estudiar las relaciones entre los extranjeros y el Estado en el que se encuentran motivado no por razones humanitarias o de justicia relacionadas con el trato dado a los extranjeros, sino por el establecimiento de las reglas del Derecho entre las Naciones en esta materia, cuyo objeto es ‘asegurar derechos para ambas partes y evitar que la paz de las Naciones sea interrumpida por disputas de individuos’. Reconoce a los Estados el derecho soberano de denegar a los extranjeros la entrada a su territorio y establecer las condiciones de entrada. Sin embargo, una vez que el extranjero ha sido admitido, el Estado adquiere ciertos deberes para con éste, quien a su vez se obliga a obedecer sus leyes y pagar impuestos, entre otras cosas. En este sentido señala que el soberano “desde que los recibe [a los extranjeros] se obliga a protegerlos como a sus propios súbditos y a hacerlos gozar en cuanto de él dependa de una entera seguridad”. Así “el Estado debe respetar los derechos de las demás Naciones y generalmente los de todo hombre, cualquiera que sea, y no tiene facultad de arrogarse ninguno sobre la persona de un extranjero que no porque haya entrado en su territorio se ha hecho súbdito suyo”.<sup>193</sup>

Vattel reconoce a los extranjeros el derecho a casarse, a acceder a las cortes, a naturalizarse, a obtener la ciudadanía y a dejar su país de origen por razones importantes. Diferencia a aquéllos que dejan su país por razones legítimas (emigrantes) y aquéllos obligados a dejar su país de acuerdo con un decreto de expulsión o prohibición (exiliados). Es de destacar que a pesar de que Vattel se muestra liberal al reconocer varios derechos a los extranjeros, les niega el derecho a la propiedad.<sup>194</sup> Finalmente se debe señalar que Vattel es considerado como el ‘padre’ de la protección diplomática al reconocer a los Estados el derecho de intervenir cuando sus ciudadanos son tratados injustamente en otro Estado, al usar la ficción legal de que los daños a sus ciudadanos son, de hecho, daños al propio Estado.<sup>195</sup>

*John Locke* (1632-1704) encabezó la corriente del contractualismo,<sup>196</sup> la cual ponía énfasis en el contrato como fundamento del orden social de modo que tal pacto, concebido por él como histórico, es el que permite la búsqueda por cada hombre de su propio bienestar

---

<sup>192</sup> *Ídem.*

<sup>193</sup> *Ídem.*

<sup>194</sup> Vattel, Emer de, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, London: G.G. and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797, Libro II, Cap.VIII, párr.100, 103-106, 114-115, 144; y Libro I, Cap. XIX, párr. 214-220, 224 y 228.

<sup>195</sup> Este tema se trata en el capítulo 2 de este trabajo.

<sup>196</sup> Sobre las teorías contractualistas y su incidencia en los derechos humanos véase Fernández García, Eusebio, La aportación de las teorías contractualistas, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 1998, Vol. 2, tm. II, p. 3-42.

egoísta y la coexistencia en paz de éste con el de los demás hombres en cada sociedad. El pacto sirve para salir libremente del ‘estado de naturaleza’ y permite que se realicen los derechos del individuo por medio del establecimiento de límites al poder del Estado. De esta forma, la ley del Estado, positivando la ley natural, garantiza los derechos del individuo.<sup>197</sup> Argumentando contra la esclavitud como contraria a la libertad natural del hombre señala:

“Esta libertad frente al poder absoluto y arbitrario es tan necesaria y se halla tan indiscutiblemente ligada a la preservación del hombre que no cabe renunciar a aquella sin perder la vida y la salvaguarda a un tiempo. Pues el hombre, al carecer del poder sobre su vida no puede, ni por pacto, ni por propia voluntad, convertirse a sí mismo en esclavo de otro ni someterse al poder absoluto y arbitrario de otro que le pueda arrebatarse la vida en el momento que mejor le parezca [...]”<sup>198</sup>

En consecuencia, el poder de dictar leyes del Estado está limitado por los derechos individuales a la vida, la libertad y la propiedad; por la exigencia de la imparcialidad en la aplicación del Derecho; por la absoluta libertad económica; y por la intransferibilidad del propio poder legislativo.<sup>199</sup> Estado democrático y Estado liberal se fusionan así en el pensamiento de Locke, cuya teoría le conduce a justificar el derecho de resistencia frente al Estado violador de los derechos individuales.<sup>200</sup> En sus escritos sobre la Tolerancia buscó la consagración de la libertad de religión y conciencia como un derecho político inmune al poder del Estado. La tolerancia religiosa fue llevada así a convertirse en el primer valor de la convivencia social y su afirmación, por la influencia de las ideas de Locke, sirvió a la consolidación progresiva de la separación entre la Iglesia y el Estado, más allá de la letra del orden de Westfalia, aunque en cierto modo implícito en el mismo.<sup>201</sup>

Para *Jean Jacques Rousseau* (1712-1778) la “naturaleza” del hombre es más pensamiento que razón: la espontaneidad de la conciencia interior dada de modo inmediato constituye la auténtica libertad, esencia moral del hombre y valor absoluto. Las desigualdades y diferencias entre los hombres se producen dentro de la sociedad al introducirse la propiedad privada: el resultado de ello será la infelicidad del ser humano. El ‘estado de naturaleza’ no es una situación históricamente existente, sino más bien un ideal moral. Por ello, en su obra ‘El Contrato Social’ de 1762 se plantea cómo darle a la sociedad una forma tal que el hombre recupere su naturaleza verdadera de libertad “natural”.<sup>202</sup>

Los derechos civiles subjetivos gozados en sociedad adquieren así el carácter de restitutivos de los derechos innatos a la humanidad de los individuos: ello se hace posible por medio del contrato social que es el que justifica éticamente al Estado y es el fruto de la ‘voluntad general’ del cuerpo de los ciudadanos. Esta voluntad general reside y se muestra en la

---

<sup>197</sup> Véase el análisis del profesor Mariño Menéndez sobre este autor en 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 426-428.

<sup>198</sup> Locke, John, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, trad. de F. Jiménez Gracia, 2ª ed., Madrid: Espasa Calpe, 1997, 2º ensayo, Cap. IV, párr. 23.

<sup>199</sup> Sobre este tema véase Solar Cayón, José Ignacio, Los derechos naturales en la filosofía política de Locke, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 1998, Vol. 1, p. 601-636.

<sup>200</sup> Locke, John, *op.cit.*, nota 198, párr. 227-230; Mariño Menéndez, F .M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 427-428.

<sup>201</sup> *Ídem.*

<sup>202</sup> Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, trad. de E. Azcoaga, Masdrid: EDAF, 1992,

defensa del interés común de los ciudadanos que se realiza por medio de la ley, la cual encarna un valor absoluto y ético que trasciende el individualismo: la libertad individual se realiza obedeciendo a la ley. Sin embargo, la renuncia a los derechos de la humanidad es incompatible con la naturaleza del hombre.<sup>203</sup> Para Rousseau no hay leyes entre los Estados que se consideran independientes y los preceptos del Derecho de Gentes son ineficaces. No concibe que un soberano pueda ser forzado a tratar a los extranjeros como a sus propios súbditos. Para él la ‘voluntad general’ permanece al nivel de cada comunidad política organizada en un Estado y la imposición a éste de una voluntad heteronómica sería incompatible con la libertad.<sup>204</sup>

Para *Immanuel Kant*<sup>205</sup> (1724-1804) el Derecho, concebido idealmente, es el conjunto de las condiciones formales que permiten la coexistencia de las voluntades de todos los individuos en cuanto capaces realmente de realizar sus deseos. Concibe un único derecho humano “innato”: la libertad, la cual coexiste con la libertad de los demás. Todos los demás derechos se derivan o contienen en ese. La constitución ‘legal’ permite a cada uno buscar sus fines y el Estado tiene precisamente la función de asegurar mediante el Derecho la posibilidad de coexistencia de las libertades individuales. En el estado de naturaleza existen derechos civiles jurídicos pero de modo provisional, precario y no garantizado efectivamente. El contrato social es necesario para obligar al legislador a obrar como si las leyes fueran producidas por la voluntad del pueblo y los súbditos quisieran ser siempre ciudadanos: el Derecho positivo o público recoge y garantiza derechos privados ya existentes en el estado de naturaleza prejurídico.<sup>206</sup>

Para Kant la historia del hombre en su constante progreso hacia la racionalidad y la libertad tiene por fin último la constitución de una sociedad universal que comprende a toda la humanidad en la que se realizarían la libertad y la paz. En esa sociedad se realizaría la coordinación racional de la libertad de los diferentes Estados instaurándose así el Derecho. Los Estados deben salir del ‘estado de naturaleza’ por medio de una ‘unión general’ en una sociedad universal que signifique su sometimiento a leyes delimitadoras de la libertad de cada uno. De esta confederación universal de Estados, Kant delinea en su obra ‘La Paz Perpetua’ los términos principales proponiendo artículos preliminares (sobre coexistencia, desarme, no intervención y respeto a las leyes de guerra) y artículos definitivos: la constitución civil debe ser republicana en todo Estado; el derecho de las naciones debe basarse en una federación de Estados libres; y el *derecho de ciudadanía mundial* debe quedar limitado a las condiciones de una hospitalidad universal. Este último principio, tiene su razón de ser en que “*originariamente nadie tiene más derecho que otro a estar en cualquier lugar de la tierra*”. Y, en cualquier caso, la comunidad, más o menos estrecha

---

<sup>203</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 428-429.

<sup>204</sup> Estas ideas las expuso especialmente en *Extrait du Project de Pai Perpetuelle de Monsieur l'abbe de Saint-Pierre*, Ámsterdam: Chez Marc Michel Rey, 1761, 58 p.

<sup>205</sup> Puede abundarse sobre Kant y la influencia de su obra en los derechos humanos en Pérez Luño, Antonio Enrique, Contreras Peláez, Francisco José, Kant y los derechos humanos, p. 447-450, Vol. 2, tm. II; Pérez Luño, Antonio Enrique, El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos, p. 451-482, Vol. 2, tm. II; Contreras Peláez, Francisco José, La libertad en el pensamiento de Kant, p. 483-578, Vol. 2, tm. II; en Peces-Barba, Gregorio, *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 1998, 2007.

<sup>206</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 430.



“entre los pueblos ha llegado a tal situación que una violación de la ley en cualquier lugar de la tierra es sentida por todos”.<sup>207</sup>

### 1.3.3 La protección de los extranjeros en la Edad Moderna

A partir de la Edad Moderna, los Estados se involucraron cada vez más en la protección de sus ciudadanos en el exterior. Las bases doctrinales señaladas anteriormente, así como el desarrollo del comercio y las relaciones internacionales influyeron en el desarrollo de dos métodos actuales de protección de los derechos de los extranjeros: los *tratados* en los que se pactaba el estatuto jurídico de estas personas y la *protección diplomática*.<sup>208</sup> De hecho, el Derecho Internacional de Extranjería tiene su origen en el grupo de normas y prácticas protectoras de extranjeros de esta época, contenidas esencialmente en tratados de paz y tratados bilaterales de comercio, establecimiento y navegación, basados en el principio de reciprocidad de trato, celebrados sobretodo entre Estados cristianos.<sup>209</sup> Cabe señalarse que el desarrollo del sistema de tratados en esta época sólo se explica por la aceptación universal de uno de los fundamentos del Derecho Internacional: el principio *Pacta Sunt Servanda*, pues estos instrumentos convencionales de protección no contenían garantías eficaces para su cumplimiento.

Estos tratados contenían cláusulas destinadas, de un lado, a eliminar ciertas discriminaciones que los extranjeros recibían en aspectos como el mercantil y el religioso y, de otro, a irlos equiparando progresivamente con los súbditos en la titularidad y goce de los derechos civiles. De esta época data la institucionalización de cláusulas relativas al trato de los extranjeros como la del trato nacional o de igualdad con los nacionales, del trato de la nación más favorecida y de compromiso de no confiscación de bienes. La generalización de estas cláusulas daría lugar al Derecho Internacional de Extranjería. Como anota el profesor Mariño<sup>210</sup> “sólo de modo indirecto, por vía de la generalización de idénticas normas en múltiples tratados puede afirmarse que nació la noción de ‘estándar mínimo de trato a extranjeros’ que acabó influyendo en la consolidación del estándar mínimo universal de derechos humanos”.

Paralelamente a los tratados celebrados entre Estados occidentales que contenían cláusulas como las del trato nacional y de la nación más favorecida, tuvo lugar el desarrollo de los “tratados de capitulación”, celebrados entre los Estados occidentales y el Imperio Otomano y otros países islámicos, como Túnez, Trípoli, Argelia, Marruecos, Egipto, y orientales, como China. Estos tratados aseguraban a los extranjeros cierto trato y desembocaron en

---

<sup>207</sup> Kant, Immanuel, *La Paz Perpetua*, trad. de B. Espinosa, Madrid: Aguilar, 1966, p. 67, 71.

<sup>208</sup> Los *tratados* que abordaban la condición jurídica de los extranjeros se estudian con más detalle a lo señalado en esta sección en el apartado 1.4 de este capítulo. La *protección diplomática*, por su extensión, se aborda en el capítulo 2 de este trabajo.

<sup>209</sup> Ejemplos de tratados de esta naturaleza son el Tratado de Utrecht de 1713 entre Francia y Reino Unido y entre Reino Unido y España; el Tratado de San Petesburgo de 1787 entre Francia y Rusia; el Tratado entre España y Portugal de 1778; el Tratado entre Rusia y el Imperio Otomano de 1783; el Tratado entre Rusia y Suecia de 1780; el Tratado entre Francia y Suiza de 1827; el Tratado entre Francia y Venezuela de 1843; el Tratado entre Francia y Portugal de 1851; y el Tratado entre Francia y el Reino Unido de 1851, entre otros.

<sup>210</sup> Mariño Menéndez, F. M., La protección internacional de los derechos fundamentales durante el siglo XIX: marco general, doctrinal y normativo, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2007, tm. III, Vol. 3, p. 539-540.

costumbres que llegaron a formar el corpus básico del Derecho Internacional de Extranjería, el cual fue adquiriendo en parte una naturaleza consuetudinaria general. El régimen de capitulaciones se creó con la finalidad de proteger a los comerciantes que viajaban a Oriente, cuyos derechos, vidas y bienes “corrían peligro en Estados despóticos” (como Turquía), basados en la desigualdad entre musulmanes y cristianos.<sup>211</sup> A pesar de que en un principio se dispuso que el sistema operaría sobre la base de la reciprocidad, en la realidad no fue así: fue un régimen desigual que únicamente buscaba proteger a los súbditos de los Estados occidentales. Sin embargo, como anota Fernández de Liesa, “supuso un progreso en la evolución de la protección internacional de las minorías [y fue] invocado como uno de los antecedentes posibles para el establecimiento de estatutos personales de [éstas]”.<sup>212</sup>

Asimismo, es preciso destacar que estos instrumentos convencionales que contuvieron las normas del incipiente Derecho Internacional de Extranjería comprendieron desde sus inicios un núcleo de normas protectoras de derechos humanos fundamentales. Así, en diferentes tratados internacionales celebrados durante este período aparecen las primeras manifestaciones de la prohibición internacional de la esclavitud y de la trata de esclavos, cuya condena moral se hizo más frecuente y pronunciada y dio paso al establecimiento de las correspondientes prohibiciones de Derecho positivo interno. Varios tratados multilaterales entre países europeos y no europeos abordaron la cuestión del trato a los esclavos. Por lo general, establecían la obligación de no esclavizar a súbditos libres de la otra Parte y, en otros casos, de devolverle los esclavos que hubieren podido caer bajo el dominio de la primera tratándolos con humanidad. También se establecieron los compromisos de no comprar esclavos de la otra parte, si bien sin descartar completamente la esclavitud como pena de posible aplicación en ciertos casos.<sup>213</sup>

Ejemplos de tratados de este tipo son el Tratado de Amistad y Comercio entre Dinamarca y España de 1757 que estableció en su artículo 6: “Si alguno o algunos de los esclavos españoles se refugiaren en los puertos de Berbería de cualquiera de aquellos príncipes enemigos de España a algún navío danés, no los restituirá ni los abandonará; al contrario, los auxiliará y ayudará hasta que lleguen a lugar de seguridad y lo mismo si se refugiaren a su auxilio en alta mar: su Majestad católica ofrece la recíproca de su parte, si en algún tiempo, variando las circunstancias, llegase el caso de ejercitarla”. Otros tratados de comercio y amistad con cláusulas similares son los celebrados entre España y Marruecos en 1767 y entre España y Turquía en 1782. Por otro lado, el Acuerdo sobre Fugitivos entre España y los Países Bajos de 1791 estableció que los tráfugas *negros* y *negras*, a su vuelta, no podrían ser castigados a causa de su desertión “por medio de ninguna pena capital, mutilación, prisión perpetua, salvo que además de la desertión sean culpables de delitos que por su cualidad o gravedad exigiesen suplicios capitales; pero en este caso deberán éstos ser indicados durante la reclamación”.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> Mandelstam, André, La protection des minorités, *Recueil des Cours*, Vol. 1, No. I, 1923, p. 325.

<sup>212</sup> Fernández Liesa, Carlos R., 1998, *op. cit.*, nota 156, p. 450.

<sup>213</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1998, *op. cit.*, nota 151, p. 411-412.

<sup>214</sup> *Ídem*. En lo referente a los esclavos de las Indias, desde 1634 el Papa Urbano VIII en una carta a su representante en Portugal había manifestado su condena de modo absoluto a la esclavitud y amenazaba con la excomunión a quienes la practicasen. Posteriormente, en 1754 la reunión anual de los cuáqueros en Filadelfia se pronunció contra la trata de negros. En 1771 hubo una sentencia de un juez local inglés en la que se señala

La segunda mitad del siglo XVII y el siglo XVIII fueron testigos del fin del sistema feudal y el asenso del poder real, lo cual mejoró la situación de los extranjeros, si bien limitaciones medievales como los derechos de *albaine* y *détraction* siguieron vigentes. Fue hasta el siglo XIX, por influencia de la doctrina del liberalismo económico y político, que se produjo un acercamiento más general de la situación jurídica de los extranjeros a la de los nacionales de los países ‘civilizados’. No obstante, la dificultad de estos últimos para aceptar la igualdad o simple coexistencia con otras culturas llevaría a la segunda etapa de colonialismo occidental en África y Asia del siglo XIX, la cual seguiría aún en el siglo XX. Esta ‘misión sagrada de civilización’ tuvo a sus portavoces en la doctrina que diferenció a los Estados europeos ‘civilizados’, frente a otros pueblos ‘bárbaros o salvajes’.<sup>215</sup>

Es bien conocida la diferenciación entre civilizados, bárbaros y salvajes que hace el autor escocés James Lorimer y las consecuencias de ello. Para Lorimer, la humanidad formaba tres esferas concéntricas: la civilizada, la bárbara y la salvaje. Sólo la primera tenía el derecho perteneciente a las naciones civilizadas, a un reconocimiento pleno. La colonización constituía un “deber moral y jurídico” y si lo exigiesen las circunstancias, podía considerarse lícito el empleo de la fuerza física por medio de la guerra (un fenómeno que consideraba natural) en contra de los pueblos bárbaros y salvajes.<sup>216</sup> En el contexto de la protección diplomática, esta diferenciación influenciaría la formulación de la ‘doctrina del estándar mínimo internacional’, apoyada por los Estados occidentales ‘civilizados’, lo cual, a su vez, propiciaría la creación de la ‘doctrina del trato nacional’, apoyada por los Estados latinoamericanos de reciente creación para contrarrestar los abusos en el ejercicio de la protección diplomática por parte de las Potencias coloniales occidentales.<sup>217</sup>

#### 1.3.4 Los derechos de los extranjeros tras los documentos legales del siglo XVIII

En el siglo XVIII tuvo lugar en Europa la denominada *crisis de la conciencia europea*, la cual consistió en que una civilización basada en la idea del deber (para con Dios y con el príncipe) intentó ser sustituida, gracias a la influencia de los teóricos del contractualismo y del derecho natural, por una “civilización basada en la idea del derecho, en los derechos de la conciencia individual, los derechos de la crítica, los derechos de la razón, los derechos humanos y del ciudadano”.<sup>218</sup> Bajo este contexto, se produjeron las revoluciones norteamericana en 1776 y francesa en 1789, las cuales, con sus concepciones de los derechos innatos o naturales a todo hombre, incidirían, primeramente, en el cambio del

---

que no podía haber esclavos en Inglaterra. Pensilvania aboliría la esclavitud en 1780. Y, en un contexto de oposición generalizada a la esclavitud propia del pensamiento ilustrado y de diferentes corrientes del cristianismo a finales del siglo XVIII, el Rey Carlos III de España dictó normas dirigidas a ‘humanizar’ el trato de los esclavos. Será con el impulso de la Revolución Francesa y de las ideas cuáqueras que se extenderá a diferentes legislaciones internas la prohibición de la esclavitud y al plano interestatal la prohibición de la trata. Thomas, H. *La trata de esclavos: historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona: Planeta, 1998, p. 443-506.

<sup>215</sup> Por ejemplo, Montesquieu usó esta terminología en *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2000, Libro XVIII, cap. XI, p. 196.

<sup>216</sup> Lorimer, James, *Principes de Droit International*, trad. de E. Nys, Bruselas, París, 1885, p. 69, 169.

<sup>217</sup> Esta cuestión se analiza en el capítulo 2 de este trabajo.

<sup>218</sup> Hazard, Paul, *La crisis de la conciencia europea 1680-1715*, trad. Julián Marías, 2ª ed., Madrid: Pegaso, 1952, p. viii.

orden interno de los Estados y, mucho más tarde, en el internacional con el reconocimiento de derechos humanos a todas las personas.

Las transformaciones en la concepción del individuo y el papel del Estado se basaron en la idea de Nación, en la cual residió la soberanía a partir de ese momento, y en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas (esencialmente civiles y políticos, pues la reivindicación de los económicos, sociales y culturales vendría casi un siglo después). La legitimación del poder político cambió al transferirse la soberanía del monarca a la asamblea representativa. Esto, como señala Carrillo Salcedo, llevó a la aparición de un nuevo principio constitucional del orden internacional: el principio de las nacionalidades. Se liquidó el Antiguo Régimen y se sustituyó la ‘sociedad internacional monárquica’ por una ‘sociedad internacional de Estados nacionales’.<sup>219</sup>

La influencia de los teóricos contractualistas y del Derecho Natural fue muy relevante en el reconocimiento de ciertos derechos inherentes al hombre que, en consecuencia, exceden el ámbito de control del Estado. Sus ideas encontraron expresión en los documentos legales del siglo XVIII.<sup>220</sup> El reconocimiento de los derechos individuales del ciudadano quedó plasmado desde la “Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia reunido en plena y libre convención” de 12 de junio de 1776. Así, su artículo 1 reconoce “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad”.<sup>221</sup> La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776, por otro lado, proclamó en su preámbulo como evidentes: “que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.” Si bien la Constitución federal de Estados Unidos de 17 de septiembre de 1787 no contiene ninguna Declaración de Derechos, las primeras diez enmiendas de ésta, aprobadas en 1791, contienen un verdadero catálogo de derechos fundamentales de los individuos.<sup>222</sup>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos de 1789 hizo una clara distinción entre los derechos del hombre que pertenecen a todo individuo, independientemente de su estatus y son inherentes a la naturaleza humana, y del ciudadano, que son aquellos derechos creados por el Estado.<sup>223</sup> La base de esta exclusión es la idea de

---

<sup>219</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1991, *op.cit.*, nota 172, p. 27 y ss.

<sup>220</sup> Es interesante la postura de Jellinek sobre la *no* influencia de Rousseau en lo que toca a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789. Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, ed. de Adolfo Posada y Miguel Carbonell, México: UNAM, 2003, p. 85-87.

<sup>221</sup> Véase Asís Roig, Rafael F. de, Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 1998, Vol. 1, p. 797-852.

<sup>222</sup> Sobre este tema, véase Asís Roig, Rafael F. de, Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Dorado Porrás, Javier, Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la constitución, en *ibidem*, Vol. 2, tm. III, p. 35-114.

<sup>223</sup> Véanse los estudios al respecto de Jellinek, Georg, *op.cit.*, nota 220; García Manrique, Ricardo, Peces-Barba, Gregorio, Los textos de la Revolución francesa, p. 115-120; Peces-Barba, Gregorio, Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789, p. 121-216; García Manrique, Ricardo, Sentido y

que si el Estado crea estos derechos, puede restringirlos a quien considere conveniente. Contrariamente, si el derecho no fue creado por el Estado y es inherente a la naturaleza humana, no puede restringir su disfrute. Así, en el caso concreto de los extranjeros, los derechos políticos, al no ser inherentes a la naturaleza humana, pueden ser limitados por el Estado; por el contrario, los derechos a tener una familia y a trabajar para poder vivir, entre otros, no los puede limitar.

Los documentos legales del siglo XVIII no sólo fueron relevantes en el cambio de concepción del individuo y sus derechos, sino también en el cambio de actitud hacia los extranjeros pues se aceptó la idea de que *todas* las personas tienen ciertos derechos inherentes que, en consecuencia, exceden el ámbito estatal. Se debe recalcar que si bien significaron un gran avance en el reconocimiento de ciertos derechos a todas las personas, con el consecuente impacto futuro que tendrían en el reconocimiento internacional de los derechos humanos, los derechos naturales que proclamaron fueron limitados a los ciudadanos pues conectaron el concepto de ‘hombre’ con la idea de ‘ciudadano’. Así, por ejemplo, el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos de 1789 dispone que “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”. Es decir, en este artículo quedó plasmada la teoría de la soberanía nacional y, con ello, se excluyó de esa noción a ciertos grupos humanos como los *extranjeros*.

Así, aunque las teorías de Derecho Natural otorgaron derechos a todos los individuos desde su nacimiento, en la práctica tales derechos sólo pudieron ser reconocidos y hechos valer a través de la membresía en un Estado, al cual corresponde establecer el criterio para obtener dicha membresía. No obstante lo anterior, se debe mencionar la repercusión que los documentos legales tuvieron en el mejoramiento de la situación de los extranjeros en ese tiempo. Por ejemplo, influyeron la Constitución francesa de 1791 que abolió los derechos de *albaine* y *détraction*, con lo cual se permitió a los extranjeros heredar sus bienes tras su muerte, por un lado, y no tener que dejar un porcentaje de tales bienes al cambiar de residencia, por otro.<sup>224</sup> Además, se otorgaron ciertos derechos civiles a los extranjeros como el derecho de contratar y adquirir propiedad en general. Aún más, se otorgó protección a la persona del extranjero, su propiedad y su religión. Eso sí, algunos de los derechos otorgados a los extranjeros en la Constitución de 1791 podían ser modificados en virtud de que el Código Napoleónico adoptó el sistema de reciprocidad en lo concerniente al ejercicio de los derechos civiles.<sup>225</sup>

---

contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores, p. 217-394, en *ibídem*. Para un excelente estudio sobre la evolución histórica que conduce a la Declaración de 1789, véase Peces-Barba, Gregorio, Los derechos del hombre en 1789: reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa, *Anuario de filosofía del derecho*, Nueva época, tomo VI (1989), p. 57-128.

<sup>224</sup> Antes de la Revolución Francesa, la situación de los extranjeros en Francia respecto a estos derechos era bastante dispar debido a la existencia de diversos tratados del Estado francés con Estados extranjeros. Así, algunos extranjeros eran sujetos del derecho de *détraction* en vez de serlo del de *albaine*. Otros estaban exentos del derecho de *albaine* con base en la reciprocidad con otros Estados, y otros más tuvieron permitido transmitir la propiedad, pero sólo a herederos franceses. Weiss, André, *op.cit.*, nota 32, p. 58-70.

<sup>225</sup> Tiburcio, Carmen, *op.cit.*, nota 91, p. 33.

## 1.4 Desarrollo del sistema de tratados

Hasta antes del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la práctica habitual en el Derecho Internacional para proteger los derechos de los ciudadanos en el exterior era la de celebrar tratados en los que se acordaba la condición jurídica y el trato a particulares extranjeros en el territorio de los Estados partes. Ciertamente, la protección diplomática, el otro mecanismo de protección de los extranjeros desarrollado durante la Edad Moderna, era un tanto radical. Si bien la consolidación de la celebración de tratados fue resultado de la propagación de la industrialización y su interacción por todo el mundo, esta práctica ha sido usada por siglos y es el antecedente de los actuales tratados bilaterales y multilaterales. Algunos ejemplos de estos acuerdos en la Antigüedad y la Edad Media son el celebrado por Ramsés II y el Rey de los Hititas en 1272 AC, el cual previó un trato humano para los súbditos de cada uno en el territorio del otro; el tratado celebrado por los fenicios en Memphis en el siglo XIII AC para gozar de los derechos de extraterritorialidad, típicos de los tratados de capitulación; las concesiones dadas por el príncipe Antioch y el rey de Jerusalén en 1098 y 1123, respectivamente, a personas procedentes de ciudades-estado romanas; el tratado bizantino genovés de 1275; la negociación hecha en el siglo XIII por el emperador Federico II con los musulmanes que regían Palestina para que los cristianos obtuvieran el derecho de paso de a la Tierra Santa, entre otros.<sup>226</sup>

### 1.4.1 Tratados de capitulación

Los tratados de capitulación fueron desarrollados en el marco de las relaciones entre el mundo cristiano y el Islam, primero en la Edad Media y luego en la Edad Moderna. Fueron muy relevantes en la protección de los derechos de los extranjeros comerciantes y, a través de su *vis expansiva*, conllevaron la protección internacional de las minorías. Los principales derechos reconocidos en las capitulaciones eran los siguientes: respeto a las libertades religiosas (nadie sería molestado por su fe); libertad de ejercicio de la religión católica; libertad de visitar los lugares Santos, iglesias, etc.; derechos vinculados a la seguridad personal, como la inviolabilidad del domicilio; derechos vinculados a la libertad de comercio, como la exención de tasas e impuestos arbitrarios; y, finalmente, la extraterritorialidad judicial completa en materia civil, comercial, criminal, cuyos asuntos se someterían a la jurisdicción consular y a las leyes de los países europeos protectores.<sup>227</sup> Así, las controversias surgidas entre los miembros de la comunidad extranjera eran resueltas bajo la jurisdicción de sus cónsules en ese Estado, en vez de serlo en las cortes del Estado receptor.<sup>228</sup>

Los orígenes de las capitulaciones se remontan a la Edad Media. No obstante, algunos autores como Twiss ubican sus antecedentes en el siglo IX cuando el Emperador

---

<sup>226</sup> Encyclopædia Britannica, *Capitulation*, Encyclopædia Britannica Online:

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/94037/capi>

<sup>227</sup> Fernández Liesa, Carlos R., 1998, *op. cit.*, nota 156, p. 454. También véase Anghie, Antony, Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law, *Harvard Journal of International Law*, Vol. 40, 1999, p. 53.

<sup>228</sup> Sobre la extraterritorialidad, véase Shih Shun Liu, *Extraterritoriality. Its Rise and Its Decline*, 1925, New York: Columbia University Press, 1925, p. 19.

Carlomagno concluyó un acuerdo con el Sultán Haroun al Raschid en virtud del cual Francia reivindicaría el ejercicio de un derecho de tutela sobre los lugares Santos de Jerusalén. Asimismo, Twiss recuerda que a finales de ese mismo siglo los mercaderes de Amalfi en Italia obtuvieron del Califa de Egipto el privilegio de comerciar en Alejandría con la protección de un cónsul de su nacionalidad, siendo los primeros comerciantes europeos a los que, al parecer, se les habría concedido tal privilegio.<sup>229</sup>

Entre los tratados de capitulación más antiguos, concluidos en la Edad Media, se encuentran los siguientes. El celebrado entre Egipto y el rey Rogerio de Sicilia en 1143. Le siguieron el concluido por Pisa con Túnez en 1156-57; el de Génova con Marruecos en 1161; el de Venecia con Saladino bajo el Dux Sebastián Zani por los años de 1172-78, que posteriormente también Génova, Florencia y Pisa concluirían. El tratado firmado por los embajadores de Venecia con el sultán de Egipto, Adil II, en 1238, y que ha dado el nombre a este tipo de tratados porque estaba dividido en capítulos que contenían las peticiones de los venecianos y su aceptación (con adiciones o restricciones) por el sultán. El tratado celebrado por Francia en 1251 con el Sultán egipcio en el que se regulaban sus relaciones, precisando los derechos de los cristianos en el Imperio. Y el tratado concluido por el Reino de Aragón con Túnez en 1285 (tratado Collado de Panizar).<sup>230</sup>

En la Edad Moderna, destacan las capitulaciones concertadas por Génova en 1453 y Venecia en 1454, a raíz de la toma de Constantinopla por los turcos. Así como el acuerdo celebrado en 1535 entre el rey Francisco I de Francia y el sultán otomano Suleiman el Magnífico, en el cual se preveían derechos recíprocos de comercio y libertad de navegación para sus súbitos.<sup>231</sup> Este acuerdo es importante porque previó la extraterritorialidad a favor de los franceses establecidos en Turquía y el derecho de protección de Francia sobre los cristianos. En realidad, no se trató de un tratado, sino de una concesión acordada por el Sultán, la cual sería confirmada y modificada en 1581, 1597, 1604 y 1740 y serviría de base a otras capitulaciones a favor de Inglaterra, Holanda, Austria, Suecia, Dinamarca, Prusia y España. Fue tal la importancia de esta concesión que en Turquía se llegó a llamar ‘francos’ a todos los cristianos sin distinción y, en el contexto de las relaciones internacionales de la época, supuso el establecimiento de relaciones con un soberano infiel, actitud que Francisco I intentó justificar en una carta dirigida al Papa en la que expuso la unidad de la humanidad, cristiana y no cristiana, separándose de los intereses de la iglesia católica.<sup>232</sup>

Con el desarrollo del Estado moderno, el sistema de capitulación se extendió durante los siglos XVII, XVIII y XIX a Oriente Medio y Asia, toda vez que los Estados occidentales deseaban proteger a sus ciudadanos de leyes injustas y del ‘peligro de las cortes locales ignorantes y corruptas’. De este modo, se celebró una cantidad considerable de este tipo de tratados. Por ejemplo, a través del Tratado de Karlowitz, de 26 de enero de 1699, entre la Liga Santa (Austria, Polonia, Rusia y Venecia) y el Imperio otomano, Austria se encargó de

---

<sup>229</sup> Twiss, Sir Travers, *Le droit des gens ou des nations, considérés comme communautés politiques indépendantes*, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs, G. Pedone-Lauriel, successeur, 1887, p. 413-435.

<sup>230</sup> Truyol y Serra, Antonio, Los tratados como factor del desarrollo histórico del Derecho Internacional, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1988)*, Vitoria: Universidad del País Vasco, 1990, p. 30.

<sup>231</sup> Nussbaum, Arthur, *op. cit.*, nota 5, p. 54.

<sup>232</sup> Fernández Liesa, Carlos R., 1998, *op. cit.*, nota 156, p. 451-452.

proteger las comunidades católicas de Bosnia, Bulgaria y los principados del Danubio. Esto se reafirmó en los Tratados de Passarowitz de 21 de julio de 1718, de Belgrado de 18 de septiembre de 1739 y Sistow de 4 de agosto de 1791.<sup>233</sup>

El papel de garante o protector que el Zar de Rusia tuvo en el régimen de capitulaciones (junto a Francia) se basó en el Tratado de Paz de Küçük Kaynarca, de 21 de julio de 1774, entre Rusia y el Imperio Otomano, el cual consagró una preponderancia rusa en la Península de los Balcanes que se conservaría hasta la Paz de París de 1856. Este tratado otorgó a Rusia el protectorado sobre los súbditos ortodoxos de Turquía. Así, su artículo 7 estableció que “La Sublime Puerta promete proteger constantemente la religión cristiana y sus iglesias y permitir a los Ministros del Imperio (ruso) hacer reclamaciones, en cualquier ocasión a favor de la nueva Iglesia de Constantinopla, prometiendo tomarlas en consideración como realizadas por una persona de confianza de una potencia vecina y sinceramente amiga”. Además, en el artículo 17.2 se indicaba que “la religión cristiana no será expuesta a la menor opresión, ni tampoco las iglesias, y no se impedirá su construcción y reparación. Paralelamente, aquellos que la sirvan no serán oprimidos ni ultrajados”.<sup>234</sup>

Rusia ejerció la protección convencional más amplia puesto que la extendió a todos los individuos pertenecientes a la religión ortodoxa, con independencia de su nacionalidad, lo que le sirvió de argumento para realizar políticas de conquista en el Cáucaso y en Constantinopla, y fue la causa de la Guerra de Crimea de 1853. Francia se preocupó, en un comienzo, de proteger los intereses de los franceses católicos en Oriente, y sólo desde las capitulaciones de 1740, entre Mamhoud el conquistador y Luis XV, extendió el ámbito de protección a todos los cristianos “en peregrinación a los Santos lugares, con independencia de que se tratase de personas originarias de países amigables o no”.<sup>235</sup> En la práctica, esto llevaría a que Francia cumpliera un papel de protección internacional de los sujetos de Estados cristianos, así como un protectorado religioso. Esta Acta, que posteriormente fue confirmada por otros tratados como el Franco-Turco de Comercio de 1838, fue la más completa y establecía derechos en las siguientes materias: establecimiento de un protectorado religioso, protección de los lugares santos, jurisdicción consular, materias relativas al comercio y la navegación, así como privilegios diplomáticos y consulares.<sup>236</sup>

Por su parte, Estados Unidos también celebró varios tratados de este tipo. Así, en 1787 concluyó un tratado con Marruecos en el que se preveían privilegios de extraterritorialidad. Posteriormente, firmó más tratados de capitulación con países como Túnez, Trípoli, Argelia, China, Japón, Turquía, Bulgaria, Persia y Siam.<sup>237</sup> Del lado británico, destaca el

---

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 452.

<sup>234</sup> Al respecto, véanse Martens, Fedor Fedorovich, *Tratado de Derecho Internacional*, trad. de J. Fernández Prida, Madrid: La España Moderna, 1894, tm. I, p. 142; Anderson, M.S., *La Europa del siglo XVIII: 1713-1789*, trad. de Ricardo Hass, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 64-66; Gramain, Paul, *Les droits internationaux de l'homme*, París: Les Editions Internationales, 1933, p. 168 y ss.; Davison, Roderic H., *The ‘Dosografa’ church in the treaty of Küçük Kaynarca*, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, Vol. 42, No. 1, 1979, p. 46-52.

<sup>235</sup> Gramain, Paul, *op.cit.*, nota 234, p. 170.

<sup>236</sup> Véase el texto en Albin, Pierre, *Les grands traités politiques: recueil des principaux textes diplomatiques depuis 1815 jusqu'à nos jours avec des notices historiques et des notes*, París: F. Alcan, 1912, p. 128-140.

<sup>237</sup> Borchard, Edwin Montefiore, *The diplomatic protection of citizens abroad, or, The law of international claims*, New York: The Banks Law Pub. Co., 1922 (1ª ed. 1915), p. 432-434.



Tratado de Nanking de 1842, celebrado entre el Reino Unido y China, a través del cual los nacionales británicos en China adquirieron el derecho de ser juzgados por sus cónsules en ese país, pero no se otorgó el mismo derecho a los chinos viviendo en el Reino Unido.<sup>238</sup>

El sistema de capitulación, cuyo propósito original era otorgar protección recíproca a los ciudadanos de los Estados firmantes, desembocó en tratados firmados voluntariamente por los Estados no occidentales para facilitar el comercio con los occidentales.<sup>239</sup> Para el siglo XIX, la celebración de estos tratados se tornó muy desbalanceada entre las partes, operando a favor de las potencias occidentales, cuyo poder económico y militar rebasaba a los Estados orientales e islámicos. De esta forma, se convirtió en una forma de eliminar la soberanía de estos últimos. De hecho, la segunda gran oleada de colonialismo del siglo XIX impulsó el establecimiento de relaciones de superioridad europea/occidental concretadas en este tipo de tratados desiguales de capitulación, ya fuera con el Imperio Otomano, con el Imperio Chino, desde el Tratado de Nanking de 1842 hasta el Protocolo sobre los Boxers de 1901, o con Japón, desde su forzada apertura al exterior por la armada norteamericana en 1854.<sup>240</sup>

Las situaciones de desigualdad, ya típicas de estos tratados, motivaron a los países no occidentales a tratar de eliminarlos. Desde 1856, Turquía trató de acabar con estos privilegios, y varios países le seguirían. Sin embargo, los tratados de capitulación que el Imperio Turco había celebrado con Potencias occidentales tuvieron auge hasta bien entrado el siglo XIX y quedaron abolidos hasta el Tratado de Paz de Lausana, de 24 de julio de 1923, cuando Turquía había quedado reducida a su territorio actual y el sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones estaba en vigor para los territorios del Próximo Oriente. Así, y a pesar de que Turquía había sido admitida al Concierto Europeo en 1856,<sup>241</sup> fue hasta este tratado que el régimen quedó abolido, de conformidad con su artículo 28. Estados Unidos y Reino Unido terminaron con estos tratados que preveían privilegios extraterritoriales hasta 1943.

#### **1.4.2 Tratados de navegación, comercio y amistad**

Desde el siglo XVIII se empezaron a desarrollar unos tratados más equitativos: los tratados de navegación, comercio y amistad, los cuales otorgaban varios derechos y privilegios a los particulares extranjeros que realizaban operaciones comerciales en el territorio de los Estados partes. Estos tratados contenían un verdadero catálogo de derechos para los extranjeros: protección de su persona y sus propiedades, libre estadía, admisión en el comercio y la industria, residencia permanente, libre acceso a las cortes, libertad de

---

<sup>238</sup> Wang, Dong, *China's unequal treaties: narrating national history*, Lanham, Md.: Lexington Books, 2005, p. 11 y ss.

<sup>239</sup> Alexandrowicz, Charles Henry, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies: (16th, 17th and 18th centuries)*, Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 97.

<sup>240</sup> Mariño Menéndez, F. M., 2007, *op.cit.*, nota 210, p. 522-523.

<sup>241</sup> Por medio del artículo 7 del Tratado de París, de 30 de marzo de 1856, que puso fin a la Guerra de Crimea, la Sublime Puerta fue admitida “a participar de las ventajas del Derecho Público y del Concierto Europeo”.

religión, protección contra impuestos discriminatorios y exención del servicio militar, entre otros.<sup>242</sup>

Ejemplos de tratados de esta naturaleza son el Tratado de Navegación y Comercio entre Gran Bretaña y Egipto de 1775, el cual establecía en su artículo 1 “Libertad recíproca completa y perfecta de navegación y de comercio entre los súbditos respectivos de las Partes contratantes, en toda la extensión de los dominios y provincias bajo su gobierno, en la India y en Egipto”. Otro tratado relevante es el tratado entre Estados Unidos y Prusia de 1784, el cual es considerado como un modelo para los que le siguieron. Como Reeves afirma, “pocos tratados internacionales han recibido los elogios dados a éste [...] En el tiempo en que se estableció, fue aclamado como un nuevo estándar de conducta internacional que hizo posible hasta su máxima expresión las aspiraciones humanitarias del siglo XVIII”.<sup>243</sup> Nussbaum precisa que este tratado:

“otorgó la más perfecta libertad de conciencia y culto y trató de establecer condiciones humanitarias para los súbditos de los poderes firmantes en la eventualidad de una guerra futura. En tal caso, no sólo las mujeres y niños quedarían asegurados, sino también académicos, campesinos, artesanos, fabricantes, pescadores y todos los demás cuyas ocupaciones estuvieran relacionadas con la subsistencia común y el beneficio de la humanidad, quienes debían ser permitidos a continuar en sus trabajos y no ser molestados. Se renunció a la emisión de cartas de represalia y elaboradas previsiones, presagiando la Convención de la Cruz Roja, prometieron un trato humano a los prisioneros de guerra”.<sup>244</sup>

A partir del siglo XIX, la presencia de tratados comerciales entre los Estados que realizaban una cantidad considerable de operaciones comerciales se fue convirtiendo gradualmente en una situación normal. De hecho, su ausencia conllevaba cierta tensión y, en algunos casos, podía comportar ‘guerras de aranceles’, como la acontecida entre Francia e Italia entre 1888 y 1890 con el fin de convenir por la fuerza los aranceles deseados.<sup>245</sup>

### 1.4.3 Tratados con cláusula de la nación más favorecida

Otros tratados desarrollados con anterioridad al siglo XX fueron aquellos que contenían una cláusula de la nación más favorecida. Estos tratados fueron impulsados con el fin de crear condiciones de equidad entre los Estados compitiendo con fines comerciales en otro Estado. La cláusula de la nación más favorecida establecía la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se fuera a conceder o se hubiera concedido a un Estado, al resto de los Estados firmantes.

La cláusula tiene sus orígenes en la Edad Media en las franquicias otorgadas unilateralmente en el siglo XIII por los gobernantes orientales a las municipalidades europeas (aunque fueron raros los casos en que se dio). A diferencia de los tratados comerciales de los tiempos modernos, la cláusula estaba relacionada con los derechos personales de los comerciantes más que a los deberes arancelarios, y afectaba sólo los

---

<sup>242</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 19-20.

<sup>243</sup> Reeves, Jesse S., *The Prussian-American Treaties, The American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3 (Jul., 1917), p. 475.

<sup>244</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 129.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 200.

privilegios otorgados a un número definido de rivales comerciales del otorgante.<sup>246</sup> Aunque la práctica de otorgar unilateralmente este tipo de cláusulas data de la Edad Media, la primera vez que el término se usó fue en el Tratado de Nijmegen de 1679 entre Suecia y Holanda. Sin embargo fue hasta 1713, con el Tratado de Utrecht entre Gran Bretaña y Francia,<sup>247</sup> que esta cláusula empezó a incluirse usualmente en los tratados celebrados entre las naciones europeas occidentales. No obstante, este tratado fue rechazado por el Parlamento Británico por ser incompatible con el Pacto Methuen y fue hasta 1786 que un nuevo tratado, el Tratado del Edén, entre las mismas partes entraría en vigor con una cláusula de la nación más favorecida.<sup>248</sup>

Si bien algunos tratados restringieron el uso de esta cláusula a fines estrictamente comerciales, otros extendieron su uso a cuestiones relativas a la equidad de derechos de los ciudadanos de los Estados firmantes. Por ejemplo, el tratado entre España y Holanda de 1648 dio a los holandeses las mismas seguridades y libertades que los ingleses gozaban en territorio español con base en el Tratado de Paz de 1630. Otros, como la Declaración de Bretaña y Savoy de 1712/13 y el tratado entre Turquía y Rusia de 1775, previeron el trato igualitario sólo para cuestiones comerciales.<sup>249</sup> Y otros más, establecieron dicha cláusula pero con cargo a una sola de las partes, como el Tratado de Nanking de 1842 entre China e Inglaterra, el cual estableció que China tenía que otorgar a los ingleses el trato de la nación más favorecida, pero sin reciprocidad.<sup>250</sup>

#### **1.4.4 Tratados con cláusula de trato nacional**

Los tratados con una cláusula de trato nacional<sup>251</sup> fueron muy comunes en el siglo XIX y a través de ellos los Estados se comprometían a otorgar a los particulares extranjeros de otros Estados partes en sus territorios el mismo trato que a sus nacionales (en ciertos aspectos). Mientras que la tendencia en los tratados con una cláusula de la nación más favorecida fue la de asimilar a todos los extranjeros en el Estado receptor para efectos de su tratamiento y los derechos que se les conferían, la tendencia en los tratados con una cláusula de trato nacional fue la de asimilar a los extranjeros con los nacionales del Estado receptor.<sup>252</sup>

### **B) DESARROLLOS DE FINALES DEL SIGLO XIX A LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX**

#### **1.5 Esfuerzos aislados tendientes al reconocimiento internacional de derechos básicos a los extranjeros**

---

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 30-31.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>248</sup> Neufeld, H., *The international protection of private creditors from the treaties of Westphalia to the Congress of Vienna (1648-1815). A contribution to the history of the law of nations*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1971, p. 110-112.

<sup>249</sup> *Idem*.

<sup>250</sup> Nussbaum, Arthur, *op.cit.*, nota 5, p. 189.

<sup>251</sup> Este tipo de cláusulas no guardan relación con la doctrina del trato nacional, la cual se discute en el capítulo 2 de este trabajo.

<sup>252</sup> Neufeld, H., *op.cit.*, nota 248, p. 202 y Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 20.

A diferencia de lo sucedido en el orden interno, los efectos de los documentos legales del siglo XVIII en el ámbito internacional fueron sensiblemente más tardíos. Es bien sabido que la internacionalización de los derechos fundamentales vendría hasta la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y todo el cuerpo de normas desarrollado a partir de ese momento para garantizar internacionalmente derechos humanos a todas las personas. Sin embargo, es preciso mencionar que desde finales del siglo XIX tuvieron lugar algunos esfuerzos tendientes a ello, si bien incipientes y escasos, y que fueron atinentes de un modo u otro a los extranjeros, con independencia de los desarrollos que tuvieron lugar en materia de protección diplomática y responsabilidad internacional por daños hechos a la persona y propiedad de los extranjeros que se abordarán en otra parte de este trabajo.

En 1892 el Instituto de Derecho Internacional elaboró unas *Reglas para la Admisión y Expulsión de Extranjeros* en las que dedicó un capítulo para delimitar las condiciones en las que un extranjero podía ser expulsado.<sup>253</sup> Las reglas establecieron varias garantías: nadie debe ser expulsado por intereses privados;<sup>254</sup> las expulsiones masivas definitivas deben ser establecidas en una ley especial y se debe dar tiempo suficiente a los afectados;<sup>255</sup> la expulsión no es una pena o un castigo y el expulsado no debe ser tratado como criminal;<sup>256</sup> si la expulsión es contraria a una ley o a un tratado internacional, el afectado tiene derecho a interponer un recurso contra ella;<sup>257</sup> el Tribunal que juzga el recurso no debe analizar la conducta de la persona sino que la expulsión sea conforme a Derecho nacional o internacional;<sup>258</sup> entre otras.

El artículo 28.1 de estas Reglas es uno de los primeros en hablar en el marco del Derecho Internacional de los extranjeros que entraron ilegalmente en el país: “*Peuvent être expulsés: 1° Les étrangers qui son entrés sur le territoire fraudeusement, en violation des règlements sur l’admission des étrangers; mais, s’il n’y a pas d’autre motif d’expulsion, ils ne peuvent plus être expulsés après avoir séjourné six mois dans le pays*”. De este modo, el artículo ofrece una garantía contra la expulsión a aquellos extranjeros que entraron de forma ilegal a un Estado, pero que ya llevan viviendo 6 meses en éste, siempre que no hayan cometido un delito. Seguramente el espíritu de esta disposición era proteger a aquellos extranjeros que, a pesar de haber entrado de forma irregular a un Estado, ya tenían un trabajo honrado y una vida familiar o social.

En los años siguientes, el Instituto de Derecho Internacional continuó con sus esfuerzos tendientes al reconocimiento internacional de derechos básicos a *todas* las personas. El más relevante fue la ‘Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre’ que adoptó en 1929. Esta declaración, después de enfatizar en su preámbulo que “la conciencia jurídica

---

<sup>253</sup> Véanse los artículos 14 a 41 en los que se recogen los diferentes tipos de expulsión, las personas que pueden ser expulsadas, la forma de la expulsión, los recursos y, particularmente, la expulsión de los extranjeros domiciliados. Estas reglas se encuentran recopiladas en el *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. XII, 1892, Institut de Droit International, Bruselas. También pueden consultarse en línea: [http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1892\\_gen\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf).

<sup>254</sup> Artículos 14-16.

<sup>255</sup> Artículo 26.

<sup>256</sup> Artículo 17.

<sup>257</sup> Artículo 21.

<sup>258</sup> Artículo 35.

del mundo civilizado demanda el reconocimiento para el individuo de derechos preservados de toda vulneración de parte del Estado”, afirma que es deber de los Estados el reconocer a *todos* los individuos “sin distinción de *nacionalidad*, sexo, raza, lenguaje o religión”, los derechos a la vida, libertad y propiedad. También afirma que este deber se extiende a los derechos de libertad de religión y del uso del lenguaje de la elección de cada persona.<sup>259</sup> Sin duda, llama la atención la inclusión de la ‘nacionalidad’ entre los supuestos sobre los que está prohibido discriminar a las personas a la hora de asegurarles ciertos derechos. Lamentablemente, este supuesto de suma importancia para los extranjeros no fue conservado en el documento fundacional de las Naciones Unidas ni en la Declaración Universal de Derechos humanos, si bien estos documentos y los instrumentos de derechos humanos que le siguieron están hechos con un lenguaje incluyente en el que *todas* las personas están amparadas por su ámbito protector.

Finalmente, y a nivel regional, cabe que señalar que en la 6ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1928 la delegación mexicana, no por casualidad dado que México ya se perfilaba como un país importante de inmigración hacia Estados Unidos, se encargó de elaborar el texto de una *Resolución sobre Emigración e Inmigración*, la cual incluyó la siguiente disposición<sup>260</sup>:

“2. Que toda resolución concerniente a la emigración y la inmigración, se inspire en este doble principio:

- a) La igualdad de derechos civiles entre nacionales y extranjeros.
- b) La cualidad de hombre libre que debe ser reconocida a todo inmigrante, respetados y protegidos los derechos y la dignidad de la persona humana sin que, por otra parte, ese respeto y esa protección pueda justificar cualquiera ofensa a la soberanía del país.”

Además, la resolución incluyó el deber de los Estados de envío de no permitir la salida de sus nacionales sin que previamente se hubieran celebrado:

- a) un contrato de transporte que garantice al emigrante su conducción hasta el lugar de utilización de sus servicios, en buenas condiciones de higiene, alimentación y comodidad adecuada;
- b) un contrato de trabajo que garantice al mismo emigrante, la utilización de sus servicios en las condiciones que se estipulen y, especialmente, el pago de su regreso hasta el lugar en que se haya celebrado el contrato.

También previó una disposición que estableció que los inmigrantes deben gozar “de los mismos derechos y garantías legales que el residente en el país en el cual emigra, con excepción de los derechos políticos que cada nación otorgue a sus nacionales, sin que jamás puedan dictarse medidas de cualquiera naturaleza, que tiendan a colocar al inmigrante en situación legal o de hecho inferior a la de los nacionales”. Y va más allá al afirmar el deber del gobierno del país al que llegue el emigrante de “hacer cumplir por los medios que establezcan sus leyes los contratos de transporte y trabajo, cuando así lo solicite el emigrante”.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Buergenthal, Thomas, The Evolving International Human Rights System, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 4 (Oct., 2006), p. 783.

<sup>260</sup> *Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936. Recopilación de tratados y otros documentos*, 2ª reimpr., México: SRE, 1990, (1ª ed. 1956), p. 410.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 410 – 411.

Como se puede apreciar, esta resolución es pionera en establecer varias medidas protectoras para los extranjeros que se trasladan a otro país con fines de empleo. De hecho, varias de las disposiciones tienen su antecedente (al haber sido hecha por México) en la Constitución Mexicana de 1917 y la Ley Federal del Trabajo de ese país.<sup>262</sup> Evidentemente Estados Unidos, al ser un país tradicional de inmigración y apoyándose en el principio de soberanía de los Estados del Derecho Internacional tradicional, expresó su desacuerdo al hacer una reserva expresa al señalar que “el control de la migración es un asunto puramente interior, representando el ejercicio de un derecho soberano”. Cuba y República Dominicana también expresaron reservas en este sentido.<sup>263</sup>

## 1.6 Sociedad de Naciones

i. Dejando de lado el esfuerzo codificador de la Sociedad de Naciones (que resultó en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930) en materia de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a la persona y propiedad de los extranjeros en sus territorios, el cual se aborda en el capítulo siguiente de este trabajo, los Estados intentaron concluir una *Convención sobre el Tratamiento de los Extranjeros* bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones.<sup>264</sup> Para tales efectos, en 1929 se celebró en París una Conferencia Internacional sobre la materia en la que participaron 47 Estados.<sup>265</sup> El origen de la conferencia reposó en el apartado e) del artículo 23 del Convenio de la Sociedad de Naciones que establecía que los Estados debían “adoptar las disposiciones necesarias para asegurar [...] un tratamiento equitativo del comercio de todos los miembros de la sociedad [...]”. El Comité Económico de la Sociedad de Naciones fue el encargado de preparar el proyecto de artículos que se discutiría en la Conferencia de 1929 en virtud de que desde 1923 ya había elaborado lineamientos generales para cumplir con el mandato del artículo 23, si bien no se había hecho intento alguno por encuadrar estos lineamientos en un convenio internacional. De hecho, para 1925 estos lineamientos se habían ampliado hasta abarcar los términos en que se permitiría a los extranjeros trabajar en cualquier profesión, industria u ocupación.<sup>266</sup>

Los 29 artículos del proyecto abarcaron una cantidad considerable de materias. Otorgaron a los extranjeros igualdad de trato con los nacionales en varios aspectos, incluidos el derecho

---

<sup>262</sup> La Constitución Mexicana vigente que data de 1917 señala en su artículo 123, fracción XXVI, que todo contrato de trabajo celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero deberá ser legalizado por la autoridad municipal competente. La Ley Federal del Trabajo, por otro lado, dispone en su artículo 28 que para la prestación de servicios de los trabajadores mexicanos fuera de México se requiere, entre otras cosas, que el contrato de trabajo sea sometido a la aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje dentro de cuya jurisdicción se celebró, la cual, después de comprobar los requisitos de validez (señalados en este mismo artículo), determinará el monto de la fianza o del depósito que estime suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Una vez que el empleador compruebe ante la Junta que ha cumplido las obligaciones contraídas, se ordenará la cancelación de la fianza o la devolución del depósito.

<sup>263</sup> *Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936, op.cit.*, nota 260, p. 411.

<sup>264</sup> El texto del proyecto de artículos de esta Conferencia se reproduce en League of Nations Publications, *International Conference on the Treatment of Foreigners*, L.N. Doc. C.36.M.21.1929.II, p. 7 y ss.

<sup>265</sup> Las actas de la conferencia se pueden consultar en League of Nations Publications, L.N. Doc. C.97.M.23.1930.II.

<sup>266</sup> Kuhn, Arthur K., *The International Conference on the Treatment of Foreigners*, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1930), p. 571.

de establecerse con fines económicos en el territorio de los Estados partes, libertades en materia fiscal, libertad de circulación, libertad de ocupación, industria y profesión (con algunas excepciones), así como derechos civiles, judiciales y de sucesión. No obstante, la discusión en el seno de la Conferencia mostró discrepancias entre los Estados desarrollados y aquéllos en vías de desarrollo, por lo que el proyecto de artículos no fue aprobado.<sup>267</sup>

ii. Otro desarrollo significativo de la Sociedad de Naciones con relación con la protección de los extranjeros fue el que tuvo lugar en materia de refugiados. Si bien existe algún antecedente del tratamiento internacional de la materia con anterioridad a la creación de la Sociedad de Naciones,<sup>268</sup> fue hasta después de la Primera Guerra Mundial cuando se empezó a considerar que la cuestión de los refugiados era un problema que debía abordarse desde el ámbito internacional: Europa contaba con numerosos países desmembrados, los países victoriosos estaban desunidos, surgían nuevos conflictos entre los Estados y en Rusia se desarrollaba una terrible guerra civil. Como consecuencia, miles de personas fueron deportadas, perseguidas, se quedaron sin hogar y fueron víctimas del hambre y enfermedades. Había nacido una nueva categoría jurídica de extranjero: el refugiado.<sup>269</sup>

Cuando se creó la Sociedad de Naciones en 1919 no se había tomado conciencia de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial en términos de refugiados. Por ello, el Convenio de la Sociedad de Naciones no previó una disposición específica de ayuda y protección para estas personas y no se instituyó ningún mecanismo para afrontar el fenómeno. Hasta 1921 la Sociedad de Naciones trató de dar respuesta a estos nuevos acontecimientos con la creación del Alto Comisionado para los Refugiados. La

---

<sup>267</sup> Para abundar sobre esta convención, véase Cutler, John Ward, *The Treatment of Foreigners: In Relation to the Draft Convention and Conference of 1929*, *The American Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2 (Apr., 1933), p. 225-246.

<sup>268</sup> Hyndman señala que la cobertura legal del fenómeno de los refugiados en el Derecho Internacional se empezó a desarrollar desde antes de la creación de la Sociedad de Naciones y cita como ejemplo la Convención sobre la situación de las personas que dejaron Rusia tras la Revolución Bolchevique en 1917, la cual se celebró como respuesta al problema de los refugiados y desplazados que dejó la Revolución Rusa y el fracaso de la contrarrevolución de 1917 (si bien en el siglo XX dicho problema comenzó desde principios de 1912 con las guerras balcánicas). Hyndman, P., *Refugees under International Law with a Reference to the Concept of Asylum*, *Australian Law Journal*, Vol. 60, No. 3, 1986, p. 148.

<sup>269</sup> El artículo 1.A.2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, define como refugiado a la persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. En Derecho Internacional general no existe una definición clara de ‘refugiado’ pues hasta después de la Primera Guerra Mundial tuvieron lugar los primeros desarrollos de la materia en el ámbito internacional. Sin embargo, para el profesor Mariño hoy podríamos hablar ya de un concepto ‘suave’ (*soft Law*) de Derecho Internacional general que se corresponde con la definición de la Convención de Ginebra, modificada por su Protocolo Adicional de 1967. Mariño Menéndez, Fernando M., *El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional general*, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 35, No. 2, 1983, p. 368. Otros autores como Goodwin-Will señalan que toda persona susceptible de beneficiarse del principio de *non refoulement* es refugiado según el Derecho Internacional ya que ningún Estado ha reclamado jamás el derecho a devolver a un refugiado al país de persecución. Goodwin-Will, G. S., *Entry and Exclusion of Refugees. The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, Vol. 3, 1982, p. 302, 320.

responsabilidad fue encomendada al Dr. Fridtjof Nansen, representante de Noruega ante la Sociedad de Naciones, quien desde 1919 había dirigido en nombre de este organismo la repatriación de prisioneros de guerra. Después de la guerra entre turcos y griegos de 1922, el Alto Comisionado se ocupó de un millón y medio de personas de origen griego que fueron trasladados desde Asia Menor hacia Grecia y de medio millón de turcos, a su vez transferidos en el sentido inverso. Nansen también dirigió la operación de asistencia de cuarenta mil armenios establecidos en Siria, así como la de búlgaros provenientes de la Tracia. En 1925 una parte del personal de la Oficina del Alto Comisionado fue transferido a la Organización Internacional del Trabajo a fin de asistir a rusos y armenios en búsqueda de trabajo como parte de su repatriación o reasentamiento.<sup>270</sup>

Los primeros acuerdos internacionales sobre la materia empezaron a celebrarse a partir de 1922. El acuerdo del 5 de julio de 1922, relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos, aseguró a los refugiados asistencia de parte de algunos gobiernos y agencias voluntarias a través de un documento de identidad especial ('Pasaporte Nansen') destinado a quienes no poseyeran otros documentos. Asimismo, en 1924 el Alto Comisionado esbozó un plan para que dicho documento también se expidiera a los refugiados armenios, teniendo lugar el Acuerdo sobre refugiados armenios, de 31 de mayo de 1924.<sup>271</sup> Los acuerdos de 1922 y 1924 fueron complementados y reformados por el acuerdo provisional de 12 de mayo de 1926<sup>272</sup> y el de junio de 1928, sobre refugiados rusos y armenios.<sup>273</sup> Este último acuerdo contuvo una recomendación indicando que la devolución y expulsión de refugiados debía ser suspendida en los casos en que estas personas no tuvieran acceso a ningún otro Estado más que el perseguidor, con lo cual se convirtió en antecedente del principio de *non refoulement*.<sup>274</sup>

A partir de 1931, la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados empezó a funcionar como oficina autónoma y con un órgano directivo propio. Se ocupó de los "refugiados Nansen" y, a partir de 1935, de la protección de los refugiados que dejaban el Saar luego de su anexión a Alemania. El 30 de julio de 1935 se celebró el Plan para brindar certificados de identidad a los refugiados del Saar.<sup>275</sup>

En 1933 se celebró el primer instrumento en la materia con efectos vinculantes: la Convención de Ginebra de 28 de octubre de 1933, sobre la condición de los refugiados

---

<sup>270</sup> Holborn, Louise W., The legal status of political refugees, 1920-1938, *The American Journal of International Law*, Vol. 32, 1938, p. 683 y ss., 687-688. También véase Ruiz de Santiago, Jaime, Derechos Humanos, Derecho de Refugiados: Evolución y Convergencias, en Namihas, Sandra (coord.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ACNUR, 2001, p. 26-27.

<sup>271</sup> *Ídem*; Heuven Goedhart, G.J. Van, The problem of refugees, *Recueil des Cours*, Vol. 82, no. I, 1953, p. 284.

<sup>272</sup> El profesor Mariño recuerda que este instrumento es el que contiene la primera definición jurídica del concepto de 'refugiado'. Mariño Menéndez, F. M., 1983, *op.cit.*, nota 269, p. 339.

<sup>273</sup> Heuven Goedhart, G.J. Van, *op.cit.*, nota 271, p. 285.

<sup>274</sup> Gortázar Rotaeché, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Madrid: Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, 1997, p. 99-100.

<sup>275</sup> Holborn, Louise W., *op.cit.*, nota 270, p. 689 y ss., 693.



rusos, armenios y asimilables.<sup>276</sup> En esta convención el principio de *non refoulement* se convirtió en una obligación jurídica. Además, los Estados se comprometieron a otorgar un estatus especial a las categorías de refugiados cubiertas por el acuerdo de 1928 y a continuar expidiéndoles los ‘Pasaportes Nansen’ (art.2). También se previeron el libre acceso de los refugiados a los tribunales (art.6) y las condiciones laborales y de educación de éstos (arts.7 y 12).<sup>277</sup> No obstante, esta convención tuvo un éxito limitado: sólo ocho países la ratificaron.<sup>278</sup>

La llegada del nacionalsocialismo en Alemania a principios de 1933 generó nuevos problemas de refugiados: los ‘no arios’ y los opositores del régimen. Alemania se opuso a que la competencia de la Oficina Nansen se extendiera a ella, considerando que esto significaría una interferencia en los asuntos internos del país. En consecuencia, la Sociedad de Naciones creó el Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania, una oficina separada de la Sociedad de Naciones pero operando en coordinación con ésta.<sup>279</sup> Bajo este contexto, se concluyeron otros acuerdos que regularon la condición de refugiados de origen alemán: Arreglo Provisional relativo a la condición de los refugiados procedentes de Alemania (1936), Convención relativa a la condición de los refugiados procedentes de Alemania (1938), la cual restringió las causas de expulsión y devolución a razones de seguridad nacional y orden público<sup>280</sup> y cuyo éxito aún fue más limitado que el de su predecesora de 1933 con sólo 3 ratificaciones,<sup>281</sup> y el Protocolo Adicional a ambos instrumentos (1939), a través del cual los beneficios de ambos instrumentos fueron extendidos a refugiados provenientes de la ‘Antigua Austria’ y la región de los Sudetes.<sup>282</sup>

Para 1938 el problema se agudizó: los refugiados ascendían a cerca de 600,000. En consecuencia, la Sociedad de Naciones decidió que la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados y el Alto Comisionado para los Refugiados de Alemania terminaran su actividad, transfiriendo su competencia, a partir del 1° de enero 1939, al Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones. A la par, y a iniciativa del Presidente Franklin Roosevelt, en julio de 1938 treinta y dos Gobiernos se reunieron en Evian para crear el Comité Intergubernamental para los Refugiados con el fin de facilitar la emigración de quienes quisieran abandonar los territorios ocupados por Alemania. A partir de 1939, una sola persona fue designada Director del Comité Intergubernamental y Alto Comisionado. Durante la Segunda Guerra Mundial. Debido a la imposibilidad de operar en territorio alemán, el Alto Comisionado redujo notablemente su actividad, en tanto se acrecentó la del Comité Intergubernamental que se extendió a todo aquél que se encontrara obligado a

---

<sup>276</sup> Schnyder señala que los primeros acuerdos multilaterales en materia de refugiados celebrados a partir de 1922 no tenían carácter obligatorio sino sólo de ‘recomendación, y que es hasta esta convención que empiezan a tener carácter vinculante. Schnyder, F., *Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés, Recueil des Cours*, Vol. 114, No. I, 1965, p. 372.

<sup>277</sup> Gortázar Rotaache, Cristina J., *op.cit.*, nota 274, p. 100.

<sup>278</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 36.

<sup>279</sup> Holborn, Louise W., *op.cit.*, nota 270, p. 691 y ss.

<sup>280</sup> Weis, Paul, *The International protection of refugees, The American Journal of International Law*, Vol. 48, 1954, p. 197.

<sup>281</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 36.

<sup>282</sup> Gortázar Rotaache, Cristina J., *op.cit.*, nota 274, p. 100; Holborn, Louise W., *op.cit.*, nota 270, p. 698.

abandonar su propio país porque su vida o su libertad estuvieran en peligro.<sup>283</sup> El 31 diciembre 1940 se dio por concluido el mandato del Alto Comisionado.<sup>284</sup>

iii. Por último, es preciso señalar que en el seno de la Sociedad de Naciones tuvo lugar la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, la cual desde sus inicios ‘está dirigida por entero a promover la democracia y los derechos humanos’.<sup>285</sup> Como apunta Valticos “tanto la Constitución de la OIT como sus convenios y recomendaciones han asignado, desde 1919, un lugar preferente a los derechos humanos, y también han sido inspiradores de los textos universales y regionales relativos a derechos económicos y sociales y a ciertos derechos civiles y políticos”.<sup>286</sup>

Al respecto, es preciso considerar, de un lado, el apartado a) del artículo 23 del Convenio de la Sociedad de Naciones de 1919 que estableció que los Estados “se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanas para el hombre, la mujer y el niño, *tanto en sus propios territorios como en todos los países a los que se extendieran sus relaciones comerciales e industriales*, estableciendo con ese objeto y manteniendo las organizaciones internacionales necesarias”. Y, de otro lado, el artículo 427 del Tratado de Versalles, que señaló: “el estándar establecido por la ley de cada país con respecto a las condiciones de trabajo debe considerar un tratamiento económico equitativo para *todos los trabajadores* que estén residiendo de forma legal ahí”.

La OIT fue fundada con el fin de asegurar la paz en el mundo a través de la eliminación de la injusticia social mediante el mejoramiento de las condiciones de trabajo. Por ello, ha tenido un papel muy relevante en la promoción de la justicia social y la protección y definición de los derechos laborales de todos los trabajadores, incluidos los extranjeros. Así, desde el preámbulo de su Constitución afirma expresamente la necesidad de proteger ‘*los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero*’. Y, en la 1ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1919, se adoptó como uno de sus objetivos: ‘*la promoción de la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros*’, así como ‘*la coordinación bilateral y tripartita de las políticas migratorias*’.<sup>287</sup>

La estructura orgánica de la OIT fue la siguiente: una Conferencia general formada por representantes de todos los Estados miembros; la Oficina Internacional del Trabajo que desempeñaría las funciones de secretaría de la organización; y un Consejo de Administración de composición restringida. Lo innovador de la OIT es que la representación de los Estados en la Conferencia y el Consejo de Administración incluía no sólo representantes de los gobiernos, que era lo tradicional, sino de las organizaciones patronales y los sindicatos obreros, en una proporción del 50%. Se introducía así, como señala Carrillo Salcedo, “una ruptura de lo interestatal, que había sido una de las notas

---

<sup>283</sup> Holborn, Louise W., *op.cit.*, nota 270, p. 699 y ss.

<sup>284</sup> A partir de julio de 1947, la actividad del Comité sería asumida por la Organización Internacional para los Refugiados.

<sup>285</sup> OIT, *Memoria del Director General*, Actividades de la OIT, 1994-1995, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, p. 7.

<sup>286</sup> Valticos, Nicolas, La Organización Internacional del Trabajo, en Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, París; Barcelona: Serbal; UNESCO, 1984, Vol. 2, p. 504.

<sup>287</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 69.

características del orden internacional desde la Paz de Westfalia, en 1648, y continuaba siendo, en 1919, el rasgo fundamental del orden internacional”.<sup>288</sup>

Las principales funciones de la OIT fueron la elaboración de convenios y recomendaciones en materia laboral, así como el controlar la aplicación efectiva de los convenios concluidos bajo sus auspicios en los Estados miembros que los hubiesen ratificado y que, en consecuencia, estuviesen jurídicamente obligados por los mismos. La preocupación de la OIT, plasmada desde sus documentos fundacionales, por proteger los derechos de los trabajadores extranjeros se ha materializado en sus convenios y recomendaciones sobre igualdad de trato de trabajadores nacionales y extranjeros.

Ejemplo de esto son los siguientes instrumentos emitidos antes de 1945, los cuales, a pesar de ya no estar vigentes por estar superados o estar en situación provisoria,<sup>289</sup> son un buen ejemplo de la postura de la organización en este sentido: Convenio No. 19, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), de 1925; Recomendación No. 25, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), de 1925; Convenio No. 21, sobre la inspección de los emigrantes, de 1926; Convenio No. 48, sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 1935; Convenio No. 66, sobre los trabajadores migrantes, de 1939; Recomendación No. 61, sobre los trabajadores migrantes, de 1939.<sup>290</sup>

Por otro lado, cabe señalar que la Declaración de Filadelfia de 1944 subrayó la necesidad de asegurar la dignidad humana en el mundo del trabajo, sobre la base de la consideración de que ‘el trabajo no es una mercancía’ y ‘la libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante’.<sup>291</sup> Así, se consolidó la idea de que la dignidad humana en el trabajo constituye un elemento inherente al desarrollo de la actividad laboral y que *todos los trabajadores, como seres humanos que son*, deben poder ejercer su libertad laboral de manera libre y con respeto de su propia personalidad y sus derechos como individuos. Lo anterior debido a que “*todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”.<sup>292</sup>

## 1.7 Tratados de movimientos colectivos de personas

Si bien la práctica de asegurar derechos a los extranjeros a través de tratados continuó durante el siglo XX, a la par tuvo lugar la celebración de tratados bilaterales y multilaterales relativos a los movimientos colectivos de personas, ya sea con el fin de intercambiar poblaciones enteras o con fines laborales. Es cierto que con anterioridad al siglo XX ya se habían celebrado ambos tipo de acuerdos;<sup>293</sup> sin embargo, fue a partir de la

---

<sup>288</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1991, *op.cit.*, nota 172, p. 59.

<sup>289</sup> Al respecto, consúltese <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/subjectS.htm#s01>.

<sup>290</sup> Los instrumentos vigentes relativos a los trabajadores migrantes se analizan en el capítulo 4 de esta tesis.

<sup>291</sup> OIT, *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia de 1944)*, Parte I, apartados a) y b).

<sup>292</sup> *Ibidem*, Parte II, apartado a).

<sup>293</sup> Por ejemplo, en el caso de intercambio de poblaciones enteras, el Tratado de Utrecht de 1713 previó la transferencia de la población francesa de Nueva Escocia en Canadá a Louisiana. Para el caso de los tratados de trabajadores migrantes, véase el capítulo 7 de este trabajo.

Primera Guerra Mundial cuando cobraron mayor relevancia: no sólo militares fueron reclutados para la guerra, sino también poblaciones enteras para cubrir la escasez de mano de obra.<sup>294</sup>

i. Los movimientos de intercambio de poblaciones enteras<sup>295</sup> sólo son relevantes para el estudio de los derechos de los extranjeros de forma secundaria puesto que normalmente existen disposiciones que prevén el cambio de la nacionalidad de las personas transferidas, por lo que una vez que la transferencia tiene lugar, cambia su estatus a nacionales.<sup>296</sup> Sin embargo, es preciso anotar, aunque sea de forma breve, los esfuerzos en este campo tendientes a proteger a las personas intercambiadas. La necesidad de intercambiar poblaciones surgió al final de la Primera Guerra Mundial, sobretudo en el Imperio Otomano.<sup>297</sup> En 1919 Grecia y Bulgaria celebraron la Convención Relativa a la Emigración Recíproca a través de la cual negociaron el intercambio voluntario de personas. Se estima que 55,000 personas se movieron de Grecia a Bulgaria y 30,000 de Bulgaria a Grecia.<sup>298</sup> Por un acuerdo con Grecia, la Sociedad de Naciones asistió a estas personas en el proceso de su reestablecimiento en su nuevo país y se emitió el Protocolo Relativo al Asentamiento de Refugiados en Grecia, el cual creó con este propósito la Comisión del Asentamiento del Refugiado de 1923.<sup>299</sup> La Sociedad de Naciones también asistió a Bulgaria a obtener un préstamo para fines de reestablecimiento de esas personas.<sup>300</sup> Otro intercambio importante de personas fue el acontecido en 1923 entre Grecia y Turquía, si bien fue un intercambio obligatorio. Se estima que con la Convención Relativa al Intercambio de Poblaciones griegas y turcas, de 1 a 3 millones de griegos dejaron Turquía para reestablecerse en Grecia y que unos 400,000 turcos dejaron Grecia para hacer lo mismo en Turquía.<sup>301</sup> Finalmente, cabe señalar los tratados celebrados por la Alemania Nazi con varios Estados de Europa Central con el fin de permitir la entrada voluntaria de personas de origen alemán a Alemania.<sup>302</sup>

ii. Los movimientos de personas más relevantes para la materia de los derechos de los extranjeros son los de trabajadores migrantes. No obstante, se debe señalar que con anterioridad a 1945 hubo un limitado desarrollo en este ámbito debido a la limitación de mano de obra extranjera ocasionada por las guerras mundiales. El caso de excepción fue Francia que celebró diversos tratados de trabajadores migrantes con países como Polonia e Italia (1919), Checoslovaquia (1920), Bélgica (1921), Luxemburgo (1923), Austria (1928),

---

<sup>294</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 33.

<sup>295</sup> Para abundar sobre este tema, véase De Zayas, Alfred M., *International Law and Mass Populations Transfers*, *Harvard International Law Journal*, Vol. 16, 1975, p. 207-258.

<sup>296</sup> Por ejemplo, véase el artículo 7 de la Convención Relativa al Intercambio de Poblaciones griegas y turcas y su Protocolo de 1923.

<sup>297</sup> Sobre estos intercambios de poblaciones, véase Ladas, Stephen P., *The Exchange of Minorities. Bulgaria, Greece and Turkey*, New York: Macmillan, 1932, p. 18-23.

<sup>298</sup> Simpson, John Hope, *Refugees. Preliminary Report of a Survey*, London: Royal Institute of International Affairs, 1938, p. 13.

<sup>299</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 33 y 38.

<sup>300</sup> Ladas, Stephen P., *op.cit.*, nota 297, p. 590-597.

<sup>301</sup> Simpson, John Hope, *op.cit.*, nota 298, p. 9; Ladas, Stephen P., *op.cit.*, nota 297, p. 335 - 588.

<sup>302</sup> Vernant, Jacques, *The refugee in the post-war world*, London: Allen & Unwin, 1953, p. 95-96.

Yugoslavia y Grecia (1929) y Rumania (1930).<sup>303</sup> No obstante, ninguno de estos tratados contuvo disposiciones relativas a los derechos que los trabajadores migrantes gozarían durante su estancia, salvo uno importantísimo: el de gozar de un sueldo igual que los nacionales por el desempeño de un trabajo igual. Que esta disposición se cumpliera, como afirma Lillich, es otra cuestión.<sup>304</sup> Algunos de estos tratados, como el firmado con Polonia, también contuvieron una cláusula de la nación más favorecida con la cual el gobierno francés quedaba obligado a no tratar menos favorablemente a los trabajadores polacos en comparación con los trabajadores migrantes de terceros países.<sup>305</sup> De este modo, estos tratados constituyen un modesto avance en materia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes.<sup>306</sup>

## C) LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: APROXIMACIÓN

### 1.8 Marco de referencia

El reconocimiento internacional de los derechos humanos data de épocas recientes: ocurrió casi hasta mediados del siglo XX, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y el desarrollo del moderno sistema de derechos humanos que ha tenido lugar desde ese momento. Sin embargo, como afirman McDougal y Bebr, el programa de derechos humanos de Naciones Unidas “es heredero de todos los grandes movimientos históricos por la libertad del hombre (incluidas las revoluciones inglesa, americana y francesa), los elementos duraderos del derecho natural, las más grandes religiones y filosofías, así como de los hallazgos de la ciencia contemporánea acerca de las interrelaciones de simple respeto por la dignidad humana y todos los demás valores individuales y comunitarios”.<sup>307</sup>

Es conocida la historia de cómo las rudimentarias demandas de libertad de un soberano tiránico se han ido gradualmente transformando en demandas de –y la provisión de– protección no sólo del soberano, sino de todas las instituciones o funciones del gobierno e incluso de la opresión privada, y cómo las primeras demandas de libertades civiles básicas, encarnadas en la concepción más primitiva del principio del imperio del derecho, han florecido en la insistencia de derechos humanos comprensivos; esto es, en demandas para participar efectivamente en todos los procesos comunitarios importantes de los que dependen las libertades civiles mínimas.<sup>308</sup> Esta historia puede ser rastreada en la cambiante relación del individuo frente al Estado, del Estado absolutista, pasando por el Estado

---

<sup>303</sup> Collomp, Catherine, Immigrants, Labor Markets, and the State, a Comparative Approach: France and the United States, 1880-1930, *The Journal of American History*, Vol. 86, No.1, Jun., 1999, p. 49-51.

<sup>304</sup> Lillich, Richard B., *op.cit.*, nota 1, p. 34.

<sup>305</sup> *Ídem.*

<sup>306</sup> Para abundar sobre este tema, véase el capítulo 7 de este trabajo.

<sup>307</sup> McDougal, Myres S. & Bebr, Gerhard, Human Rights in the United Nations, *The American Journal of International Law*, Vol. 58, No. 3 (Jul., 1964), p. 604.

<sup>308</sup> Sobre este tema, véanse Laski, Harold J., *The Rise of European Liberalism: An Essay in Interpretation*, London: Allen & Unwin, 1936, p. 109; Barker, Ernest, *Principles of Social & Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1951, p. 232-233; Corwin, Edward Samuel, *Liberty against government: the rise, flowering and decline of a famous juridical concept*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1948, 210 p.

liberal, a la incipiente concepción de la organización política como un instrumento de todos los valores, con un gobierno de y para todas las personas.<sup>309</sup>

De esta forma, el desarrollo de los derechos humanos está enmarcado e implementado en respuesta a las crecientes demandas de libertad, seguridad y protección de las personas de todas partes del mundo, las cuales han ido cambiando a lo largo de la historia, tal y como lo ha hecho la realidad social.<sup>310</sup> Se ha pasado de demandar seguridad física y la inviolabilidad de la persona, con la libertad de castigos crueles e inhumanos y la detención arbitraria, a la libertad de expresión y opinión, de conciencia y culto, y de reunión y asociación.<sup>311</sup> Con el impacto de la industrialización, la concentración de poder económico a larga escala, la urbanización y los males que conlleva la explotación, naturalmente han surgido demandas de vivienda, atención médica, educación, condiciones laborales justas, salario mínimo, capacitación laboral, protección contra riesgos laborales y enfermedad, desempleo, vejez, entre otras, derechos sin los cuales no es posible llevar una vida digna y decente.<sup>312</sup>

El primer derecho individual reivindicado, como ha puesto de relieve Truyol y Serra, fue el de libertad religiosa, en la gran confrontación del período de Reforma y Contrarreforma.<sup>313</sup> Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, la burguesía en ascenso como clase social reclamó la igualdad de todas las personas ante la ley y logró el reconocimiento de los derechos civiles y políticos (derecho de sufragio, libertades de reunión, asociación, expresión, etc.). Peces-Barba apunta que “la primera generación de los derechos humanos, impulsada por el pensamiento liberal constará de los derechos individuales, de los derechos de participación política, de las garantías procesales y del derecho de propiedad, y se forma a través de un recorrido histórico que dura dos siglos hasta 1789”.<sup>314</sup> Estos avances se ven cristalizados en América con la Declaración de Virginia, de 12 de junio de 1776, y la Declaración de Independencia de las colonias norteamericanas, de 4 de julio de 1776, y en Europa con la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 27 de agosto de 1789. Estos documentos son importantes no sólo porque reconocen derechos humanos a ciudadanos estadounidenses o franceses, sino porque los consideran inherentes al individuo; hablan de derechos que limitan el poder del Estado frente a la persona.

Si la burguesía liberal logró el reconocimiento jurídico-positivo de los derechos individuales de libertad, desde mediados del siglo XIX, el proletariado, la nueva clase social, se arrogó la tarea de luchar por los derechos económicos y sociales, al compás del proceso de industrialización de las sociedades occidentales: derechos relativos al trabajo, la seguridad social, derechos de asociación y libertad sindical, el derecho de sufragio

---

<sup>309</sup> Barker, Ernest, *op.cit.*, nota 308, p. 244-252.

<sup>310</sup> Para un recuento de la formación histórica de los derechos fundamentales, véase Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 73-102.

<sup>311</sup> Corwin, Edward Samuel, *op.cit.*, nota 308.

<sup>312</sup> Sobre la formación histórica de los derechos económicos, sociales y culturales, véase Peces-Barba, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III, 1999, p. 7-66.

<sup>313</sup> Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1984, p. 14-17.

<sup>314</sup> Peces-Barba, Gregorio, 1998, *Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789, op.cit.*, nota 223, p. 123.

universal, la educación y la salud.<sup>315</sup> Como señala Fariñas, “la conquista de los derechos económicos, sociales y culturales vinculados a la clase trabajadora, así como la puesta en marcha de instituciones jurídicas de reparto solidario universal, implicó un largo y tortuoso proceso histórico de luchas sociales y de transformaciones políticas e intelectuales, principalmente en Europa desde 1848 hasta 1914”.<sup>316</sup> Las Internacionales Obreras tuvieron un importante papel en este proceso: fueron la manifestación institucional del internacionalismo proletario y del movimiento obrero, el cual tuvo por fin la lucha social y solidaria de los trabajadores de distintos países encaminada a la ‘Revolución Obrera Mundial’ para reivindicar sus derechos sociales en aras de mejorar sus condiciones laborales, culturales, sanitarias y vitales mediante acciones políticas y jurídicas solidarias.<sup>317</sup> Tras la Revolución de 1917, esta conquista se vio reflejada en la Declaración Rusa de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 4 de enero de 1918.

La influencia de las declaraciones de 1789 y 1918 fue decisiva para elevar a rango constitucional los derechos humanos conquistados. El primer texto constitucional que proclamó junto a los derechos individuales los derechos sociales de los trabajadores y campesinos fue la Constitución Mexicana de 1917, la cual influenciaría las constituciones en el ámbito latinoamericano y que fue, como señala Fariñas “expresión del liberalismo social y la ideología revolucionaria”.<sup>318</sup> Dos años más tarde, la Constitución de la República de Weimar de 1919 haría lo propio. Otras constituciones revolucionarias como la española de 1931 y la soviética de 1936 seguirían los mismos pasos.

### **1.9 De las ‘Cuatro Libertades’ de Roosevelt a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La internacionalización de los derechos humanos tuvo lugar de forma más tardía, casi hasta la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, cabe señalar que desde antes de 1945, en particular en el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, ya se habían hecho algunos esfuerzos internacionales, si bien incipientes, para proteger ciertos derechos humanos: las garantías de libertad religiosa y conciencia de ciertas minorías impuestas por el Concierto Europeo al Imperio Otomano en el siglo XIX;<sup>319</sup> los tratados relativos a la prohibición de

---

<sup>315</sup> Peces-Barba, Gregorio, Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, tm. III, Vol. II, libro I, Madrid: Dykinson, 2007, p. 419 y ss.

<sup>316</sup> Fariñas Dulce, María José, El origen de los derechos de los trabajadores: las Internacionales obreras, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, tm. III, Vol. I, libro I, Madrid: Dykinson, 2007, p. 383.

<sup>317</sup> Al respecto, véanse Kriegel, A., *Las internacionales obreras*, Barcelona: Martínez Roca, 1968, 139 p.; Hobsbawm, E.J. & Pochtar, Ricardo, *Trabajadores: Estudios de Historia de la Clase Obrera*, Barcelona: Crítica, 1979, 434 p.

<sup>318</sup> Fariñas Dulce, María José, *op.cit.*, nota 316, p. 383.

<sup>319</sup> La libertad de conciencia y religión ya había sido reconocida por la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. En el siglo XIX destacan los avances jurídicos que se realizaron en algunos tratados como el Tratado de Berlín de 1878 y el Acta del Congo de 26 de febrero de 1885. Sobre este tema, véase Fernández Liesa, Carlos R., La protección de las minorías en el Derecho Internacional general. Análisis y evolución del estatuto jurídico internacional, en Mariño Menéndez, Fernando M., Fernández Liesa, Carlos R., Díaz Barrado, Cástor Miguel, *La protección internacional de las minorías*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 51-311, en especial p. 71-87.

trata de esclavos<sup>320</sup> y de ‘blancas’;<sup>321</sup> los convenios destinados a la protección de heridos y enfermos en tiempos de guerra;<sup>322</sup> los tratados orientados a la regulación de la conducción de las hostilidades;<sup>323</sup> así como los tratados dirigidos a la protección de los derechos relativos al trabajo<sup>324</sup> y la salud.<sup>325</sup>

---

<sup>320</sup> El primer tratado que condenó el tráfico de esclavos fue el firmado por Francia y Gran Bretaña e incluido en los “artículos adicionales” al Tratado de Paz de París de 30 de mayo de 1814. Por su parte, el Congreso de Viena elaboró una Declaración sobre la abolición de la trata de esclavos negros que consideró “contraria a los principios de la humanidad y la moral universal”, lo cual, en realidad, sólo constituía un compromiso de celebrar en el futuro tratados para hacer efectiva la prohibición. Un artículo adicional al segundo Tratado de Paz de París de 20 de noviembre de 1815 estableció el acuerdo de los Cinco de renovar sus esfuerzos para la abolición de la trata. Así, por medio del Tratado de Londres de 20 de diciembre de 1841, estos Estados se atribuyeron el derecho recíproco de visita y captura en alta mar de barcos de sus respectivos pabellones. La prohibición internacional de la esclavitud fue luego recogida por el Acta de Berlín de 26 de febrero de 1885, firmada por 15 Estados, cuyo artículo 6 imponía a los Estados que actuaran en la zona geográfica en la que el Acta se aplicaba y el deber de impulsar el desarrollo de las poblaciones locales y de suprimir la esclavitud y el tráfico de esclavos; la prohibición de la esclavitud fue enfatizada por el artículo 9 de dicho instrumento. Posteriormente, en el Acta General de Bruselas de 2 de julio de 1890 las Partes se comprometieron a oponerse activamente a la esclavitud y al tráfico de esclavos en toda África y a castigar penalmente a los responsables de ella. Este tratado fue ratificado por todos los Estados europeos, además del Congo, Persia Turquí, Estados Unidos y Zanzíbar. Mariño Menéndez, F. M., 2007, La protección internacional de los derechos fundamentales durante el siglo XIX, *op.cit.*, nota 210, p. 538-539. Ya en el siglo XX la prohibición internacional de la esclavitud estaría consolidada y se adoptarían la Convención sobre la Esclavitud, adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y el Convenio de la OIT No. 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 28 de junio de 1930.

<sup>321</sup> Destacan convenios bilaterales de principios del siglo XX: el Convenio de París, de 15 de julio de 1902, sobre medidas administrativas para garantizar una defensa eficaz contra la trata de blancas (que prevé intercambios de información entre los Estados partes, así como algunas actividades de control); la Convención Internacional con el objeto de asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de “Trata de Blancas”, adoptada en París el 18 de mayo de 1904; la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores, adoptada en Ginebra el 30 de septiembre de 1921; y la Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas (suscrita en París el 4 de mayo de 1910), de 7 de agosto de 1935.

<sup>322</sup> Convención de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de los heridos en campaña (renovada en 1906). Véanse Fernández Liesa, Carlos R., Desarrollos doctrinales y de la práctica internacional de protección de derechos humanos en el siglo XIX, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid: Dykinson, 2007, p. 570-574; Jiménez Piernas, Carlos Bartolomé, Crespo Navarro, Elena, La organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: las Conferencias de Paz de La Haya, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid: Dykinson, 2007, p. 643-694.

<sup>323</sup> Convenciones de la Haya de 1899 y 1907. *Ídem*.

<sup>324</sup> Cabe destacar, en primer lugar, la cooperación social internacional, y los inicios del *derecho al trabajo*, cuyos esfuerzos darían lugar al Convenio de Berna de 26 de septiembre de 1906 y a una serie de tratados particulares. Liszt, F. von, *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Gustavo Pili, 1929, p. 342-345. A partir de 1920, con la creación de la OIT, es cuando toma forma la protección internacional de los derechos relativos al trabajo. Véanse los convenios celebrados en el ámbito de la OIT hasta antes de 1945 en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

<sup>325</sup> La primera conferencia sanitaria internacional se celebró en París en 1851 y, posteriormente, el 27 de mayo de 1853 se firmó un convenio para luchar contra el cólera y se fueron creando algunas instituciones de cooperación internacional en la materia como el Consejo Internacional de Sanidad (Bucarest). El 31 de enero de 1892 se firmó en Venecia un Convenio para luchar contra el cólera, el cual reformó al Consejo Sanitario y Cuarentenario de Alejandría, que adquirió carácter internacional. Otros instrumentos para luchar contra el cólera fueron: el Acuerdo de Dresde, de 15 de abril de 1893, sobre la lucha contra la propagación del cólera en Europa; y el convenio sanitario para la adopción de medidas para combatir el cólera en los países de



No obstante lo anterior, los avances más significativos en la protección internacional de los derechos humanos vinieron a partir de 1945, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la puesta en marcha del moderno sistema de derechos humanos. Los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial orillaron a líderes políticos y académicos a ver en la protección de los derechos humanos un fin y un medio para ayudar a garantizar la paz internacional y la seguridad. El siglo XX fue testigo de que el Estado, con relativa frecuencia, no sólo no cumple con su obligación de asegurar derechos básicos a las personas dentro de su jurisdicción, sino que, de hecho, con frecuencia se convierte en agente de violación de los mismos. Como señala Szabo:

“Mientras que la aparición de los derechos del ciudadano había sido en su tiempo el resultado del progreso social (y, poco antes de ello, una manifestación de nuevas y previsibles necesidades), la irrupción de los derechos humanos en la escena internacional era consecuencia de fenómenos sociales que en modo alguno podían considerarse como positivos. La despiadada y masiva destrucción de individuos y grupos en los Estados fascistas, el desprecio que se evidenciaba por el ser humano y el agudo deterioro de las relaciones entre el Estado y el hombre fueron factores que ayudaron a que se intentara elevar los derechos humanos a la categoría de leyes internacionales y conseguir una cierta protección de dichos derechos”.<sup>326</sup>

Las potencias empezaron a hacer énfasis en la protección internacional de los derechos de la persona humana desde tiempo antes de la resolución de la guerra. En su famoso discurso ‘Las Cuatro Libertades’ ante el Congreso estadounidense en 1941, Roosevelt señaló que cuatro libertades básicas debían ser respetadas en todo lugar del mundo: I. Libertad de palabra y expresión; II. Libertad de religión; III. Libertad de querer, que se traduce en que en cada país haya políticas económicas que aseguren una vida saludable y pacífica para sus habitantes; y IV. Libertad de evitar todo aquello que haga que la gente sufra algún temor.<sup>327</sup> Estos cuatro principios jugaron un papel importante en el incipiente consenso para crear una organización internacional que pudiera garantizar la paz y los derechos humanos. Más tarde encontrarían expresión en la Carta del Atlántico y la Carta de las Naciones Unidas como una representación específica de los objetivos de paz y guerra. Como afirmó Roosevelt:

“El orden mundial que buscamos es la cooperación de los países libres, trabajando juntos en una sociedad civilizada y amigable [...] Libertad significa la supremacía de derechos humanos en todas partes. Nuestro apoyo va hacia aquéllos que luchan por obtener esos derechos o conservarlos. Nuestra fuerza está en nuestra unidad de propósito”.<sup>328</sup>

---

origen, de 3 de abril de 1894. Del mismo modo, durante el siglo XIX se incrementó la cooperación en la lucha para erradicar o minimizar los efectos de otras enfermedades epidémicas como la peste y fiebre amarilla. En esta línea destacan el convenio sanitario de lucha contra la peste, de 19 de marzo de 1897; y la Conferencia de París de 1903 que dio lugar al convenio relativo a las medidas contra la peste, el cólera y la fiebre amarilla, de 3 de diciembre de 1904. Fernández Liesa, Carlos R., 2007, *op.cit.*, nota 322, p. 569-570; Liszt, F. von, *op.cit.*, nota 324, p. 3245 y ss.

<sup>326</sup> Szabo, Imra, Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores, en Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. 1, París; Barcelona: Serbal; UNESCO, 1984, p. 50.

<sup>327</sup> Sohn, Louis B., How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights, *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 3, 1995, p. 540-541.

<sup>328</sup> De Zayas, Alfred, The relevance of Roosevelt’s Four Freedoms Today, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 61-62, 1992-1993, p. 239.

Una vez que la guerra finalizó, los Estados victoriosos crearon la Organización de Naciones Unidas, una organización internacional general cuyos fines incluirían la protección de los derechos humanos. De hecho, uno de los primeros proyectos de la Carta de las Naciones Unidas (1942) contemplaba que el propósito de Naciones Unidas sería establecer y mantener “los medios con los que la paz y los derechos humanos pudieran ser asegurados”. No obstante, mientras que en la elaboración del proyecto de artículos fue relativamente fácil llegar a un acuerdo en lo relativo a los derechos civiles y políticos, no sucedió lo mismo con los derechos económicos a los que se refería Roosevelt en su ‘libertad de querer’ y las medidas para implementarlos. Por ello, la idea de una Declaración de Derechos Humanos se abandonó para el tiempo de la Conferencia en Dumbarton Oaks de 1944.<sup>329</sup>

Las Propuestas para el Establecimiento de una Organización General Internacional aprobadas en Dumbarton Oaks en 1944 sólo contuvieron como uno de los propósitos de la nueva organización “la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales económicos, sociales y otros problemas humanitarios”.<sup>330</sup> Asimismo, se afirmó que “con el fin de crear las condiciones necesarias de estabilidad y bienestar para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones”, la Organización debía “promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.<sup>331</sup>

La Conferencia de San Francisco de 1945 no adoptó una Declaración de Derechos Humanos, pero se lograron insertar varias previsiones sobre la materia en la *Carta de las Naciones Unidas*, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco.<sup>332</sup> En su primera sesión en 1946, el Consejo Económico y Social estableció la Comisión de Derechos Humanos con el fin de dar cumplimiento a lo mandado por el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas. El documento que más tarde sería la Declaración Universal de Derechos Humanos se examinó en el primer período de sesiones de la Asamblea General en 1946. La Asamblea revisó el proyecto de Declaración sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y lo transmitió al Consejo Económico y Social para que lo remitiera a la Comisión de Derechos Humanos para su estudio al preparar una Carta Internacional de Derechos Humanos. En su primer período de sesiones, celebrado a principios de 1947, la Comisión de Derechos Humanos autorizó a su Mesa a formular lo que denominó “Anteproyecto de Carta Internacional de Derechos Humanos”. Posteriormente, la labor fue asumida por un Comité de Redacción integrado por miembros de la Comisión procedentes de ocho Estados, que fueron elegidos teniendo en cuenta la distribución geográfica.<sup>333</sup>

Toda vez que se expresaron diferentes puntos de vista sobre la forma que la Declaración de Derechos Humanos debía tener, el Comité de Redacción decidió preparar dos documentos: uno en forma de Declaración, que establecería principios o estándares generales derechos humanos; y el otro en forma de Convención, que definiría derechos específicos y sus limitaciones. El Comité de Redacción remitió a la Comisión de Derechos Humanos los

---

<sup>329</sup> *Ídem.*

<sup>330</sup> Capítulo I, apartado 4.

<sup>331</sup> Capítulo IX, Sección A, apartado 1.

<sup>332</sup> Véase la sección 4.1 del capítulo 4 de este trabajo.

<sup>333</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *The International Bill of Human Rights*, Fact Sheet No.2 (Rev.1), p. 1-2.

proyectos de artículos de ambos instrumentos. En su segunda sesión, celebrada en diciembre de 1947, la Comisión decidió nombrar como ‘Carta Internacional de Derechos Humanos’ a la serie de documentos que se estaban preparando y estableció tres grupos de trabajo: uno para la Declaración, otro para la Convención (renombrada como Convenio) y otro más para la implementación. La Comisión revisó el proyecto de artículos de la Declaración en su tercera sesión en mayo/junio de 1948; sin embargo, no tuvo tiempo para considerar las cuestiones relativas al Convenio y su implementación.<sup>334</sup> La Declaración fue remitida a la Asamblea General por conducto del Consejo Económico y Social y aprobada por ésta en la Resolución 217A (III), de 10 de diciembre de 1948.

El reconocimiento internacional de los derechos humanos implicó “la humanización del orden internacional, evidente en la vigencia de normas internacionales generales respecto de los derechos fundamentales de la persona y del derecho de los pueblos a su libre determinación”.<sup>335</sup> Y, la garantía del disfrute efectivo de los derechos humanos se convirtió en el objetivo inmediato y único de los sistemas de protección de los derechos humanos y en una de las prioridades de la Comunidad Internacional, tal y como lo expresó la Resolución 48/141 de 1994 de la Asamblea General de las Naciones Unidas: ‘la promoción y la protección de todos los derechos humanos es una de las prioridades de la Comunidad Internacional’. De este modo, podemos afirmar que los derechos humanos se han convertido en una preocupación central de la sociedad internacional. En palabras de Díaz Barrado “la inclusión de los derechos humanos en la agenda internacional como una cuestión no sólo relevante sino, incluso, prioritaria, revela, entre otros muchos factores, que estamos en una etapa diferente a la sociedad internacional contemporánea y que se ha producido el salto natural a un nuevo período de las relaciones internacionales [...] la *sociedad internacional del tiempo presente*”.<sup>336</sup>

### **1.10 Obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos**

La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales: la Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (artículo 1), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1), la Carta Social Europea (Preámbulo), la Carta

---

<sup>334</sup> *Ídem.*

<sup>335</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 197.

<sup>336</sup> Díaz Barrado, Cástor Miguel, Los derechos humanos en el plano internacional: balance a los inicios de un nuevo siglo, en VV.AA., *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid: Dykinson, 2008, Vol. III, p. 482.

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 1), y la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2).

En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH ha señalado que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos humanos, de tal modo que toda violación que pueda ser atribuida, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. Lo anterior, sin perjuicio de que la autoridad del Estado de que se trate haya actuado en contravención de disposiciones de derecho interno, puesto que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.<sup>337</sup>

Asimismo, la CIDH ha manifestado que “un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”.<sup>338</sup> Este deber implica que el Estado debe adoptar todas las medidas para que lo establecido en el tratado internacional de que se trate sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno,<sup>339</sup> lo cual, a su vez, implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación de las garantías previstas en el tratado de derechos humanos; y, por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.<sup>340</sup>

En el ámbito europeo, la CEDH ha indicado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CoEDH) no sólo obliga a las autoridades de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que contiene, tal y como lo establecen los artículos 1 y 14, sino que, además, tiene como efecto que las autoridades prevengan o reparen cualquier violación de niveles subordinados, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades.<sup>341</sup>

El Comité de Derechos Humanos, por su parte, ha observado que aunque el artículo 2 del PIDCP deja al arbitrio de los Estados la elección del método de aplicación del Pacto en sus

---

<sup>337</sup> CIDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 163; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párr. 154; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72, párr. 178; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C, No. 22, párr. 56.

<sup>338</sup> CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 77.

<sup>339</sup> *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, *op.cit.*, nota 337, párr. 164; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 94, párr. 213; *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, No. 97, párr. 59.

<sup>340</sup> *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, *op.cit.*, nota 337, párr. 165; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *op.cit.*, nota 337, párr. 180; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párr. 178.

<sup>341</sup> CEDH, *Caso de Irlanda vs. Reino Unido*, demanda no. 5310/71, sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 239.

territorios, esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados también están obligados a garantizar el goce de esos derechos, para lo cual deben realizar actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto.<sup>342</sup>

Por otro lado, también es preciso destacar que la obligación de respetar los derechos humanos no sólo vincula a los Estados sino también a los particulares,<sup>343</sup> quienes deben respetar los derechos humanos con base en la legislación interna que los Estados dicten para cumplir con su obligación internacional de respeto a estos derechos. Al respecto, la CIDH ha sostenido, respecto a la exigibilidad de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, que aunque “en principio, es imputable al Estado toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [...], no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos”. Ello en virtud de que

“un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.<sup>344</sup>

En el ámbito europeo, la CEDH ha considerado que, a pesar de que el objeto del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del CoEDH se refiere principalmente a la obligación de los Estados de proteger a los individuos contra interferencias arbitrarias de autoridades públicas, también existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar, que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada inclusive en las relaciones entre individuos.<sup>345</sup>

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que los Estados deben sancionar la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes cometidos por funcionarios públicos, otras personas que actúen en nombre del Estado y

---

<sup>342</sup> Comité de Derechos Humanos, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2)*, Observación General No. 3, 29 de julio de 1981, párr. 1-2.

<sup>343</sup> La teoría del *Drittwirkung* señala que la obligación de respetar los derechos fundamentales, que se derivan de la dignidad humana y se sitúan en la base de toda comunidad humana, vincula no sólo al Estado en sus relaciones con los particulares, sino también tiene plena vigencia en las relaciones entre particulares. Véase, entre otros, De Domingo Pérez, Tomás, El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 7, Nº 11, 2002, p. 253 y ss.

<sup>344</sup> CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C, No. 4, párr. 172; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 8, párr. 181, 182, 187.

<sup>345</sup> CEDH, *Caso de X y Y vs. Países Bajos*, demanda no. 8978/80, sentencia del 26 de marzo de 1985, párr. 23.

particulares;<sup>346</sup> así como también eliminar toda discriminación practicada ya sea por las autoridades públicas, la comunidad o por personas u órganos privados.<sup>347</sup>

De este modo, tenemos que los instrumentos internacionales, universales y regionales, y la jurisprudencia internacional señalan inequívocamente que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos. Para ello, deben adoptar medidas positivas para su respeto por todas las personas sujetas a su jurisdicción, públicas o privadas, no promulgar disposiciones que los limiten, y suprimir las medidas y prácticas que los restrinjan o vulneren.

### 1.11 Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos

A partir de la internacionalización de los derechos humanos, el Estado tiene obligaciones internacionales de respeto de los derechos humanos de *todas* las personas bajo su jurisdicción, sean nacionales o extranjeras, las cuales se irán concretando en diversos instrumentos jurídicos internacionales, desde la Carta de las Naciones Unidas, pasando por múltiples tratados internacionales, hasta resoluciones de la Asamblea General de NU u otros. Las obligaciones en materia de derechos humanos se encuentran en diferentes fuentes del derecho, llevando a poder distinguir entre un régimen internacional convencional y un régimen internacional general. El primero estaría formado por tratados internacionales, universales y regionales, que pueden contener normas primarias y secundarias, las cuales permiten tanto la exigencia de responsabilidad mediante reclamaciones interestatales como reclamaciones del particular. En cuanto al régimen internacional general de derechos humanos no hay un claro consenso doctrinal. Ni sobre sus fuentes, que según la doctrina son la costumbre internacional, los principios generales de derechos o ambos, ni sobre su contenido pues es una tarea controvertida la identificación del núcleo duro de derechos humanos fundamentales que formaría este Derecho Internacional general.

Las obligaciones internacionales que los Estados contraen en materia de derechos humanos difieren a las que contraen en otros ámbitos. En primer término, por el *objeto protegido*. El Estado asume obligaciones con respecto a las personas bajo su jurisdicción (relación vertical), lo que las diferencia de otras obligaciones que generarían obligaciones únicamente respecto a otros Estados (relación horizontal). Esto, junto al interés jurídico protegido que es un interés general: la dignidad humana, conlleva en segundo término a que se diferencien del resto de obligaciones por su *naturaleza*. Son obligaciones *erga omnes* (por oposición a *erga singulos*), que, de acuerdo con el *dictum* de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, se contraen ante toda la Comunidad Internacional e incorporan valores esenciales para ésta por proteger derechos esenciales, siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento.<sup>348</sup> Esto significa que el Estado las asume frente al resto de Estados, los cuales, dependiendo el origen de la obligación, podrán ser los que son Partes de un tratado universal o cuasi universal (*erga*

---

<sup>346</sup> Comité de Derechos Humanos, *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Observación General No. 20, 1992, párr. 13.

<sup>347</sup> Comité de Derechos Humanos, *No discriminación*, Observación General No. 18, 10 de noviembre de 1989, párr. 9-10.

<sup>348</sup> CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)* Nueva Demanda: 1962, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, p. 32, párr. 33.

*omnes contractantes*), en el caso del Derecho Internacional particular, o los que conforman la Comunidad Internacional, en el caso del Derecho Internacional general (*erga omnes*).<sup>349</sup>

En tercer lugar, *en su relación con otras obligaciones internacionales*. El cumplimiento de los instrumentos relativos a los derechos humanos, a diferencia de otro tipo de tratados internacionales, no puede exigirse con base en la reciprocidad entre Estados. Esto significa que el hecho de que una parte incumpla con sus obligaciones respecto a un tratado de derechos humanos, no da derecho a las otras partes a incumplir el mismo. Lo anterior se debe principalmente a que, si bien la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se contrae frente a otros Estados, los beneficiarios del cumplimiento del tratado son las personas bajo la jurisdicción de los Estados. Por ello, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos deben cumplirse de buena fe por los Estados.<sup>350</sup> De esta manera, quedan sobrepasadas las obligaciones recíprocas, que son las que fundamentan las relaciones de Estado a Estado. En este sentido, puede entenderse la afirmación de que los derechos humanos desplazan la lógica interestatal. A esto se refirió expresamente la CIJ en su famoso *dictum* del caso *Barcelona Traction*. No obstante, no hay consenso de qué obligaciones tienen tal carácter en el marco del Derecho Internacional general ni, sobre todo, las consecuencias que en el plano de las normas secundarias se derivan de la violación de una obligación de tal naturaleza.

En cuarto lugar, *en cuanto a su rango o carácter*. También por proteger intereses generales de la Comunidad Internacional en su conjunto, algunas de estas obligaciones tienen un rango de normas imperativas, perentorias o de *ius cogens*, que no admiten acuerdo en contrario sino por otra norma considerada como tal por la Comunidad Internacional en su conjunto.<sup>351</sup> En este punto vuelven a darse posiciones encontradas, pues tampoco hay consenso en la identificación de los derechos humanos que tendrían tal carácter. Serían en el fondo los derechos humanos del Derecho Internacional general.

### **1.12 La protección de los derechos humanos de los extranjeros a partir de la internacionalización de los derechos humanos**

---

<sup>349</sup> Cebada Romero, Alicia. Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No.4, 2002, p. 3.

<sup>350</sup> Esta regla excepcional está prevista en el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual señala: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”. Asimismo, conviene resaltar lo dispuesto por el artículo 50.1, inciso b), del Proyecto de artículos relativo a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, el cual señala: “Las contramedidas no afectarán: b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales”. De este modo, en ambas disposiciones se busca resaltar, por un lado, la importancia de los tratados de derechos humanos respecto a otros tratados internacionales y, por otro, que las obligaciones de derechos humanos deben ser respetadas bajo cualquier circunstancia. La jurisprudencia internacional también se ha pronunciado en este sentido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982 “*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*”, Serie A, no. 2, párr. 29.

<sup>351</sup> Véanse los artículos 53 y 64 de la CV69.

Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos de los extranjeros quedó vinculada a esta rama del Derecho Internacional. En consecuencia, los extranjeros, como seres humanos que son, están cubiertos generalmente por todas las previsiones de derechos humanos, con las excepciones generalmente aceptadas (por ejemplo el goce de los derechos políticos) y que se encuentran señaladas en las referidas previsiones.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se articula en el *Código Internacional de los Derechos Humanos*, el cual es un conjunto de normas sustantivas y adjetivas formado por 143 tratados internacionales y protocolos de derechos humanos que crean obligaciones jurídicas concretas para los Estados partes de los mismos. Este Código no se agota en los tratados internacionales de derechos humanos, sino que se completa con otros instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido aprobados por resoluciones de los órganos correspondientes de las organizaciones internacionales. Tales instrumentos adoptan la forma de declaraciones, reglas mínimas, conjuntos de principios, recomendaciones, resoluciones o decisiones y no tienen el mismo valor jurídico que los tratados internacionales de derechos humanos. Este Código pone en funcionamiento un entramado institucional que se encarga de supervisar, controlar y garantizar el buen cumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados y su objetivo es “el fomento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades”.<sup>352</sup>

Asimismo, los extranjeros también están protegidos por otros mecanismos de Derecho Internacional como la protección diplomática y, para el caso de los inversionistas, por el cuerpo normativo de inversión extranjera desarrollado. En los próximos capítulos se estudiarán a detalle la protección diplomática, el mecanismo de defensa de los derechos de los extranjeros más importante hasta antes de la llegada de los derechos humanos –y su función contemporánea en la defensa de los derechos humanos de los extranjeros–, así como también las normas de derechos humanos más relevantes para la protección de los derechos de los extranjeros, en especial en su faceta como trabajadores migrantes.

## Conclusión

La protección de los derechos de los extranjeros cuenta con numerosos antecedentes tanto en el derecho interno como en el internacional. En este recorrido por la historia de los derechos de los extranjeros se ha corroborado que desde tiempos antiguos los extranjeros han tenido una posición de vulnerabilidad. Asimismo, se ha mostrado que toda vez que la protección internacional de los derechos de los extranjeros se desarrolló de forma paralela al Derecho Internacional del Comercio, históricamente la protección de los derechos de los extranjeros ha sido una protección para comerciantes, inversionistas y, en general, gente de negocios, y no para extranjeros necesitados de ayuda humanitaria. De este modo, la historia de los derechos de los extranjeros empezó como la historia de los derechos de un grupo de ‘privilegiados’.

---

<sup>352</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2006, p. 92.



Actualmente esta situación ha cambiado. No sólo hay ejemplos de protección a nacionales ‘no privilegiados’ (por ejemplo véase el Caso Avena), sino que existen tratados internacionales dirigidos a proteger a grupos vulnerables de extranjeros, por ejemplo apátridas, refugiados, solicitantes de asilo y trabajadores migrantes. No obstante, poco se ha hecho para identificar las necesidades comunes de estos extranjeros en situación de vulnerabilidad y abordar los problemas que enfrentan los grupos marginalizados como los solicitantes de asilo y refugio rechazados, los trabajadores migrantes irregulares y los extranjeros que son víctimas de la trata de personas. Aún más, a pesar de que actualmente hay tratados universales y regionales de derechos humanos que extienden su protección a todas las personas dentro de los territorios de los Estados partes, no existe ningún tratado (fuera del ámbito de la inversión extranjera) dirigido a proveer a los extranjeros (como grupo humano) con recursos para proteger los derechos humanos que internacionalmente tienen reconocidos.

Por lo anterior, es útil reunir las piezas del enorme rompecabezas que configuran la historia de los derechos de los extranjeros con el fin de revelar un cuerpo general de Derecho Internacional que proteja a grupos de extranjeros marginalizados como los migrantes irregulares. Estas piezas, como se ha visto en este capítulo y se hará en los siguientes, pueden encontrarse en áreas tan dispares del Derecho como el derecho romano, el derecho comercial medieval, la práctica de los Estados europeos occidentales en los días del imperialismo, la práctica de los tratados comerciales de los siglos XIX y XX, las prácticas de arbitraje tras la Primera Guerra Mundial y, más recientemente, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha evolucionado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, tanto a nivel universal como regional.



**DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA  
A LOS DERECHOS HUMANOS**

*Índice*

**Introducción**

**2.1 Antecedentes**

2.1.1 Doctrina del trato nacional

2.1.2 Doctrina del estándar mínimo internacional

2.1.3 Consolidación del principio de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a la persona y los bienes de los extranjeros

**2.2 Evolución de la codificación**

2.2.1 Ámbito regional

2.2.2 Ámbito universal

2.2.2.1 Sociedad de Naciones

2.2.2.2 Naciones Unidas

**2.3 Definiciones y diferencias con figuras afines**

2.3.1 Definiciones

2.3.2 La definición del proyecto de 2006 y diferenciación con figuras afines: asistencia diplomática, asistencia consular y protección consular

**2.4 Naturaleza jurídica**

2.4.1 El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática

2.4.1.1 Un derecho subjetivo de protección del Estado

2.4.1.2 Un derecho discrecional del Estado

2.4.2 El derecho subjetivo lesionado del individuo subyacente

2.4.3 ¿Deber de los Estados?

**2.5 Condiciones de ejercicio**

2.5.1 Nacionalidad de la reclamación

2.5.2 Agotamiento de los recursos disponibles en el derecho interno

**2.6 Protección diplomática y obligaciones *erga omnes***

2.6.1 Proyecto sobre protección diplomática

2.6.2 Proyecto sobre responsabilidad internacional

**2.7 Protección diplomática y derechos humanos**

2.7.1 Individuos en general

2.7.2 Extranjeros

**Conclusión**

## Introducción

El tradicional ‘Derecho entre Naciones’ (*Jus inter Gentes*)<sup>1</sup> dejaba casi a la entera discreción de los Estados el tema del tratamiento de sus nacionales, quienes no tenían derechos directos u obligaciones en el ámbito internacional y, por tanto, dependían por entero de su Estado para la internacionalización de cualquier reclamación en la que estuvieran involucrados.<sup>2</sup> En congruencia, más que reconocer que los individuos tenían ciertos derechos, los relacionaba con los Estados – Nación a través del vínculo de la nacionalidad. Si un Estado cometía un daño contra un individuo que era un extranjero y éste no obtenía la reparación correspondiente, se asumía que el daño se había hecho al Estado de su nacionalidad. Una vez que dos Estados quedaban involucrados, el Derecho Internacional abordaba el problema a través de sus mecanismos normales: el arbitraje, la protección diplomática e, incluso, la guerra. De esta forma, el extranjero por sí mismo no tenía derecho alguno reconocido por el Derecho Internacional contra el Estado receptor, pero, a través de la ficción enunciada por Vattel en 1758, se convertía en el agente necesario para canalizar el daño original del nivel interno al internacional.

La protección diplomática fue el principal medio de protección internacional de los derechos de los extranjeros desde finales del siglo XVIII hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. A partir de este momento, el sistema legal internacional experimenta un cambio sustancial en lo relativo al estatus de los individuos. Desde esta época, podemos encontrar, de un lado, algunos casos en que una persona puede incurrir en responsabilidad internacional *strictu sensu*, a título individual, en el marco del Derecho Penal Internacional por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio, tortura, etc.;<sup>3</sup> y, de otro, la

---

<sup>1</sup> El término ‘*Jus inter Gentes*’ debe su origen a Richard Zouche (1590-1660) y Samuel Rachel (1628-1691), primeros positivistas del Derecho Internacional que descartaron el término clásico ‘*Jus Gentium*’ por su ambigüedad. No obstante, el término ‘*Jus inter Gentes*’ ya había sido sugerido por Vitoria quien, citando a Gayo, define el ‘*Jus Gentium*’ como “lo que la razón natural ha establecido *entre todas las naciones*” (*inter omnes gentes*). Nussbaum, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, New York: Macmillan, 1947, p. 59, 119-125, 135-136. El término ‘Derecho Internacional’ fue acuñado en 1789 por Bentham, quien lo usó para denominar a “las transacciones mutuas *entre soberanos*”. Señala que el término *Jus Gentium* es “una apelación tan atípica que, si no fuera por la fuerza de la costumbre, parecería más bien referirse al Derecho interno”. Incluso, apunta que “lo comúnmente llamado *Jus Gentium*, mejor debe ser llamado *Jus inter Gentes*”. Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, edición de J. H. Burns & H. L. A. Hart, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 296.

<sup>2</sup> Hay excepciones a esta aseveración pues es posible encontrar algunos ejemplos de órganos jurisdiccionales ante los que fue posible la presentación de verdaderas reclamaciones a título individual antes de 1945: ante el Tribunal Internacional de Presas Marítimas, cuya creación estuvo prevista en el Convenio XII de La Haya de 1907 (nunca entró en vigor); ante el Tribunal de Justicia Centroamericano establecido en Costa Rica por el Convenio de 1907; ante el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia creado por el Convenio germano-polaco de 1922; ante los Tribunales arbitrales mixtos creados por los Tratados de paz de 1919-20, entre otros. Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, p. 215-216.

<sup>3</sup> Como señala L. Sohn, el enjuiciamiento de los criminales de guerra en los Tribunales de Nuremberg y Tokio “indicó que el Derecho Internacional no se ocupaba solamente de las acciones de los Estados soberanos, sino que imponía deberes y responsabilidades a individuos y Estados”. Sohn, L., *The New International Law: Protection of the Rights of the Individuals Rather than States*, *American University Law Review*, Vol. 32, 1982, p. 10. Esta tendencia fue más tarde confirmada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. 95, UN Doc. A/64/Add.1, 1947, Res. 3314, 29 UN GAOR Supp., no. 31, p.142, UN Doc. A/9631, 1974); la Comisión de Derecho Internacional (Reporte de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea

tendencia de reconocer a los individuos derechos directos en la arena internacional al desarrollarse un nuevo estándar para su protección, motivado en buena medida por el deseo de prevenir nuevos crímenes en contra de la humanidad.

Se reconocieron derechos sustantivos a la persona humana, primero en el ámbito de los derechos humanos,<sup>4</sup> posteriormente en el de la inversión extranjera,<sup>5</sup> y más recientemente en otros campos como el derecho consular<sup>6</sup> y los sistemas regionales de integración.<sup>7</sup> Un importante y revolucionario aspecto de esta tendencia fue el reconocimiento de derechos procedimentales a los individuos en el marco del Derecho Internacional particular. Se dio a la persona humana la posibilidad de defender sus derechos humanos reconocidos internacionalmente a través de la presentación de quejas, reclamaciones o peticiones ante organismos internacionales universales y regionales.<sup>8</sup> Se establecieron mecanismos para el arreglo de disputas relativas a inversión.<sup>9</sup> Y se crearon tribunales y comisiones *ad hoc* para

---

General, 4 UN GAOR Supp., No.10, p. 1, UN Doc. A/925, 1949); y alcanzó su cúspide con el establecimiento de la Corte Penal Internacional bajo el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998 (en vigor desde el 1 de julio de 2002). Sobre este tema, véase el curso de la profesora Victoria Abellán Honrubia, *La responsabilité internationale de l'individu*, *Recueil des Cours*, Vol. 280, 1999, p. 135-428.

<sup>4</sup> Destacan como tratados internacionales de aceptación general que otorgan derechos sustantivos a todas las personas: a nivel *universal*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de 1966; a nivel *regional*, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Carta Africana de Derechos Humanos de 1981.

<sup>5</sup> Destacan como tratados internacionales que otorgan derechos sustantivos a los inversionistas: a nivel *universal*, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, el cual ha tenido una importancia esencial en el establecimiento de un marco legal de protección para los inversionistas extranjeros frente al Estado de inversión; a nivel *bilateral*, los múltiples convenios sobre fomento y protección de la inversión que han proliferado a partir de 1960 y han garantizado seguridad en las inversiones extranjeras al clarificar y complementar el derecho internacional consuetudinario en la materia, en especial en lo relativo a la transferencia de utilidades y capital y la indemnización en caso de expropiación; a nivel *multilateral*, los tratados de inversión que proporcionan derechos sustanciales a los inversionistas y que se han multiplicado en las últimas décadas (por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1992 (capítulo XI, Parte A).

<sup>6</sup> Los casos *Breard*, *Lagrand* y *Avena*, llevados ante la CIJ por Paraguay, Alemania y México contra EE.UU., respectivamente, por violaciones de la CV63, tuvieron dos importantes consecuencias. La *primera*, que la CIJ reconociera en *Lagrand* (párr.77), y lo confirmara en *Avena* (párr.40), que el artículo 36 de la CV63 crea *derechos individuales*, si bien evitó pronunciarse sobre su consideración como *derecho humano*. La *segunda*, que reconociera en *Avena* (párr. 40) la posibilidad de que bajo una reclamación de protección diplomática puedan subyacer tanto derechos estatales como individuales y, aún más, que tales derechos sean interdependientes. CIJ, *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001; *Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América)*, sentencia de 31 de marzo de 2004.

<sup>7</sup> En el ámbito regional también han surgido derechos individuales. Destaca el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a ser protegidos diplomáticamente (en sentido amplio) por otros Estados de la Unión, distintos al de su nacionalidad. Al respecto, véanse el artículo 35 (antiguo artículo 20 TUE) de la Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (DO C 83 de 30 de marzo de 2010) y los artículos 20.2, c), (antiguo artículo 17 TCE) y 23 (antiguo artículo 20 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83 de 30 de marzo de 2010).

<sup>8</sup> Por ejemplo, ante el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros.

<sup>9</sup> El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, el tratado *universal* en la materia, permite a las empresas, a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), iniciar un proceso contra el Estado donde se

tratar las reclamaciones internacionales de los nacionales de un Estado contra otro, derivadas de una situación de crisis o conflicto entre ambos Estados.<sup>10</sup>

Los desarrollos anteriores reflejan una notoria evolución de la posición del individuo en el orden legal internacional. Sin embargo, lejos de sustituir o convertir a la protección diplomática en un mecanismo obsoleto del Derecho Internacional tradicional, han resaltado su importancia contemporánea como uno de los mecanismos de defensa de esos derechos individuales que se han reconocido al individuo a partir de 1945, en especial de los derechos humanos si se considera la aún limitada capacidad procesal del individuo en este respecto. Prueba de ello es que la CDI haya retomado el estudio de su codificación desde 1996, para la cual expresamente acordó tomar en cuenta “el desarrollo del Derecho Internacional, que reconoce y protege cada vez más los derechos de las personas y les proporciona un acceso más directo, pero también indirecto, a los foros internacionales para que puedan hacer efectivos sus derechos”.<sup>11</sup>

El objetivo de este capítulo es estudiar cómo ha evolucionado el mecanismo de protección de los derechos de los extranjeros más importante hasta 1945, hasta llegar a su faceta contemporánea como mecanismo de defensa de los derechos humanos de estas personas. La tesis central es que si bien el individuo actualmente cuenta con algunos mecanismos para defender los derechos individuales que tiene reconocidos internacionalmente, su capacidad aún es limitada, especialmente en lo que a derechos humanos se refiere. Por ello, es importante defender la protección diplomática como un mecanismo viable para la protección de los derechos humanos de los extranjeros. Esto cobra mayor relevancia si se considera que actualmente los extranjeros cuyos derechos son comúnmente atropellados se acercan más a la figura de los trabajadores migrantes, regulares e irregulares, que a la de los adinerados inversionistas o comerciantes por quienes en el pasado los Estados incluso declaraban la guerra.

## 2.1 Antecedentes

El origen del derecho del Estado a proteger diplomáticamente a sus nacionales en el extranjero tiene arraigados orígenes históricos. Sus antecedentes se pueden rastrear en la

---

encuentran sus inversiones, siempre que el Estado demandado y el de la nacionalidad de la empresa hayan consentido el procedimiento (arts. 1 y 25, apartado 1). Asimismo, muchos de los convenios *bilaterales* sobre fomento y protección de la inversión contienen una disposición que prevé que en caso de controversia entre el inversionista y el Estado receptor, uno u otro puedan recurrir para resolverla al CIADI. En los tratados *multilaterales* de inversión también es común encontrar procedimientos de solución de controversias accesibles para los inversionistas. Por ejemplo, el TLCAN prevé en su capítulo XI, Parte B, el acceso directo de los inversionistas a un mecanismo internacional de resolución de controversias en contra del Estado receptor (art.1115).

<sup>10</sup> Los dos ejemplos más relevantes son el *Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.*, creado por los Acuerdos de Argel, de 18 de enero de 1981, como una de las medidas para resolver la crisis de los ciudadanos estadounidenses tomados como rehenes en la embajada de su país en Teherán en 1979; y la extinta *Comisión de Compensación de las Naciones Unidas*, creada en 1991 para examinar las demandas de compensación y abonar las indemnizaciones a las víctimas de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por Irak.

<sup>11</sup> CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 50° período de sesiones, 1998, Vol. II (2ª Parte), A/CN.4/SER.A/1998/Add.1, p. 52, párr. 108, d).

Edad Media con la figura de las ‘cartas de represalia’,<sup>12</sup> cuyo uso decaería con la aparición del Estado moderno. Desde el siglo XVI los Estados europeos empezaron a involucrarse más en la supervisión de las actividades de sus nacionales en el exterior. Este período concuerda con la era del mercantilismo, doctrina basada en la tesis de que el crecimiento económico de un país se consigue necesariamente a costa del de otros. Uno de los efectos de la doctrina económica imperante fue la consideración de que la pérdida sufrida por un individuo –normalmente comerciantes– en un Estado extranjero también era una pérdida para su nación.<sup>13</sup>

Para el siglo XVIII, la vida internacional ya se había expandido considerablemente: la colonización de otras partes del mundo fuera de Europa había sido exitosa y el comercio con el exterior se había convertido en un importante elemento del sistema económico de un buen número de Estados. La noción de que la pérdida sufrida por un individuo en un Estado extranjero también era una pérdida para su nación evolucionó al punto de que la doctrina legal internacional reconoció expresamente el deber de los Estados de proteger a sus nacionales en el extranjero. Como se sabe, Vattel, en su tratado *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle* de 1758, sentó la base doctrinal de la protección diplomática al señalar que:

“Cualquiera que maltrate a un ciudadano, perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano. El soberano del ciudadano perjudicado debe vengar el daño y, de ser posible, forzar al agresor a satisfacer plenamente la reparación o castigarlo, ya que de otra forma el ciudadano no obtendría el principal propósito de la asociación, la seguridad”.<sup>14</sup>

Esta tesis se convirtió en la base sustancial para la práctica de la protección diplomática de los ciudadanos en el extranjero, la cual empezaría a desarrollarse desde inicios del siglo XIX. Como señala Dunn:

“Para esta época, el marco conceptual del Derecho Internacional ya estaba bien cristalizado. Las doctrinas fundamentales del sistema jurídico habían sido elaboradas en contra del antecedente de un mundo más o menos estático de comunidades localizadas, aisladas y regidas por un soberano. En el siglo XIX, ese antecedente cambió radicalmente y con él, las necesidades prácticas del sistema legal. Sin embargo, la estructura básica conceptual del sistema permaneció casi sin cambios. Por tanto, encontramos que la temprana historia de la institución de la protección diplomática está largamente representada por sus intentos de lidiar con un nuevo conjunto de necesidades prácticas y conflictos de interés, en términos de las viejas doctrinas y los estándares desarrollados para cubrir los requerimientos de un tipo diferente de civilización”.<sup>15</sup>

Los principales factores que impulsaron el desarrollo del cuerpo de leyes que regulaban el tratamiento de los extranjeros y, con ello, de la institución de la protección diplomática

---

<sup>12</sup> A través de estas cartas, un soberano autorizaba a su súbdito en otro feudo a emprender medidas coercitivas de autodefensa con el fin de obtener la reparación de los daños que se le hubieran causado en ese feudo, siempre que antes hubiese intentado obtener dicha reparación por todos los medios legales disponibles. Véase la sección 1.2.2 del capítulo 1 de este trabajo.

<sup>13</sup> Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984, p. 8-9.

<sup>14</sup> Vattel, Emer de, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, London: G.G. and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797, p. 136.

<sup>15</sup> Dunn, Frederick Sherwood, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1932, p. 46.

fueron: el crecimiento de la variedad de medios de comunicación; la introducción de la tecnología mecánica; la industrialización, que provocó que los individuos viajaran a otras partes del mundo en busca de materias primas para después venderlas ya manufacturadas; y la apertura de los Estados occidentales al comercio internacional, especialmente con los Estados recién independizados y con bastas cantidades de materias primas y otros recursos necesarios para la vida económica en Europa y la apertura de sus mercados de bienes.<sup>16</sup>

Lo anterior tuvo como consecuencia la aparición de grandes cantidades de extranjeros y sus propiedades dentro de la jurisdicción territorial de otros Estados y, con ello, el surgimiento de numerosos conflictos de interés, controversias y disputas sobre el ejercicio de la jurisdicción de esos extranjeros. Se dieron numerosas acusaciones de trato injusto a los extranjeros y, con el tiempo y la acumulación de precedentes, se convirtió en costumbre el enmarcar como derechos legales las reclamaciones por trato injusto a los extranjeros, derivadas de violaciones del Derecho Internacional. Esta costumbre fue fomentada con la inclusión en los tratados comerciales de disposiciones que requerían la protección de las vidas y propiedades de los nacionales de cada parte contratante en el territorio del otro. Para mediados del siglo XIX, los Estados ya habían empezado a tratar la protección de sus nacionales en el extranjero como una cuestión legal que justificaba su intervención, apelando a los principios del Derecho Internacional, independientemente de la fuente de la que se derivara. El arreglo de las disputas de esta naturaleza gradualmente se fue convirtiendo en objeto de métodos legales y la institución de la protección diplomática “se arraigó para todos los propósitos prácticos”.<sup>17</sup>

A la par, se fue desarrollando un desacuerdo respecto al ejercicio justificado de la protección diplomática entre los Estados poderosos y los pequeños, especialmente los latinoamericanos de reciente creación y con instituciones de dudosa justicia y eficacia a los ojos de los extranjeros y sus Estados poderosos. Las reclamaciones entabladas en contra de los Estados latinoamericanos empezaron a exceder, por mucho, las reclamaciones interpuestas contra otros Estados, lo cual asentó la percepción en el ámbito latinoamericano de que la protección diplomática era una institución usada por las Potencias imperialistas especialmente en contra de los Estados débiles. Aún más, el siglo XIX vio la segunda gran ola de colonialismo occidental y había un miedo constante entre los Estados pequeños de que las reclamaciones relacionadas con la falta de protección de los nacionales de las grandes potencias en sus territorios fueran usadas como pretexto para invadirlos militarmente.<sup>18</sup> Y la realidad fue así. Destacan las intervenciones fundadas en tal motivo de Francia en México en 1838 y 1861, de Alemania, Italia y Gran Bretaña en Venezuela en 1902-03 y las intervenciones estadounidenses en República Dominicana en 1904 y en Haití en 1915.

Asimismo, no deja de llamar la atención la grande lista de compensaciones económicas obtenidas por las Potencias imperialistas en los tribunales arbitrales establecidos para el arreglo de reclamaciones por daños causados a los extranjeros. El recurso de arbitraje

---

<sup>16</sup> Amerasinghe, Chittharanjan F., *Diplomatic Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 13.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>18</sup> Dunn, Frederick Sherwood, 1932, *op.cit.*, nota 15, p. 55-56.



internacional usado para estos fines, y que empezó con el Tratado de Jay de 1794,<sup>19</sup> se convirtió en un medio usado frecuentemente en el siglo XIX e inicios del XX en aquellos casos en los que fallaban las negociaciones. Los arbitrajes eran llevados como procedimientos judiciales: los miembros de los tribunales actuaban como jueces y apoyaban sus decisiones en las reglas y los principios del Derecho Internacional. El arbitraje se convirtió en un instrumento de la protección diplomática y produjo un vasto cuerpo de precedentes judiciales. Algunos ejemplos del uso generalizado del arbitraje para obtener jugosas compensaciones son los llevados a cabo entre México y Estados Unidos bajo las convenciones de 1839, 1848, 1868 y 1923; los arbitrajes con Venezuela en 1903 en los que las reclamaciones de diez países fueron dirimidas a través de este recurso; los arbitrajes de Estados Unidos con Colombia en 1865 y 1874, con Chile en 1892, con Costa Rica en 1860, con Ecuador en 1862, con Perú en 1863 y 1868 y con Venezuela en 1888.<sup>20</sup>

Como la historia pasada<sup>21</sup> lo demuestra, los Estados poderosos, bajo pretexto de velar legítimamente por los derechos de sus nacionales violados en un Estado extranjero, esencialmente sus derechos como inversionistas e intereses económicos, hicieron un uso abusivo de la institución para mostrar su poderío sobre los Estados más débiles, dando lugar a la llamada ‘diplomacia de los cañones’ o ‘diplomacia del dólar’, ligada estrechamente al Imperialismo.<sup>22</sup> De este modo, en la práctica sólo los nacionales de los Estados occidentales poderosos podían acceder a este mecanismo de protección de sus derechos, ya que sólo esos Estados estaban dispuestos a ejercer la acción diplomática contra aquéllos que habían lesionado la persona o bienes de sus nacionales.

A esto se refirió el juez mexicano Padilla Nervo en su voto particular en el asunto de la *Barcelona Traction*:

“La historia de la responsabilidad internacional de los Estados respecto al tratamiento de los extranjeros es una historia de abusos, interferencias ilegales en la jurisdicción doméstica de los Estados más débiles, reclamaciones injustas, amenazas, agresiones militares bajo la bandera de ejercitar los derechos de protección, así como de imposición de sanciones con el fin de obligar a un gobierno a hacer las reparaciones demandadas. Los acuerdos especiales para establecer tribunales arbitrales fueron concluidos, en muchas ocasiones, bajo *presión* de amenazas políticas, económicas o militares. Los Estados que ejercían la protección, en varios casos, estaban más preocupados por obtener los acuerdos financieros que por preservar los principios. En contra de la presión de la protección diplomática, los Estados más débiles no podían hacer más que preservar y defender un principio de Derecho Internacional, mientras vivían bajo la apariencia de aceptar acuerdos amistosos, ya fuera otorgando las compensaciones demandadas o estableciendo comisiones de reclamación,

---

<sup>19</sup> El Tratado de Jay, de 19 de noviembre de 1794, entre Estados Unidos y Gran Bretaña, y que lleva el nombre del entonces secretario de Estado de Asuntos Exteriores estadounidense John Jay, creó la primera comisión de arbitraje para solucionar los litigios concernientes a los daños sufridos por los ciudadanos de ambos países por causa de la ruptura de buques o por otras medidas confiscatorias del gobierno enemigo en el contexto de la independencia estadounidense. Truyol y Serra, Antonio, *Historia del derecho internacional público*, versión española de Paloma García Picazo, Madrid: Tecnos, 1998, p. 78.

<sup>20</sup> Amerasinghe, Chittharanjan F., 2008, *op.cit.*, nota 16, p. 16.

<sup>21</sup> Aún en la década de 1980 hay ejemplos del uso abusivo de la institución. Por ejemplo, las intervenciones de Estados Unidos en Granada en 1983 y Panamá en 1989. Al respecto, véanse Nash Leich, Marian, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 78, No. 1 (Jan., 1984), p. 200-216 y Vol. 84, No. 2 (Apr., 1990), p. 536-549.

<sup>22</sup> Jessup, Philip C., *A Modern Law of Nations*, New York: Macmillan Co., 1948, p. 96.

las cuales tenían como punto de partida la aceptación de la responsabilidad por actos u omisiones de los que el gobierno realmente no era responsable, ni en hecho o en derecho”.<sup>23</sup>

Al respecto, el profesor Dugard señala:

“Se ha producido un abuso considerable de la protección diplomática de los extranjeros. La guerra Anglo–Boer (1899–1902) fue justificada por el Reino Unido como una intervención destinada a proteger a sus nacionales que eran propietarios de las minas de oro de Witwatersrand. La intervención militar de los Estados Unidos, so pretexto de defender a nacionales estadounidenses en América Latina, ha continuado hasta épocas recientes, como demuestran las intervenciones en Granada en 1983 y Panamá en 1989. También se ha abusado de la intervención no militar, en forma de peticiones de reparación por perjuicios causados a personas o bienes de extranjeros, aunque un autor ha sugerido que la solución de reclamaciones mediante el arbitraje a menudo salvó a Estados latinoamericanos de la intervención militar encaminada a hacer valer esas reclamaciones.”<sup>24</sup>

### 2.1.1 Doctrina del trato nacional

Los abusos en el ejercicio de la protección diplomática tuvieron como consecuencia que en Latinoamérica se desarrollara una escuela de pensamiento que se opuso vigorosamente a su uso y buscó limitarla lo más posible. En este contexto, nació la ‘doctrina del trato nacional’, la cual establece que si los extranjeros reciben el mismo trato que los nacionales, no se configura un hecho ilícito bajo el Derecho Internacional, haciendo improcedente, en consecuencia, el uso de la protección diplomática. Su exponente más destacado fue el jurista argentino Carlos Calvo quien, en su *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América* de 1868, señaló que: 1) los Estados son independientes y soberanos y deben estar libres de toda interferencia diplomática o militar por parte de otros Estados; y 2) los extranjeros no merecen más que el ‘trato nacional’, esto es, no tienen derecho a ser tratados mejor que los nacionales.<sup>25</sup>

La mayoría de Estados occidentales, y notablemente Estados Unidos, rechazó la doctrina de Calvo en el tiempo en que surgió, haciéndola, por tanto, inaceptable en el Derecho Internacional general, el cual se configura por el consenso de la gran mayoría de los Estados.<sup>26</sup> Autores clásicos de la protección diplomática como Borchard y Freeman la

---

<sup>23</sup> CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)* Nueva Demanda: 1962, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, Voto Particular del Juez Padilla Nervo, p. 246-247.

<sup>24</sup> CDI, *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *Relator Especial*, 52º período de sesiones, A/CN.4/506, 7 de marzo de 2000, párr. 14.

<sup>25</sup> Calvo, Carlos, *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*, París: A. D’Amyot, Durand et Pedone-Lauriel, 1868. Uno de los estudios más autorizados de la cláusula Calvo es el hecho por Shea, Donald R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955, 323 p., especialmente véanse p. 19-20.

<sup>26</sup> Algunos autores latinoamericanos sostienen que existe un ‘derecho regional’, producto del consenso de los Estados que forman parte de una región. El principal defensor de esta teoría ha sido el chileno Alejandro Álvarez Jofré, ex juez de la Corte Internacional de Justicia. Véase su postura en *American Society of International Law-Proceedings*, Vol. 3, 1909, p. 206-219 y ‘Latin America and International Law’, *American Journal of International Law*, Vol. 3, 1909, p. 269-353. Al respecto, también véase lo señalado por Jacobini, H. B., *A study of the philosophy of international law as seen in works of Latin American writers*, Westport, Connecticut: Hyperion Press, 1979, p. 127; Sepúlveda, César, *Las fuentes del derecho internacional*

criticaron incisivamente. Borchard enfatizó que la igualdad proclamada por esta doctrina era puramente teórica y no operaba en la práctica porque ningún Estado otorga absoluta igualdad a nacionales y extranjeros, ni está obligado a hacerlo. Asimismo, señaló que si esta doctrina era la medida de la responsabilidad internacional, entonces ésta recaía en el derecho nacional toda vez que sólo podría originarse en el caso que un Estado negara la igualdad de derechos a un extranjero, de acuerdo con su derecho interno.<sup>27</sup> Freeman resaltó que “las implicaciones a largo plazo de esta doctrina eran tan siniestras y deplorables que debería ser rechazada por la profesión por todos los medios”.<sup>28</sup>

La ‘doctrina del trato nacional’ también fue rechazada en la práctica arbitral. Por ejemplo, en el caso *Harry Roberts (EE.UU. vs. México)*, llevado ante la Comisión de Reclamaciones México-EE.UU., México fue condenado a pagar a Estados Unidos una indemnización bajo el argumento de que “la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros no es la medida de la responsabilidad internacional cuando los extranjeros no son tratados de acuerdo con *los estándares ordinarios de la civilización*”.<sup>29</sup>

A pesar del rechazo generalizado de la ‘doctrina del trato nacional’, en Latinoamérica ganó rápida aceptación y, además, evolucionó en la ‘Cláusula Calvo’, cuyos elementos son: la restricción de la protección diplomática, el trato igual entre ciudadanos y extranjeros y la absoluta jurisdicción del Estado receptor.<sup>30</sup> De hecho, varios países latinoamericanos la incluyeron unilateralmente en sus legislaciones<sup>31</sup> y constituciones,<sup>32</sup> y se convirtió en una estipulación contractual obligatoria para los extranjeros que quisieran hacer negocios en estos países, al asimilarlos con los nacionales para ciertos propósitos, hacer finales y

---

*americano: una encuesta sobre los métodos de creación de reglas internacionales en el Hemisferio Occidental*, México: Porrúa, 1975, 154 p.

<sup>27</sup> Borchard, Edwin, The “minimum standard” of the treatment of aliens, *American Society of International Law-Proceedings*, Vol. 62, 1939, p. 52 y 56. Artículo publicado también en *Michigan Law Review*, Vol. 38, No. 4, 1940, p. 445-461.

<sup>28</sup> Freeman, Alwyn V., Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge of International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 40, No. 1 (Jan., 1946), p. 121.

<sup>29</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Harry Roberts (EE.UU. vs. México)*, 2 de noviembre de 1926, Vol. IV, p. 77, 80.

<sup>30</sup> Sobre este tema, véanse Sepúlveda, César, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo*, México: UNAM, 1944; García Amador, F. V., *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad: análisis crítico de la concepción tradicional*, Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1963, p. 354 y ss.; Sepúlveda, César, *Derecho Internacional Público*, México: Porrúa, 1964, p. 192 y ss.; Sepúlveda, César, Martínez Báez, Antonio, García Robles, Alfonso, *Carlos Calvo: tres ensayos mexicanos*, México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, 79 p. Para una crítica, véanse Lipstein, K., The place of the Calvo clause in International Law, *British Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1945, p. 130-145; Feller, A. H., Some Observations on the Calvo Clause, *The American Journal of International Law*, Vol. 27, 1933, p. 461 y ss.

<sup>31</sup> Andrés Bello, famoso jurista venezolano, introdujo por primera vez en una legislación nacional la doctrina del trato nacional al elaborar el proyecto de artículos del Código Civil chileno de 1855 (art.57) que le había sido encomendado por el gobierno de ese país.

<sup>32</sup> Los resabios de esta cláusula continúan vigentes en Latinoamérica, véanse, por ejemplo, el artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993, el artículo 307 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, el artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, el artículo 320 de la Constitución de Bolivia de 2009 y el artículo 27, fracción I, de la aún vigente Constitución Mexicana de 1917.

vinculantes las decisiones de las cortes locales o, incluso, establecer su renuncia expresa al derecho de protección diplomática.

A pesar de que los tribunales arbitrales internacionales rechazaron inicialmente que la Cláusula Calvo pudiera entrañar la inadmisibilidad de una reclamación por parte del Estado de la nacionalidad del perjudicado, fue recogida en las decisiones arbitrales de la Comisión General de Reclamaciones México/EE.UU. de los casos *North American Dredging Co.*, de 1926, y la *International Fisheries Co.* de 1931,<sup>33</sup> así como el caso *The Mexican Union Railway* de 1930, decidido en la Comisión México/Reino Unido.<sup>34</sup> En estas decisiones, se estimó que el particular puede renunciar a la protección diplomática respecto a las controversias derivadas de los contratos que expresamente contienen la Cláusula Calvo, aunque tal renuncia no se extiende a otros hechos internacionalmente ilícitos en los que pueda haber incurrido el Estado contratante, incluida una posible denegación de justicia al acudir el particular a los recursos previstos en el orden interno.

La visión de Carlos Calvo fue el precedente de la llamada ‘doctrina Drago’ de no intervención en los asuntos internos de los Estados extranjeros. Esta doctrina trataba de proscribir la intervención militar para el cobro de las deudas contractuales contraídas con nacionales extranjeros. Y surgió como respuesta a las medidas tomadas por Italia, Alemania y Gran Bretaña contra Venezuela en 1902 cuando este último Estado no pagó las deudas contractuales contraídas con nacionales de esos Estados. Luis Ma. Drago, ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, impulsó la doctrina que lleva su nombre en una nota, de 29 de diciembre de 1902, dirigida a su embajador en Washington, para que la presentara al Secretario de Estado de Estados Unidos.<sup>35</sup> La nota señalaba:

“[...] el principio que la Argentina quisiera ver reconocido es que la deuda pública no pudiera provocar la intervención armada, ni mucho menos la ocupación militar del territorio de las naciones americanas por parte de una potencia de Europa”.

La postura de Estados Unidos en ese momento fue ambigua, evitando tomar partido en favor de lo dicho por Drago. Sin embargo, pocos años después, el delegado estadounidense en la Segunda Conferencia de la Haya, el general H. Porter, inspirándose en la doctrina Drago, propuso la exclusión del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, salvo en el caso de que el país deudor hubiera rechazado o dejado sin respuesta una oferta de arbitraje, hubiera hecho imposible el establecimiento del compromiso, o no se hubiera conformado a la sentencia arbitral. La propuesta presentada por Porter con el apoyo de los Estados latinoamericanos fue aceptada por casi todos los Estados representados en la Conferencia, lo cual permitió la adopción de la Convención sobre la prohibición del uso de

---

<sup>33</sup> Reports of International Arbitral Awards, *North American Dredging Company (EE.UU. vs. México)*, 31 de marzo de 1926, Vol. IV, p. 26-35; *International Fisheries Company (EE.UU. vs. México)*, Julio de 1931, Vol. IV, p. 691-746.

<sup>34</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Mexican Union Railway (Ltd.) (Gran Bretaña vs. México)*, febrero de 1930, Vol. V, p. 115-129.

<sup>35</sup> Truyol y Serra, Antonio, *op.cit.*, nota 19, p. 123; Podestá Costa, L. A. & Ruda, J. M., *Derecho Internacional Público*, Vol. I, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1985, p. 221. También véase Tamburini, Francesco, Historia y Destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Vol. 24, Valparaíso, Chile, 2002.

la fuerza para el cobro de las deudas contractuales, conocida como ‘Convención Drago-Porter’, de 30 de junio de 1907.<sup>36</sup>

Si bien la ‘doctrina Drago’ no pudo considerarse como parte del Derecho Internacional general en el tiempo en que surgió, quedó finalmente consolidada en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual prohíbe expresamente la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, lo que lleva aparejado que el empleo de la amenaza o del uso de la fuerza para el ejercicio de la protección diplomática esté expresamente prohibido. Y a nivel regional americano, quedó consolidada en el artículo 18 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que reza:

“Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen”.

### 2.1.2 Doctrina del estándar mínimo internacional

La ‘doctrina del trato nacional’ tuvo como contrapartida el desarrollo de la ‘doctrina del estándar mínimo internacional’.<sup>37</sup> Esta doctrina apoya la idea de que, no importando el trato que el Estado de a sus nacionales, hay ciertos estándares mínimos de trato humano que no pueden ser violados en relación con los extranjeros. Por tanto, si el Estado trata a los extranjeros de una forma inferior a estos estándares, se configura un hecho contrario a Derecho Internacional que justifica el ejercicio de la protección diplomática.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Véase el texto de la Convención en Brown Scott, J. (ed.), *The reports to the Hague Conferences of 1899 and 1907 / being the official explanatory and interpretative commentary accompanying the draft conventions and declarations submitted to the Conference by the several commissions charged with preparing them, together with the texts of the final acts, conventions and declarations as signed, and of the principal proposals offered by the delegations of the various powers as well as of other documents laid before the commissions*, Oxford: Clarendon Press, 1917, p. 226 y p. 226-291 (proyecto del Convenio).

<sup>37</sup> García Amador sostiene que la doctrina del estándar mínimo internacional también surgió a raíz de los abusos en el uso de la protección diplomática. García Amador, Francisco V., *State responsibility: some new problems*, *Recueil des Cours*, Vol. 94, No. II, 1958, p. 436. En este sentido, en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en la Ciudad de México en 1945, se señaló que: “la protección internacional de los derechos esenciales del hombre eliminará el uso indebido de la protección diplomática de los ciudadanos en el exterior, cuyo ejercicio ha determinado más de una vez la violación del principio de no intervención, y también el de igualdad entre nacionales y extranjeros, en cuanto a los derechos esenciales del hombre”. Secretaría de Relaciones Exteriores, *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, 2ª reimpr., México: SRE, 1990, (1ª ed. 1956), Preámbulo de la sección XL ‘Protección de los Derechos Esenciales del Hombre’, p. 52.

<sup>38</sup> Sobre el estándar mínimo internacional, véanse de entre la vasta literatura sobre el tema: Borchard, Edwin Montefiore, *The diplomatic protection of citizens abroad, or, The law of international claims*, New York: The Banks Law Pub. Co., 1922 (1ª ed. 1915), p. 39-43; Eagleton, Clyde, *The responsibility of states in international law*, New York: The New York University Press, 1928, p. 82-87; Verdross, A., *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*, *Recueil des Cours*, Vol. 37, No. III, 1931, p. 323, 348-388; Dunn, Frederick Sherwood, 1932, *op.cit.*, nota 15, p. 113-172; Freeman, Alwyn V., *The international responsibility of states for denial of justice*, London; New York, etc.: Longmans, Green and co., 1938, p. 497-570; Roth, Andreas Hans, *The minimum standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1949, p. 81-123; Briggs, Herbert W., *The law of nations; cases, documents, and notes*, 2ª ed., New York: Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 562-567; Oppenheim, Lassa, *International Law: a treatise*, 8ª ed.,

Elihu Root, Secretario de Estado de los Estados Unidos, expuso en 1910 la noción clásica de que existe un ‘estándar mínimo de derechos’ en el Derecho Internacional:

“Cada país está obligado a otorgar a los nacionales de otro país en su territorio el beneficio de las mismas leyes, la misma administración, protección, y las mismas reparaciones por los daños sufridos que otorga a sus propios ciudadanos, ni más ni menos: siempre que la protección que ese país otorgue a sus ciudadanos sea conforme al estándar establecido de civilización. *Hay un estándar de justicia muy simple, muy fundamental, y de tal aceptación general por todos los países civilizados como para formar parte del Derecho Internacional del mundo.* La condición sobre la cual un país puede medir la justicia debida a un extranjero con la justicia que otorga a sus propios ciudadanos es que su sistema de leyes y administración sea acorde con este estándar general. Si el sistema de leyes y administración de un país no es acorde con este estándar, aunque los ciudadanos de ese país puedan estar contentos u obligados a vivir bajo él, ningún otro país puede ser obligado a aceptarlo como la provisión de una medida satisfactoria de trato a sus ciudadanos”.<sup>39</sup>

En los años que siguieron a la declaración de Root, la doctrina del estándar mínimo internacional empezó a ser incorporada en la práctica internacional. Encontró expresión concreta en numerosos tratados internacionales, especialmente de amistad, comercio y navegación. Por ejemplo, el Tratado de Paz de Lausana, de 24 de julio de 1923, estableció en su artículo 2: “en Turquía los nacionales de las otras Potencias contratantes serán recibidos y tratados, en lo referente a sus personas y propiedades, de acuerdo con el Derecho Internacional ordinario”.<sup>40</sup> Asimismo, el Tratado de Amistad, Comercio y Relaciones Consulares de 1923, entre Alemania y Estados Unidos, dispuso en su artículo 1 “los nacionales de cada parte contratante deberán recibir dentro del territorio del otro [...] el grado de protección que es requerido por el Derecho Internacional”.<sup>41</sup> También el Tratado de Amistad y Establecimiento de 1928, entre Egipto y Persia, estableció en su artículo 4 “los nacionales de cada una de las Altas Partes Contratantes [...] deberán gozar,

---

H. Lauterpacht (ed.), Vol. I, London: Longmans, 1955, p. 350-352; CDI, *Primer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 8º período de sesiones, 1956, A/CN.4/96, párr. 136-144; García Amador, Francisco V., 1958, *op.cit.*, nota 37, p. 429-431; The American Law Institute, *Restatement of the law, second: foreign relations law of the United States, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C. May 26, 1962*, St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1965, p. 501-507; Amerasinghe, C. F., *State responsibility for injuries to aliens*, Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 278-281; Whiteman, Marjorie M., *Digest of international law*, Vol. 8, Washington, D.C.: Department of State, 1967, p. 697-704; Lauterpacht, Hersch, *International law and human rights*, Hamden, Conn.: Archon Books, 1968 (reimpr. de la ed. de 1950), p.121; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 510-514; Steiner, Henry J. & Vagts, Detlev F., *Transnational legal problems: materials and texts*, 2ª ed., Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1976, p. 360-530; Rousseau, Charles E., *Droit international public*, París: Sirey, 1970-1983, p. 46 y ss.; Jiménez Piernas, Carlos B., El particular ante el Derecho de la Responsabilidad Internacional: los problemas previos del standard mínimo y la protección diplomática, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1987)*, Vitoria: Universidad del País Vasco, 1989, p. 65-116; Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, p. 236-237; Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, p. 618-619.

<sup>39</sup> Root, Elihu, The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad, *The American Journal of International Law*, Vol. 4, No. 3 (Jul., 1910), p. 521-522.

<sup>40</sup> El texto de la convención se encuentra reproducido en *The American Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, Supplement: Official Documents (Apr., 1924), p. 67-74.

<sup>41</sup> El texto del tratado puede consultarse en *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, Supplement: Official Documents (Jan., 1926), p. 4-21. Para un recuento de los tratados de amistad, comercio y navegación concluidos por Estados Unidos, uno de los principales impulsores de la doctrina, durante estos años y que incorporan el estándar mínimo internacional, véase Wilson, Robert Renbert, *The international law standard in treaties of the United States*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1953, 321 p.

de igual a igual con los nacionales, la mayor protección y seguridad para sus personas, propiedades, derechos e intereses, de conformidad con el Derecho Internacional ordinario”.<sup>42</sup>

En el ámbito judicial, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el *Caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia* de 1926, también afirmó la existencia de “un Derecho Internacional generalmente aceptado en lo concerniente al tratamiento de los extranjeros y aplicable a ellos a pesar de lo señalado por las legislaciones nacionales”.<sup>43</sup> Sin embargo, la contribución más importante para la cristalización del estándar mínimo internacional vino de la práctica arbitral internacional. Las decisiones de la Comisión de Reclamaciones México-EE.UU.,<sup>44</sup> establecida con base en la Convención General de Reclamaciones de 1923, fueron especialmente relevantes.<sup>45</sup> La decisión de 1926 en el caso *Neer* se ha convertido en el caso de referencia para el estándar mínimo internacional. En este caso, la Comisión, a pesar de haber negado la reclamación estadounidense de que las autoridades mexicanas no habían actuado con diligencia para aprehender a los asesinos de un ciudadano estadounidense, afirmó:

“La propiedad de los actos gubernamentales debe ser puesta a prueba de los estándares internacionales, y [...] el tratamiento de un extranjero, para que constituya un acto internacional delictivo, debe conllevar un ultraje, mala fe, un incumplimiento deliberado del deber, o una insuficiencia de la acción gubernamental por carecer de estándares internacionales que cualquier hombre imparcial y razonable podría reconocer. Si la insuficiencia procede de la ejecución deficiente de una ley inteligente o del hecho de que las leyes del país no autorizan a las autoridades a estar a la altura de los estándares internacionales es irrelevante”.<sup>46</sup>

Más tarde, también en 1926, señaló en el caso *Roberts*:

“Las consideraciones relativas a la igualdad de trato de extranjeros y nacionales pueden ser importantes al determinar una reclamación de maltrato de un extranjero. Pero tal igualdad no es la última prueba de la propiedad de los actos de las autoridades a la luz del Derecho Internacional. Esta prueba es, hablando ampliamente, si los extranjeros son tratados de acuerdo con los estándares ordinarios de civilización”.<sup>47</sup>

Y, en la Conferencia Internacional sobre el Tratamiento de los Extranjeros, celebrada en París en 1929 con el fin de concluir una ‘*Convención sobre el Tratamiento de los*

---

<sup>42</sup> Treaty of friendship and establishment between the Kingdom of Egypt and the Persian Empire, signed at Teheran, November 28, 1928, *League of Nations Treaty Series*, no. 2127, 1929, p. 395-399.

<sup>43</sup> CPJI, *Caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia (Alemania vs. Polonia)*, Serie A, No. 7, 5 de febrero de 1926, p. 22 y 33.

<sup>44</sup> Al respecto, véanse Feller, A. H., *The Mexican claims commissions, 1923-1934: a study in the law and procedure of international tribunals*, New York: Kraus Reprint, 1971, 572 p.; Borchard, Edwin M., *Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico*, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3 (Jul., 1926), p. 536-542; *Important Decisions of the Mixed Claims Commission United States and Mexico*, *The American Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3 (Jul., 1927), p. 516-522.

<sup>45</sup> Fuera del ámbito de la Comisión México-EE.UU., también destaca en este sentido el caso *Chevreau* entre Francia y Reino Unido. Reports of International Arbitral Awards, *Asunto Chevreau (Francia vs. Reino Unido)*, 9 de junio de 1931, Vol. II, p. 1113-1143.

<sup>46</sup> Reports Of International Arbitral Awards, *L. F. H. Neer y Pauline Neer (EE.UU. vs. México)*, 15 de octubre de 1926, Vol. IV, p. 60 y ss.

<sup>47</sup> *Harry Roberts (EE.UU. vs. México)*, *op.cit.*, nota 29, p. 80.

*Extranjeros*’ (que no fue aprobada),<sup>48</sup> también se reconoció la existencia de este estándar mínimo internacional: “Sin duda, hoy es reconocido en todos los Estados civilizados que el tratamiento de extranjeros es objeto de cierto estándar de Derecho Internacional cuya violación puede dar lugar al ejercicio de la protección diplomática de los Estados”.<sup>49</sup> De hecho, los artículos 25 (b), 28 y 29 del proyecto de 29 artículos lo contemplaron. El artículo 25 (b) establecía que ‘los Estados deben mantener una organización política y legal que permita a todas las personas residentes en su territorio ejercitar sus derechos y disfrutar de las ventajas que el sentido de justicia internacional impone actualmente a toda la gente civilizada’. El artículo 28 disponía que ‘cada Estado debe asegurar a cada individuo en su territorio completa y entera protección de los derechos a la vida, libertad y propiedad, sin distinción de nacionalidad, raza, idioma o religión’. Y el artículo 29 permitía el libre ejercicio de todos los credos.<sup>50</sup>

Asimismo, importantes doctrinarios de las Potencias occidentales apoyaron la existencia de un estándar mínimo de derechos en el Derecho Internacional.<sup>51</sup> Incluso, algunos aceptaron como válido el otorgamiento de un mejor trato a los extranjeros si el sistema legal del Estado receptor no era acorde con dicho estándar mínimo internacional. Así, Georges Scelle declaró en 1927: “La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido que los extranjeros tienen derecho a un mejor tratamiento que los nacionales si éstos son tratados contrariamente al Derecho Internacional común”.<sup>52</sup> También en 1927, Kauffman sostuvo: “Si una ley de derecho interno se encuentra por debajo de los requerimientos del estándar internacional, notablemente si hay una denegación de justicia, el extranjero tiene derecho a

---

<sup>48</sup> Sobre esta conferencia, véase el apartado 1.6 del capítulo 1 de este trabajo. Esta Convención no se aborda en el presente capítulo en virtud de que no estuvo dirigida a codificar el principio de responsabilidad internacional por daños hechos a la persona y propiedades de los extranjeros, sino a regular el apartado e) del artículo 23 del Convenio de la Sociedad de Naciones que establecía que los Estados debían “adoptar las disposiciones necesarias para asegurar [...] un tratamiento equitativo del comercio de todos los miembros de la sociedad [...]”.

<sup>49</sup> Reporte de la Conferencia Internacional de París sobre el Tratamiento de los Extranjeros, *Revue de Droit International Privé*, Vol. 25, 1930, p. 218.

<sup>50</sup> El texto del proyecto de artículos de esta Conferencia se reproduce en League of Nations Publications, *International Conference on the Treatment of Foreigners*, L.N. Doc. C.36.M.21.1929.II, p. 7 y ss.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Hyde, Charles Cheney, *International law / chiefly as interpreted and applied by the United States*, Boston: Little, Brown, 1922, secc. 266-267; Hall, William Edward, *A treatise on international law*, 8<sup>a</sup> ed., Higgins, A. Pearce (ed.), Oxford: Clarendon Press, 1924, p. 59-60; Dunn, Frederick Sherwood, *International Law and Private Property Rights*, *Columbia Law Review*, Vol. 28, 1928, p. 175; Witenberg, J. C., *La protection de la propriete immobiliere des etrangers*, *Clunet*, Vol. 55, 1928, p. 566; Leibholz, Gerhard, *Das Verbot der Willkür und des Ermessensmissbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten*, *Zeitschrift Für Ausländisches. Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, Vol. 1, 1929, p. 97-99; Basdevant, J., *Étrangers*, en De Lapradelle, A. & Niboyet, J.P., *Répertoire de Droit International*, París: Sirey, 1930, p. 7-19 y 303 y ss.; Möller, Axel, *International law in peace and war*, trad. de H.M. Pratt, London: Stevens, 1931, Vol. 1, p. 133, 148; Cavaglieri, Arrigo, *Corso di Diritto Internazionale*, 3<sup>a</sup> ed., Nápoles: Rondinella Alfredo, 1934, p. 334; Oppenheim, Lassa, *International Law: a treatise*, 5<sup>a</sup> ed., H. Lauterpacht (ed.), Vol. 1, London: Longmans, 1935, p. 283; Briery, J. L., *The law of nations: an introduction to the international law of peace*, 2<sup>a</sup> ed., London: Oxford University Press, 1936, p. 172; entre otros. Para un sumario de la evidencia del ‘estándar mínimo internacional’, véase Freeman, Alwyn V., 1938, *op.cit.*, nota 38, p. 502 y ss.

<sup>52</sup> Scelle, Georges, *Revue de Droit International (Lapradelle)*, Vol. 1, 1927, p. 1116.



un tratamiento superior al que la ley otorga a los nacionales”.<sup>53</sup> Steinbach señaló en 1931: “Un Estado sólo cumple los requerimientos de Derecho Internacional al otorgar igualdad de trato a nacionales y extranjeros cuando el tratamiento de los nacionales corresponde a las medidas que el Derecho Internacional requiere”.<sup>54</sup>

Y también algunos doctrinarios del ámbito latinoamericano aprobaron la idea de un estándar mínimo internacional.<sup>55</sup> Por ejemplo, el peruano Víctor M. Maúrtua declaró en 1930: “existe un estándar jurídico mínimo impuesto por la civilización humana, sin el cual la existencia de un Estado como entidad soberana o de la comunidad internacional no puede ser concebida”.<sup>56</sup> El chileno Alejandro Álvarez, al hacer referencia a la ‘*Convención sobre el Tratamiento de los Extranjeros*’ que se intentó concluir en la Conferencia Internacional sobre la materia en París en 1929, también se pronunció en este sentido en 1936: “en ningún caso, un extranjero puede reclamar más derecho que los nacionales, a menos que el país en el que reside no asegure a sus habitantes, de manera permanente, *el estándar mínimo de derechos* al que se refieren los artículos 25 (b), 28 y 29 [del proyecto de la Convención]”.<sup>57</sup>

Borchard, uno de los principales defensores de la doctrina, definió en 1939 al ‘estándar mínimo internacional’ como “*el cuerpo de Derecho Internacional que cada Estado debe otorgar al extranjero que admite [...] formado por la práctica diplomática y las decisiones arbitrales, así como por los principios generales reconocidos por el derecho interno de los Estados civilizados [...] que dieron nacimiento y abrigo al Derecho Internacional*”. Asimismo, señaló que el estándar mínimo es ligero, flexible y acorde a las circunstancias, y que su existencia y uso como criterio de responsabilidad internacional en ciertas instancias de ninguna manera proporciona una definición de su contenido. No obstante, en un esfuerzo por señalar qué derechos entran en este ‘mínimo’, menciona el derecho a la vida, libertad y propiedad, el respeto al principio *nulla poena sine lege*, la protección judicial y policial, el debido proceso legal, así como las libertades básicas relacionadas con el ganarse el sustento. El qué tanto se puedan restringir estos derechos a los extranjeros en aras del interés público debe ser determinado caso por caso, pero la igualdad de sacrificio de los

---

<sup>53</sup> Kauffman, E., *Der ungarisch-rumänische Streit über die rumänische Agrarreform vor dem Völkerbundsrate, Zeitschrift Für Ostrecht*, Vol. 1, 1927, p. 1260. Y véase también su reporte ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. C, no. II, 1926, p. 412.

<sup>54</sup> Steinbach, Peter A., *Untersuchungen zum Internationalen Fremdenrecht. Grundsätze internationaler Rechtsprechung über die Prinzipien des Fremdenrechts, insbesondere das Problem des völkerrechtlichen Schutzes von Individualrechten*, Bonn; Köln: Ludwig Röhrscheid, 1931, p. 80.

<sup>55</sup> Por ejemplo, Accioly, Hildebrando, *Tratado de derecho internacional público*, Río de Janeiro: Imprensa nacional, 1933-35, Vol. I, p. 335-336; Ruíz Moreno, Isidoro T., *Lecciones de derecho internacional público*, Buenos Aires: El Ateneo, 1934, p. 238, 260; Ulloa y Cisneros, Alberto, *Derecho Internacional Público*, 2a. ed., Tomo I, Lima: Imp. Torres Aguirre, 1938, p. 224, 243.

<sup>56</sup> Maúrtua, Víctor M. & Scott, James Brown, *Responsibility of states for damage to the person or property of foreigners: a statement of the principles which should govern the codification of international law on the subject*, New York: American Institute of International Law, Oxford University Press, 1930, p. 45.

<sup>57</sup> Álvarez, Alejandro, *Exposé de Motifs et Déclaration des Grands Principes du Droit International Moderne*, Aprobado por la Academia Diplomática Internacional, la Unión jurídica Internacional, y la International Law Association, 1ª ed., París: Les Éditions internationales, 1936, p. 52, 54-55.

nacionales es una prueba importante y, como regla, la discriminación injustificada no es admisible.<sup>58</sup>

Roth, en la monografía clásica del tema ‘The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens’ (1949), lo definió así: “*el estándar internacional es un conjunto de reglas correlacionadas las unas a las otras y derivadas de una norma particular de Derecho Internacional general, es decir, el tratamiento de los extranjeros es regulado por el Derecho de las Naciones*”.<sup>59</sup>

Kelsen fue otro de los autores que afirmó la existencia de este estándar mínimo de derechos:

“Si los extranjeros son admitidos, el orden legal del Estado en que se encuentran debe otorgar a estos individuos un mínimo de derechos y no imponerles ciertos deberes; de otro modo, el derecho del Estado al que legalmente ellos pertenecen se considera violado. En cuanto a los derechos se refiere, cada Estado está obligado por el Derecho Internacional a otorgar a los extranjeros al menos la igualdad ante la ley con los ciudadanos en lo relativo a la seguridad de sus personas y propiedad. Esto, sin embargo, no significa que la ley del Estado deba conferir a los extranjeros los mismos derechos que a sus ciudadanos. Los extranjeros pueden ser excluidos de los derechos políticos, de ciertas profesiones, e incluso de la propiedad de la tierra. Pero el estatus legal conferido a los extranjeros no debe ser menor a cierto *estándar mínimo de civilización*. El hecho de que el estatus legal otorgado a los ciudadanos por el derecho nacional no corresponda a este estándar no es excusa”.<sup>60</sup>

El American Law Institute afirmó en 1962 que “*el estándar internacional de justicia [...] es el estándar requerido para el tratamiento de los extranjeros por: (a) los principios aplicables del Derecho Internacional, según lo establecido por la costumbre internacional, las decisiones judiciales y arbitrales, y otras fuentes reconocidas o, en ausencia de tales principios aplicables, (b) por los principios de justicia generalmente reconocidos por los Estados que tienen sistemas legales razonablemente desarrollados*”.<sup>61</sup>

Brownlie definió al estándar mínimo internacional como “*el estándar moral para los Estados civilizados*”.<sup>62</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional se decantó por la teoría del estándar mínimo internacional.<sup>63</sup> La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos la adoptaron al extender la protección a todos los

---

<sup>58</sup> Borchard, Edwin, 1939, *op.cit.*, nota 27, p. 53-54, 61-62.

<sup>59</sup> Roth, Andreas Hans, *op.cit.*, nota 38, p. 126.

<sup>60</sup> Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Company, Inc., 1952, p. 243 (Reimpreso en 2003 por The Lawbook Exchange, Ltd.).

<sup>61</sup> The American Law Institute, *op.cit.*, nota 38, párr. 165.2.

<sup>62</sup> Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6<sup>a</sup> ed., Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2003 p. 502 (la 1<sup>a</sup> ed. es de 1966, Oxford: Clarendon Press).

<sup>63</sup> Después de la Segunda Guerra Mundial, proliferaron los tratados bilaterales en el ámbito de las inversiones. Se estima que cerca de 200 tratados de este tipo fueron celebrados en la segunda mitad del siglo XX, de los cuales, la mayoría incluyó la obligación de otorgar a los inversionistas extranjeros el ‘estándar mínimo internacional’. En general, véase OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, *Working Papers on International Investment*, No. 2004/3, September 2004, 40 p.

individuos, sin importar su condición de nacionales o extranjeros, encuadrando, de esta manera, la protección de los extranjeros en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

No cabe duda que la doctrina del estándar mínimo internacional debe prevalecer sobre la del trato nacional porque si bien esta última puede parecer aceptable en el caso de la expropiación o nacionalización de la propiedad, no lo es en lo relativo al trato de los extranjeros. Por ejemplo, piénsese en el caso de los países fundamentalistas en los que los delitos son purgados con penas corporales. Asimismo, a pesar de que la doctrina del trato nacional elimina los abusos en el uso de la protección diplomática, también elimina la protección en los casos en que los extranjeros son tratados de acuerdo con la legislación nacional y ésta no cumple con los estándares mínimos internacionales, por ejemplo, es discriminatoria, abusiva o no prevé el acceso a recursos legales. De este modo, deja al extranjero a merced del Estado de residencia sin la protección del Derecho Internacional.<sup>64</sup>

### **2.1.3 Consolidación del principio de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a la persona y los bienes de los extranjeros**

Desde finales del siglo XIX, la doctrina empezó a interesarse en la teoría y práctica relacionada con la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros.<sup>65</sup> Después de la Primera Guerra Mundial, entró en auge el establecimiento de comisiones mixtas de reclamaciones formadas por los Estados en discordia, con el fin de decidir las disputas relacionadas con los daños causados a extranjeros.<sup>66</sup> La Corte Permanente de Justicia Internacional analizó casos relacionados con la protección diplomática.<sup>67</sup> Y la tendencia en las decisiones de tribunales internacionales mostró que la institución de la protección diplomática estaba firmemente establecida, a pesar de las

---

<sup>64</sup> Sobre este debate véanse Tiburcio, Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, The Hague; London: Nijhoff, 2001, p. 52-53; Fatouros, A. A., *International Law and the Third World*, *Virginia Law Review*, Vol. 50, No.5, 1964, p. 811.

<sup>65</sup> Por ejemplo, Heffter, A. G., *Le droit international de l'Europe*, 3ª ed., trad. de J. Bergson, Berlín: Schroeder, 1857; Heilborn, Paul, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus der völkerrechtlichen Begriffin*, Berlín: J. Springer, 1896; Gestoso y Acosta, Luis, *Curso elemental de derecho internacional público e historia de los tratados*, (Vol. 1), Valencia: Domenech, 1897, p. 178-187; Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899; Anzilotti, Dionisio, *Teoria generale della responsabilita dello Stato nel diritto internazionale*, Florencia: Lumachi, 1902; Olivart, Ramón María de Dalmau, Marqués de, *Tratado de derecho internacional público*, tm. II, Madrid: Hijos de R. Álvarez, 1903; Moore, John Bassett, *A digest of international law*, Washington, D.C.: Govt. Print. Off., 1906; Borchard, Edwin Montefiore, 1922, *op.cit.*, nota 38; Eagleton, Clyde, 1928, *op.cit.*, nota 38; Decencière-Ferrandière, A., *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, París: Rousseau, 1925; Dunn, Frederick Sherwood, 1932, *op.cit.*, nota 15; Dunn, Frederick Sherwood, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, New York: Columbia University Press, 1933, entre otros.

<sup>66</sup> Véase un repertorio de estos casos en Coussirat-Coustère, Vincent & Eisemann, Pierre Michel, *Repertory of international arbitral jurisprudence*, Vol. 2: 1919-1945, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 375-647.

<sup>67</sup> CPJI, *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia vs. Reino Unido)*, Serie A, No. 2, 30 de agosto de 1924; *Caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia (Alemania vs. Polonia)*, Serie A, No. 7, 5 de febrero de 1926.

disputas relativas a las reglas que la regían y del derecho sustantivo de la responsabilidad del Estado por daños a extranjeros.<sup>68</sup>

Para fines de la década de 1920, el principio de que los actos u omisiones internacionalmente ilícitos que causen daños a extranjeros crean responsabilidad para los Estados a los que sean atribuibles, con la consecuente obligación de reparación, ya gozaba de aceptación general entre la comunidad internacional y la doctrina. Se aceptó como norma de Derecho Internacional general y se aplicó en numerosas decisiones judiciales y laudos arbitrales. En general, se admitió que si bien un Estado no está obligado a admitir extranjeros, una vez que lo hace contrae con el Estado de la nacionalidad del extranjero la obligación de ofrecer cierta medida de protección a sus personas y bienes de conformidad con una norma internacional mínima de trato para los extranjeros.<sup>69</sup>

Destaca que en 1928 el árbitro Max Huber, en un ámbito distinto al de la protección diplomática, en el *Asunto de la delimitación de la soberanía sobre la Isla de Palmas*, afirmara que la soberanía, además de un derecho del Estado, es “un deber que conlleva la obligación de proteger en el interior del territorio los derechos de los demás Estados [...] como los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero”.<sup>70</sup> La responsabilidad del Estado por daños a los extranjeros y el consecuente ejercicio de la protección diplomática ya tenían un lugar importante en el Derecho Internacional Público.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional y la doctrina finalmente aceptaron la responsabilidad internacional por daños a extranjeros y el consecuente ejercicio de la protección diplomática como parte del orden legal internacional.<sup>71</sup> Las

---

<sup>68</sup> Para un análisis general de esta área del derecho en el período que siguió a la Primera Guerra Mundial, véanse Eagleton, Clyde, 1928, *op.cit.*, nota 38; Dunn, Frederick Sherwood, 1932, *op.cit.*, nota 15; Lillich, Richard B. (ed.), *International law of state responsibility for injuries to aliens*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1983, 412 p.

<sup>69</sup> A este respecto, véanse Jessup, Philip C., 1948, *op.cit.*, nota 22; Parry, Clive, Some considerations upon the protection of individuals in international law, *Recueil des Cours*, Vol. 90, No. II, 1956, p. 657; Cuthbert, Joseph, *Nationality and Diplomatic Protection. The Commonwealth of Nations*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1969, p. 3; Dawson, Frank G. & Head, Ivan L., *International Law, National Tribunals, and the Rights of Aliens*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1971, p. 2, 5; Oppenheim, Lassa, *Oppenheim's international law*, 9ª ed., Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), Vol. 1, Harlow: Longman, 1992, p. 897, 910, 911.

<sup>70</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Caso de la Isla de Palmas (Países Bajos vs. EE.UU.)*, 4 de abril de 1928, Vol. II, p. 834.

<sup>71</sup> Por ejemplo, véanse, Jessup, Philip C., Responsibility of States for Injuries to Individuals, *Columbia Law Review*, Vol. 46, No. 6, (Nov. 1946), p. 903-928; Murphy, Cornelius F. Jr., State Responsibility for Injuries to Aliens, *New York University Law Review*, Vol. 41, No. 1, (March 1966), p. 125-147; Lillich, Richard B., The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 73, 1979, p. 244-248; García Amador, F. V., *The Changing law of international claims*, New York: Oceana Publications, 1984, p. 74-76; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 187-192; Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 2006, p. 265-279; Remiro Brotons, Antonio, *et.al.*, *Derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, párr. 471-480, p. 848-865; Pastor Ridruejo, José Antonio, 2009, *op.cit.*, nota 38, p. 245-256. Esta aceptación también es indicada por el hecho de que muchos autores se refieren al trato de los extranjeros en el marco general del tema de la responsabilidad de los Estados. Véanse, por ejemplo, Oppenheim, Lassa, 1992, *op. cit.*, nota 69; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5ª ed., Oxford; New York: Clarendon Press,

discusiones y el debate se centraron ya no en la procedencia de la protección diplomática, la cual envuelve acciones correctivas y la aplicación de normas secundarias, sino en las dificultades respecto a ciertos aspectos de la institución, tales como los recursos internos disponibles para los extranjeros perjudicados y el contenido sustantivo de las normas relacionadas con el tratamiento de los extranjeros cuya violación originaría el ejercicio de la protección diplomática.<sup>72</sup>

Asimismo, en esta época se vino una oleada de nacionalizaciones, especialmente en Europa del Este, que generó una intensa actividad diplomática por parte de los Estados occidentales en defensa de los intereses de sus nacionales y los consecuentes acuerdos monetarios.<sup>73</sup> Esto serviría de antesala a un intenso debate sobre la aceptación universal del principio de la responsabilidad internacional de los Estados por daños a los extranjeros y el consecuente ejercicio de la protección diplomática. La rápida multiplicación de nuevos Estados independientes (antes colonias) durante este período, así como la propagación del comunismo y la profundización de las brechas ideológicas entre las antiguas Potencias imperiales y los nuevos Estados independientes, inevitablemente conllevaron el cuestionamiento por parte de los nuevos Estados de varios principios consuetudinarios, incluido el de la responsabilidad internacional del Estado por daños a extranjeros y el consecuente ejercicio de la protección diplomática, ambos productos del Derecho Internacional occidental.<sup>74</sup>

En general, se argumentó que era un invento occidental, que podía ser objeto de abuso por parte de los Estados desarrollados y que los extranjeros no debían gozar de una protección más amplia que los propios nacionales de un Estado. Por ejemplo, Guha –Roy, en su clásico estudio sobre el tema, cuestionó la universalidad del principio y propuso que se revisara ‘exhaustivamente’ desde el punto de vista de los nuevos Estados, en aras de la ‘justicia absoluta’. Partiendo de que la costumbre de ninguna manera es vinculante para

---

1998, 743 p.; Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, 5ª ed., London: Sweet & Maxwell, 1998, 1123 p.; Shaw, M. N., *International Law*, 4ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 985 p.; Mariño Menéndez, Fernando M., 2005, *op.cit.*, nota 2, p. 474; González Campos, Julio D., *et.al.*, *Curso de derecho internacional público*, 4ª ed. rev., Madrid: Aranzadi, 2008, p. 429-440; Díez de Velasco, Manuel, 2009, *op.cit.*, nota 38, p. 902-918.

<sup>72</sup> Amerasinghe, Chittharanjan F., 2008, *op.cit.*, nota 16, p. 17.

<sup>73</sup> Sobre estas nacionalizaciones, véanse Amerasinghe, C. F., 1967, *op.cit.*, nota 38, p. 121 y ss.; Amerasinghe, C. F., *The Quantum of Compensation for Nationalized Property*, en Lillich, Richard B., (ed.), *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975, p. 91 y ss.

<sup>74</sup> En general, véanse Röling, Bernard Victor Aloysius, *International law in an expanded world*, Amsterdam; Leyden: Djambatan, 1960; Castañeda, Jorge, *The underdeveloped nations and the development of international law*, *International Organization*, Vol. 15, 1961; Syatauw, J. J. G., *Some Newly Established Asian States and the Development of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1961, 249 p.; Friedmann, Wolfgang, *The changing structure of international law*, London: Stevens & Sons, 1964, 410 p.; Fatouros, A. A., 1964, *op.cit.*, nota 64; Higgins, Rosalyn, *Conflict of Interests*, London: Bodley Head, 1965; Falk, Richard A., *The new states and international legal order*, *Recueil des Cours*, Vol. 118, No. II, 1966, p. 1-103; Sinha, S. Prakash, *New nations and the law of nations*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1967, 176 p.; Bozeman, Adda B., *The future of law in a multicultural world*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1971, 229 p.; Anand, R. P., (ed.), *Asian States and the Development of International Law*, Delhi: Vikas Publications, 1972, 245 p.; Okoye, Felix Chuks, *International Law and the New African States*, London: Sweet and Maxwell, 1972, 225 p.; Cohen, Jerome Alan & Chiu, Hungdah, *People's China and international law: a documentary study*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1974, 1790 p.; entre otros.

otros Estados, a menos que se pueda demostrar que ha tenido sus orígenes en ciertos principios generales de derecho de carácter más o menos universal, concluyó que el Derecho de la Responsabilidad del Estado por daños causados a la persona o los bienes de los extranjeros en violación del Derecho Internacional no formaba parte del Derecho Internacional universal.<sup>75</sup>

En el mismo sentido se pronunció el juez mexicano Padilla Nervo en la 413ª Reunión de la Comisión de Derecho Internacional celebrada en 1957:

“En lo que a Latinoamérica concierne, la historia de la institución de la responsabilidad internacional ha sido una historia de obstáculos para los nuevos países latinoamericanos y la defensa de su nueva independencia (en ese tiempo), propiedad, desarrollo de recursos e integración social. La gran mayoría de los nuevos Estados no ha tomado parte en la creación de muchas de las instituciones de Derecho Internacional, las cuales fueron consolidadas y sistematizadas en el siglo XIX [...] En el caso de la responsabilidad internacional, las reglas fueron establecidas no sólo sin la referencia de los Estados pequeños, sino contra ellos y basadas casi por completo en relaciones desiguales entre los grandes poderes y los Estados pequeños. Probablemente, el 95% de las disputas internacionales relacionadas con la responsabilidad de los Estados del siglo pasado fueron entre un gran poder industrial y un Estado pequeño, nuevo y recién establecido. Tal inequidad de poder se reflejó en la inequidad de derechos, el principio vital del Derecho Internacional, *par in parent non habet imperium*, el cual quedó completamente menospreciado”.<sup>76</sup>

El ejercicio de la protección diplomática por daños causados a extranjeros es un tema que actualmente goza de aceptación general a pesar de las controversias que históricamente ha suscitado. Es cierto que los problemas relacionados con el derecho sustantivo permanecen y requieren solución, pero el derecho a la protección diplomática como tal y el hecho de que existe un cuerpo de leyes que regula a la institución no parecen cuestionarse ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. De hecho, la Corte Internacional de Justicia ha aceptado que la protección diplomática es una institución viable en siete importantes casos: *Nottebohm* (1955), *Barcelona Traction* (1970), *ELSI* (1989), *Orden de Detención del 11 de abril* (2000), *LaGrand* (2001), *Avena* (2004) y *Diallo* (2010).<sup>77</sup>

## 2.2 Evolución de la codificación

Las normas que regulan la protección diplomática son de naturaleza esencialmente consuetudinaria. Se han ido gestando desde finales del siglo XVIII a través de la práctica de los tribunales arbitrales y las comisiones de reclamación establecidos por los Estados en tratados de amistad, comercio y navegación, tratados *ad hoc* y otro tipo de acuerdos. Con base en esta práctica, desde principios del siglo XX se han hecho intentos para codificar la

---

<sup>75</sup> Guha Roy, S. N., *Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a part of universal International Law?*, *American Journal of International Law*, Vol. 55, 1961, p. 871 y ss., 888, 889.

<sup>76</sup> CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, Vol. I, Summary record of the 413th meeting, A/CN.4/SR.413, p. 155.

<sup>77</sup> CIJ, *Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, Segunda fase, sentencia de 6 de abril de 1955; *Asunto de la Barcelona Traction*, 1970, *op.cit.*, nota 23; *Caso relativo a la Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América vs. Italia)*, sentencia de 20 de julio de 1989; *Caso LaGrand*, 2001, *op.cit.*, nota 6; *Caso relativo a la Orden de Detención del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo vs. Bélgica)*, sentencia del 14 de febrero de 2002; *Avena y otros nacionales mexicanos*, 2004, *op.cit.*, nota 6; *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática del Congo)*, objeciones preliminares, sentencia del 24 de mayo de 2007, y sentencia de 30 de noviembre de 2010.

materia. Atendiendo al orden cronológico, se deben mencionar, de un lado, los intentos fallidos en el ámbito regional americano. Y, de otro, los esfuerzos hechos en el ámbito universal: primero, en el seno de la Sociedad de Naciones y, posteriormente, en el de las Naciones Unidas. De forma paralela, en el ámbito privado institutos de investigación y/o universidades han ido desarrollando proyectos de reglas sobre la materia.

### 2.2.1 Ámbito regional

A nivel regional americano, desde finales del siglo XIX tuvieron lugar ciertos desarrollos para codificar la responsabilidad internacional por daños a los extranjeros. En la 1ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos, que tuvo lugar entre 1889 y 1890, se adoptó una *Recomendación Relativa a las Reclamaciones y la Intervención Diplomática*. Como los países latinoamericanos eran mayoría y respaldaban abiertamente la ‘doctrina del trato nacional’, la resolución adoptó esta postura. Los extranjeros tendrían los mismos derechos civiles que los nacionales, pero los Estados no tendrían responsabilidades u obligaciones respecto a los extranjeros más allá de las debidas a sus nacionales. Esta recomendación no culminó como tratado y, por ende, no tuvo fuerza vinculante.<sup>78</sup>

En la 2ª Conferencia de los Estados Americanos de 1902 se produjo otro documento: la *Convención relativa a los Derechos de Extranjería*,<sup>79</sup> la cual, a pesar de llevar dicho título, no contuvo una lista de los derechos de los extranjeros, sino que se centró en la responsabilidad internacional de los Estados por daños a los extranjeros. Esta Convención adoptó nuevamente la ‘doctrina de trato nacional’, al mismo tiempo que reconoció el ejercicio de la protección diplomática en caso de denegación de justicia, demora inusual y evidente violación de los principios de Derecho Internacional.<sup>80</sup>

La 6ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1928 produjo dos instrumentos más: la *Convención de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante* y la *Convención sobre la Condiciones de los Extranjeros*.<sup>81</sup> El Código Bustamante previó la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en lo relativo a los derechos civiles y las garantías individuales. Y la Convención trató asuntos relativos al tratamiento de los extranjeros tales como sus obligaciones militares, su responsabilidad por contribuciones extraordinarios y préstamos forzados, ciertos derechos civiles y su participación en actividades políticas.<sup>82</sup>

Finalmente, la 7ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1933 produjo la *Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados*, la cual señaló que “nacionales y extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación y las autoridades nacionales, y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes ni más extensos que

---

<sup>78</sup> Dhokalia, Ramaa Prasad, *The codification of public international law*, Manchester: Manchester University Press, 1970, p. 226.

<sup>79</sup> Para ver el texto de la Convención puede consultarse: *Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936. Recopilación de tratados y otros documentos*, 2ª reimpr., México: SRE, 1990, (1ª ed. 1956), p. 78.

<sup>80</sup> Lillich, Richard B., 1984, *op.cit.*, nota 13, p. 30.

<sup>81</sup> Véase el texto de estos dos instrumentos en *Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936, op.cit.*, nota 79, p. 302 y 366, respectivamente.

<sup>82</sup> Lillich, Richard B., 1984, *op.cit.*, nota 13, p. 30.

los nacionales”.<sup>83</sup> Es decir, una vez más quedó asentada la ‘doctrina del trato nacional’ y Estados Unidos, al igual que en el caso de las conferencias anteriores en las que se trataron temas de extranjería, realizó reservas al respecto.

Las Conferencias Interamericanas se enfocaron a limitar la protección diplomática, a defender la doctrina de trato nacional respecto a los derechos de los extranjeros y a promulgar la doctrina Calvo. De hecho, en buena parte sólo muestran la postura de los Estados latinoamericanos respecto a la protección diplomática ya que Estados Unidos no favoreció ninguno de estos aspectos. Por ello, y a pesar de que produjeron varios documentos en materia de extranjería, no culminaron en tratados con fuerza vinculante por la falta de unanimidad en aspectos tan sustanciales como el trato de los extranjeros.

## 2.2.2 Ámbito universal

### 2.2.2.1 Sociedad de Naciones

Desde finales del siglo XIX se encuentran los primeros esfuerzos para codificar las normas del Derecho Internacional y darles un alcance general. Así, de las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907 surgieron las primeras convenciones multilaterales relacionadas con la reglamentación de la guerra y la creación de un tribunal internacional de arbitraje.<sup>84</sup> Conforme fue avanzando el siglo XX, siguieron los esfuerzos de codificación del Derecho Internacional. A partir de 1920, la Sociedad de Naciones, la nueva organización internacional, inició un ambicioso esfuerzo codificador que resultó en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930. La ‘Responsabilidad internacional de los Estados por daños a la persona y propiedad de los extranjeros en sus territorios’ fue una de las tres materias escogidas (junto con las aguas territoriales y la nacionalidad) por la 8ª Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1927 para ser codificadas en la Conferencia de 1930.<sup>85</sup> Los señores Guerrero del Salvador y Wan Chung Hui de China fueron los encargados de elaborar un reporte sobre el tema.<sup>86</sup>

En la Conferencia tuvo lugar la discusión de un proyecto de diez artículos sobre la materia; sin embargo, los delegados no llegaron a acuerdos en materias fundamentales relativas al trato que se debía conferir a los extranjeros en los territorios de los Estados partes, principalmente por diferencias relacionadas con las doctrinas del trato nacional y el

---

<sup>83</sup> *Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936, op.cit.*, nota 79, p. 468.

<sup>84</sup> Para un recuento de las dos conferencias, véanse Tuchman, B., *The proud tower. A portrait of the world before de the war, 1890-1914*, N.Y.: Macmillan, 1966, p. 229-288; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1991, *op.cit.*, nota 71, p. 31-39; Jiménez Piernas, Carlos Bartolomé, Crespo Navarro, Elena, La organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: las Conferencias de Paz de La Haya, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid: Dykinson, 2007, p. 666-688.

<sup>85</sup> Para ver una colección de los documentos producidos sobre responsabilidad internacional por daños a extranjeros en esta Conferencia, véase Rosenne, Shabtai (ed.), *League of Nations Conference for the Codification of International Law (1930)*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1975, Vol. II, p. 423-702.

<sup>86</sup> Una reproducción de este reporte se encuentra en Rosenne, Shabtai (ed.), *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (1925-1928)*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1972, Vol. II, p. 118 y ss.



estándar mínimo. Resultan ilustrativas las discrepancias surgidas en torno al artículo 10 que señalaba:

“En lo que se refiere al daño causado a la persona o propiedad de los extranjeros por una persona privada, el Estado sólo es responsable si el daño sufrido por el extranjero resulta del hecho de que el Estado ha fallado en tomar las medidas que razonablemente se esperarían en tales circunstancias con el fin de prevenir, remediar o castigar tal daño”.

En la votación de este artículo, 17 Estados, principalmente en vías de desarrollo, sostuvieron que los extranjeros sólo tenían derecho al trato conferido por el Estado responsable a sus nacionales, mientras que los 21 Estados desarrollados restantes señalaron que los extranjeros tenían derecho a un estándar mínimo de trato.<sup>87</sup> Especialmente por discrepancias en torno a este tema el esfuerzo codificador se diluyó y terminó en la negación de los nuevos países independientes de los estándares internacionales fijados por los países desarrollados.<sup>88</sup>

Cabe señalar que en anticipación de la Conferencia de la Haya de 1930 para la codificación del Derecho Internacional, diversas organizaciones e institutos privados de investigación elaboraron, ya de forma individual ya de forma colectiva, varios proyectos de reglas sobre la materia. Por ejemplo, destacan los proyectos de los profesores Strupp de 1927 y Roth de 1932.<sup>89</sup> También deben mencionarse, de un lado, el proyecto de 1927 del Instituto de Derecho Internacional<sup>90</sup> y, de otro, el proyecto de 1929 de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, el cual fue dirigido por Borchard.<sup>91</sup> La Asociación de Derecho Internacional de Japón, el Instituto Americano de Derecho Internacional y la Comisión Internacional de Juristas también realizaron otros proyectos de reglas sobre la materia.

### 2.2.2.2 Naciones Unidas

En la codificación de la protección diplomática en el ámbito de las Naciones Unidas pueden distinguirse dos etapas. La primera empezó en 1956 cuando el primer Relator Especial sobre responsabilidad internacional, García Amador, decidió enfocar el trabajo de la CDI en la responsabilidad por daños causados a los extranjeros. A pesar de que García Amador

---

<sup>87</sup> Hackworth, Green H., Responsibility of States for Damages caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference for the Codification of International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1930), p. 514.

<sup>88</sup> Para abundar sobre el proyecto de artículos en materia de responsabilidad internacional discutido en la Conferencia de 1930, véase Borchard, Edwin M., "Responsibility of States" at the Hague Codification Conference, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1930), p. 517-540.

<sup>89</sup> Véanse los textos en CDI, *Primer informe sobre responsabilidad de los Estados*, Relator Especial Robert Ago, 21º período de sesiones, 1969, A/CN.4/217, anexos IX y X.

<sup>90</sup> Véase el texto en Institut de Droit International, *Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, Session de Lausanne – 1927, [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1927\\_lau\\_05\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf).

<sup>91</sup> Véase el texto en “Draft Conventions and Comments on Nationality, Responsibility of States For Injuries to Aliens, and Territorial Waters”, prepared by the Research in International Law of The Harvard Law School, *The American Journal of International Law*, Vol. 23, 1929, supl. esp. 22.

presentó seis informes,<sup>92</sup> la CDI nunca entró en una discusión sustantiva del tema por la carga de trabajo en otros temas y, principalmente, por la división de opiniones al respecto.<sup>93</sup>

Entre los rasgos de las propuestas de García Amador se encuentra su interés en la formulación de propuestas de desarrollo progresivo, tales como el reconocimiento de la subjetividad del individuo y el intento de la introducción de la noción de ‘derechos humanos esenciales’ que el Estado debía garantizar al extranjero. Ésta era una de las principales aportaciones del Relator quien, desde un principio, había manifestado “la necesidad de resolver la oposición y el antagonismo tradicionales entre los principios del estándar mínimo internacional y trato nacional, a través de una reformulación de ambos principios, integrándolos en una nueva noción jurídica que recoja los elementos y finalidades de ambos”.<sup>94</sup>

Y es que la internacionalización de los derechos humanos a partir de 1945 no podía dejar intacta la institución de la protección diplomática y el trato debido a los extranjeros. Para García Amador la tensión entre ambos principios desaparecía al reconocerse “los derechos humanos y libertades fundamentales sin hacer distingo de ningún género entre nacionales y extranjeros”.<sup>95</sup> Pero tales ideas, plasmadas en un artículo de su proyecto de artículos sobre la “Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros”, no gustaron a todos.<sup>96</sup> Los defensores de la doctrina del trato nacional consideraron que en realidad se estaba dando primacía a la del estándar mínimo internacional, disfrazada detrás de la noción de ‘derechos humanos fundamentales o esenciales’.<sup>97</sup>

Por lo anterior, las propuestas de García Amador no fueron bien acogidas y se decidió dar un enfoque más general a la codificación de la responsabilidad internacional. Así, después de que García Amador dejó la CDI en 1961, el siguiente relator, Robert Ago, produjo un cambio mayor en la conceptualización de la responsabilidad internacional al trazar la famosa distinción entre normas primarias y secundarias. Con éxito, Ago propuso encuadrar las reglas aplicables a todas las violaciones de las normas internacionales dentro de las normas secundarias y no sólo aquellas relativas a los derechos de los extranjeros.<sup>98</sup> Este fue

---

<sup>92</sup> CDI, *Primer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 8° período de sesiones, 1956, A/CN.4/96; *Segundo informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 9° período de sesiones, 1957, A/CN.4/106; *Tercer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 10° período de sesiones, 1958, A/CN.4/111; *Cuarto informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 11° período de sesiones, 1959, A/CN.4/119; *Quinto informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 12° período de sesiones, 1960, A/CN.4/125; *Sexto informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 13° período de sesiones, 1961, A/CN.4/134.

<sup>93</sup> Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 1.

<sup>94</sup> CDI, *Tercer informe*, *op.cit.*, nota 93, p. 53, párr. 8.

<sup>95</sup> CDI, *Segundo informe*, *op.cit.*, nota 93, p. 126.

<sup>96</sup> CDI, *Sexto informe*, *op.cit.*, nota 93, Add. 1, art. 1.

<sup>97</sup> Tampoco gustó a los países comunistas y a los primeros Estados de reciente independencia. Véase Lillich, R. B., *Duties of States regarding the civil rights of aliens*, *Recueil des Cours*, Vol. 161, No. III, 1978, p. 373-377.

<sup>98</sup> Entendemos por normas *primarias* las obligaciones procedentes de cualquier sector del ordenamiento, cuya violación puede ser causa de responsabilidad. Las *secundarias* son reglas abstractas que tienen por objeto

el origen de la separación entre las materias de la responsabilidad internacional y la protección diplomática, así como del abandono de la codificación de esta última por algún tiempo. Cabe señalar que los esfuerzos a nivel privado para codificar la materia continuaron. Destaca el proyecto de artículos de la Universidad de Harvard de Baxter y Sohn de 1961, realizado a petición de la propia Comisión de Derecho Internacional, basado en la actualización del proyecto que años antes hiciera Borchard en esa universidad.<sup>99</sup> También el Instituto de Derecho Internacional abordó aspectos relacionados con la materia en diferentes ocasiones.<sup>100</sup>

En la codificación subsiguiente sobre responsabilidad internacional, que culminó en 2001 con la aprobación de un proyecto de artículos sobre el tema (A/56/83),<sup>101</sup> la protección diplomática de los nacionales en el extranjero sólo se trató de manera incidental. Sin embargo, existe una estrecha relación entre ambas materias. Muchos de los principios contenidos en el proyecto sobre responsabilidad internacional de 2001 son relevantes para la protección diplomática, en especial el tema de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. Un Estado responsable de causar un daño a un extranjero está obligado a cesar la conducta violatoria a los derechos de este último y a efectuar la reparación correspondiente, la cual puede tomar la forma de restitución, compensación o satisfacción, ya sea una sola o en combinación.<sup>102</sup> Asimismo, el proyecto aborda las dos condiciones esenciales de ejercicio de la protección diplomática: la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, no entra en detalle, pues expresamente señala que serán tratadas en otro proyecto de artículos.<sup>103</sup>

La segunda etapa de codificación de la protección diplomática en el ámbito de Naciones Unidas inició en 1996 cuando la Comisión de Derecho Internacional consideró que la

---

determinar si se ha violado una obligación y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, con independencia, en principio, de la naturaleza y contenido de la obligación violada. Para abundar sobre esta distinción véanse *Yearbook of the International Law Commission*, 28º período de sesiones, 1976, Vol. II (2ª Parte), A/CN.4/SER.A/1976/Add.1, p. 69, párr. 68; *Yearbook of the International Law Commission*, 32º período de sesiones, 1980, Vol. II (2ª Parte), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1, p. 26, párr. 23-24. Esta distinción se basa en la obra de Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México: Editora Nacional, 1980, Cap. IV, en especial p. 113 y ss.

<sup>99</sup> Puede consultarse el texto en el *Primer informe sobre responsabilidad de los Estados, Relator Especial Robert Ago, op.cit.*, nota 89, anexo VII y en Sohn, Louis B. & Baxter, R. R., *Responsibility of States for injuries to the economic interests to aliens*, *American Journal of International Law*, Vol. 55, 1961, p. 548-584.

<sup>100</sup> Institut de Droit International, *La règle de l'épuisement des recours internes*, Session de Grenade – 1956; *Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu*, Session de Varsovie – 1965.

<sup>101</sup> Sobre este proyecto, véase Crawford, James, *op.cit.*, nota 93. Para una recopilación de los antecedentes, véanse Pérez Giralda, Aurelio, *El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados. Al Final del Camino*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 4, 2002; Jiménez Piernas, C., *La codificación del Derecho de la Responsabilidad Internacional: un balance provisional*, en C. Jiménez Piernas (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado: XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 1989, Alicante: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, 1990, p. 17-109.

<sup>102</sup> Artículos 28, 30, 31, 34-37 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de 2001.

<sup>103</sup> CDI, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*, 53ª sesión, 2001, A/56/10, p. 121, comentarios al artículo 44, notas al pie de página no. 683 y 687.

protección diplomática debía ser desarrollada y codificada.<sup>104</sup> En 1997, M. Bennouna fue nombrado como el Relator Especial de la materia. En los dos años que duró su encargo expuso las principales características del enfoque general de la CDI sobre el tema. Entre éstas, el enfoque en las normas secundarias y la necesidad de tomar en cuenta el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aún más, Bennouna cuestionó el carácter ficticio de la protección diplomática por todos los problemas que conlleva y señaló que seguir sosteniendo dicha ficción estaba fuera de lugar con los desarrollos actuales en materia de derechos humanos.<sup>105</sup>

En 1999, como consecuencia del nombramiento de M. Bennouna como juez del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, John Dugard fue nombrado como Relator Especial del tema para sustituirlo. Dugard produjo siete informes durante su encargo, caracterizados por tomar en consideración los desarrollos en materia de derechos humanos.<sup>106</sup> En 2006 el trabajo de Dugard culminó con la aprobación del proyecto de artículos sobre la materia en la 58ª sesión de la CDI y la solicitud a la Asamblea General de Naciones Unidas de convocar a una Conferencia que apruebe una Convención internacional basada en dicho proyecto (A/61/10).<sup>107</sup> A la par, también han tenido lugar desarrollos de carácter privado. Destaca la tarea de la Asociación de Derecho Internacional que ha elaborado diferentes informes y presentado uno final en Toronto en 2006.<sup>108</sup>

El proyecto sobre protección diplomática aprobado en 2006 consiste básicamente en normas secundarias, es decir, en reglas concernientes a las condiciones que deben ser cumplidas para poder efectuar una reclamación de protección diplomática. No presenta disposición alguna que incluya normas primarias, es decir, las normas que describan los actos o las omisiones ilícitos que causen perjuicios a un extranjero en relación con el Derecho Internacional y entrañen la responsabilidad de un Estado. Tampoco intenta

---

<sup>104</sup> Al respecto, véanse las resoluciones de la AG 50/45, de 11 de diciembre de 1995, 51/160, de 16 de diciembre de 1996, y 52/156, de 15 de diciembre de 1997. Y CDI, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, A/51/10*, párr. 248-249.

<sup>105</sup> Véase su informe en CDI, *Informe preliminar sobre la protección diplomática, Mohamed Bennouna, Relator Especial*, 50º período de sesiones, 1998, A/CN.4/484, párr. 49-54.

<sup>106</sup> CDI, *Primer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial*, 52º período de sesiones, 2000, A/CN.4/506; *Segundo informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial*, 53º período de sesiones, 2001, A/CN.4/514; *Tercer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial*, 54º período de sesiones, 2002, A/CN.4/523; *Cuarto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial*, 55º período de sesiones, 2003, A/CN.4/530; *Quinto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial*, 56º período de sesiones, 2004, A/CN.4/538; *Sexto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial*, 57º período de sesiones, 2005, A/CN.4/546; *Séptimo informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial*, 58º período de sesiones, 2006, A/CN.4/567.

<sup>107</sup> CDI, *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58ª sesión, 2006, A/61/10, 1 de octubre de 2006. Comentario a algunos de sus artículos entre la doctrina española en Crespo Navarro, Elena, El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 57, No.1, 2005, p. 221-238.

<sup>108</sup> International Law Association, Informe de 2006 de la Conferencia de Toronto, *Diplomatic Protection of Persons and Property*, Chair Francisco Orrego Vicuña. La Conferencia aprobó la resolución no. 5/2006 “*Diplomatic Protection of Persons and Property*”. Textos en [www.ila-hq.org/html/layout\\_commitee.htm](http://www.ila-hq.org/html/layout_commitee.htm).

formular disposición alguna sobre reparaciones, ya que esta cuestión se trata en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.<sup>109</sup>

## 2.3 Definiciones y diferencias con figuras afines

### 2.3.1 Definiciones

El Diccionario de Derecho Internacional define a la protección diplomática como “*la acción de un gobierno ante otro gobierno extranjero para reclamar respecto de sus nacionales o, excepcionalmente, de otras personas, el respeto al Derecho Internacional o para obtener ciertas ventajas a su favor*”.<sup>110</sup>

Borchard señala que es “*un llamamiento de nación a nación para que se cumplan las obligaciones de una para con la otra, fundamentado en sus derechos y deberes mutuos*”;<sup>111</sup> Freeman la definió como “*un principio elemental de Derecho Internacional bajo el cual un individuo que fue lesionado en una tierra extranjera ha sido incapaz de obtener justicia que le ha sido negada*”.<sup>112</sup>

Charles de Visscher la define la como “*un procedimiento que permite a los Estados hacer valer el derecho de sus ciudadanos a recibir un trato acorde con el Derecho Internacional*”.<sup>113</sup>

Joseph afirma que es “*un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del Estado en relación con infracciones del Derecho Internacional derivados de perjuicios jurídicos contra la persona o los bienes del ciudadano de un Estado*”.<sup>114</sup>

Paul de Visscher la considera “*una institución de acuerdo con la cual cada Estado soberano está facultado a reclamar la reparación por las violaciones de Derecho Internacional cometidas por un Estado extranjero a los nacionales del primero*”.<sup>115</sup>

El profesor Mariño Menéndez señala que es “*una institución de origen consuetudinario en virtud de la cual todo Estado tiene el derecho de exigir, por vía diplomática o judicial o por cualquier otro medio de solución pacífica, responsabilidad por violaciones del Derecho Internacional cometidas por otro Estado, en perjuicio de las nacionales del primero*”.<sup>116</sup>

---

<sup>109</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries, op.cit.*, nota 107, p. 22-23.

<sup>110</sup> *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*, París, 1960, p. 541.

<sup>111</sup> Borchard, Edwin Montefiore, 1922, *op.cit.*, nota 38, p. 354.

<sup>112</sup> Freeman, Alwyn V., 1938, *op.cit.*, nota 38.

<sup>113</sup> Visscher, Charles de, Cours général de principes de droit international public, *Recueil des Cours*, Vol. 86, No. II, 1954, p. 507.

<sup>114</sup> Cuthbert, Joseph, *op.cit.*, nota 69, p. 1.

<sup>115</sup> Visscher, Paul de, Cours général de droit international public, *Recueil des Cours*, Vol. 136, No.II, 1972, p. 154.

<sup>116</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005, *op.cit.*, nota 2, p. 522.

Las definiciones anteriores no recogen la evolución en materia de subjetividad internacional relativa a las Organizaciones Internacionales, las cuales, como afirmó la Corte Internacional de Justicia en su Dictamen de 11 de abril de 1949, tienen el poder de asegurar a sus agentes cierta protección, obtener reparación contra ciertos daños y recibir reclamaciones.<sup>117</sup> En este sentido, la definición de la protección diplomática ha sido ampliada por otros autores. Por ejemplo, Kiss la define como “*la acción que ejerce un sujeto de Derecho Internacional, de estructura estatal o no, respecto a otro sujeto de Derecho Internacional a favor de ciertos individuos que tienen ligámenes determinados con él*”.<sup>118</sup> González Campos, *et.al.*, por otro lado, la definen como la acción que “*está encaminada a la protección por parte de un Estado de la persona y bienes de sus nacionales en el extranjero, frente a un daño causado por las autoridades de otro Estado o una Organización internacional*”.<sup>119</sup> El presente capítulo se referirá exclusivamente a la protección diplomática que ejerce el Estado respecto de sus nacionales y no a la llamada *protección funcional* que pueden ejercer las organizaciones respecto de sus agentes, cuyos requisitos y condiciones de ejercicio no coinciden en ambos casos.<sup>120</sup>

### **2.3.2 La definición del proyecto de 2006 y diferenciación con figuras afines: asistencia diplomática, asistencia consular y protección consular**

El artículo 1 del proyecto de la CDI de 2006 señala que la protección diplomática es “*la invocación por un Estado, a través de la acción diplomática u otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad*”.

Esta definición vincula la protección diplomática a la “invocación por un Estado [...] de la responsabilidad de otro Estado”, con lo que se ajusta a la terminología del proyecto de 2001 sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos.<sup>121</sup> De este modo, se identifica el derecho de protección diplomática con el derecho a presentar una reclamación internacional para exigir la responsabilidad internacional de un Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que causa un daño a una persona natural o jurídica nacional del Estado reclamante. En este sentido, la protección diplomática es “un procedimiento [...] para garantizar la protección” del nacional víctima del hecho ilícito y “obtener reparación del perjuicio causado”.<sup>122</sup> Por lo anterior, el artículo 1 del proyecto aprobado de 2006 otorga una definición de la protección diplomática en *sentido estricto*.

---

<sup>117</sup> CIJ, *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949, p. 182-183.

<sup>118</sup> Kiss, A. Ch., *La protection diplomatique*, *Encyclopédie Juridique Dalloz*, Paris: 1969, T. II, p. 690.

<sup>119</sup> González Campos, Julio D., *et.al.*, *op.cit.*, nota 71, p. 429.

<sup>120</sup> Díez de Velasco, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 13ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, p. 90, 114-115. También véase Huici Sancho, Laura, *El hecho internacionalmente ilícito de las organizaciones internacionales: el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*, Barcelona: Bosch, 2007, 153 p.

<sup>121</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 26.

<sup>122</sup> CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 59º período de sesiones, Suplemento Nº 10, A/59/10, p. 27.

En ocasiones se utiliza el término de ‘protección diplomática’ en *sentido amplio* para abarcar a varios o a todos los mecanismos con los que cuenta el Estado para proteger a sus nacionales en el extranjero, tales como la asistencia diplomática, la asistencia consular, la protección consular y la protección diplomática en *sentido estricto*, la cual se corresponde con lo señalado en el artículo 1 del proyecto de 2006.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 establece que entre las funciones de una misión diplomática se haya la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional” (art. 3b). La *asistencia diplomática*, en consecuencia, será la que emprenda el Estado, a través de sus órganos centrales o misiones diplomáticas, para proteger a sus nacionales en el extranjero sin que medie necesariamente la comisión de un hecho ilícito o, al menos, sin que se materialice en una reclamación internacional, por ejemplo, en el caso de evacuación de nacionales ante catástrofes, apoyo a inversiones u operaciones comerciales.<sup>123</sup>

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 señala que entre las funciones consulares está la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía, y de sus nacionales, sean personas nacionales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional” (art. 5a). La *asistencia consular*, por tanto, será la que presten las oficinas consulares y se diferencia de la asistencia diplomática en que es una función que realiza de forma regular y habitual la misión consular, mientras que la misión diplomática la realiza de forma ocasional. Además, su contenido es más preciso y amplio. Incluye, por ejemplo, prestar auxilios materiales como repatriaciones voluntarias, evacuaciones de damnificados, ayudas económicas, el auxilio al nacional ante los órganos administrativos o jurisdiccionales del Estado receptor, la asistencia a nacionales arrestados, detenidos o en prisión y la información y asistencia a nacionales en relación con sus actividades en el Estado receptor.<sup>124</sup>

La *protección consular*, por otro lado, es la ejercida por el jefe de la oficina consular ante las autoridades locales o incluso centrales del Estado receptor, ante un daño infligido al particular ocasionado por un hecho ilícito ya sea internacional, ya sea únicamente interno. En estos casos, el jefe de la oficina consular presenta una reclamación, pero no es una reclamación internacional a diferencia de la protección diplomática. Se presenta ante las autoridades locales de las que emana el acto, normalmente, y no ante el gobierno. No es necesario que se hayan agotado los recursos internos y su presentación no es el origen de una controversia internacional, aunque con frecuencia esta protección pueda ser previa al ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto.<sup>125</sup>

Una vez vistas las características generales de las figuras afines a la protección diplomática en sentido estricto, y de la lectura del artículo 1 del proyecto de 2006, se puede concluir que:

---

<sup>123</sup> Remiro Brotóns, Antonio, *et.al.*, *op.cit.*, nota 71, p. 1000-02.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 846-847.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 487, 1016-19.

1. Para que un Estado pueda ejercer la protección diplomática a favor de uno de sus nacionales, debe existir un hecho internacionalmente ilícito previo de otro Estado. Antes de la existencia de este hecho, el Estado puede realizar otras acciones tendientes a proteger a sus nacionales en el extranjero de los comportamientos del Estado receptor que pueden serle perjudiciales, pero que no necesariamente constituyen un hecho ilícito internacional. Esta acción sería calificable de asistencia diplomática.

2. Cuando un Estado ejerce la protección diplomática, efectúa una reclamación oficial de responsabilidad internacional, lo cual deja fuera las gestiones que pueda realizar mediante conversaciones, negociaciones o visitas *ad hoc* ante el gobierno del otro Estado con el fin de hallar una solución no contenciosa al problema. Mientras no haya invocación de la responsabilidad, no hay ejercicio de la protección diplomática y será calificable como *asistencia diplomática*. Por lo anterior, quedan fuera de la noción de protección diplomática en sentido estricto las funciones de protección y asistencia consular pues no implican la presentación de reclamación internacional alguna.

3. Por otro lado, la definición indica que el beneficio de la reclamación se dirige a una persona natural o jurídica, con lo cual se afirma el carácter particularizado de la reclamación. No obstante, la interpretación de “una persona” del artículo 1 debe realizarse en términos flexibles puesto que la práctica pone de manifiesto que la reclamación puede hacerse con respecto a un grupo de particulares como sucedió en el caso Avena.

4. Las formas de invocar la responsabilidad internacional son muy diversas, tanto la “acción diplomática”, como cualesquiera otros medios de “arreglo pacífico” de controversias.

## **2.4 Naturaleza jurídica**

### **2.4.1 El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática**

#### **2.4.1.1 Un derecho subjetivo de protección del Estado**

Existe consenso entre la doctrina y la jurisprudencia en que el ejercicio de la protección diplomática es un derecho de los Estados y no de sus nacionales. Este enfoque tiene su base en el pronunciamiento de Vattel de 1758 de que “cualquiera que maltrate a un ciudadano, perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano”,<sup>126</sup> así como en el pronunciamiento clásico de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* de 1924:

“Es un principio elemental de Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus ciudadanos lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción a través de las vías ordinarias. Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este *Estado hace valer su propio derecho*, el derecho que tiene de hacer respetar el Derecho Internacional respecto de la persona de sus nacionales. Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre Estados. El Estado,

---

<sup>126</sup> Vattel, Emer de, *op.cit.*, nota 14, p. 136.



desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esta jurisdicción”.<sup>127</sup>

La jurisprudencia arbitral siguió esta misma línea. Así, en el asunto de las *Reclamaciones británicas por daños causados a los súbditos británicos en Marruecos* se señaló:

“Desde el momento en que el Estado al que pertenece el reclamante interviene diplomáticamente a favor de sus súbditos, haciendo valer ya sean derechos convencionales o derivados de los principios del Derecho de Gentes que rigen los derechos de los extranjeros, una nueva reclamación de Estado a Estado ha nacido. Esta reclamación, aunque está ligada materialmente a la reclamación del particular, tiene un carácter enteramente diferente de ella”.<sup>128</sup>

La CIJ también aprobó este enfoque en 1955, aunque con distintas palabras, en el caso *Nottebohm*: “la protección diplomática y la protección por medio de procedimientos judiciales internacionales constituyen medidas para la defensa de los intereses del Estado”.<sup>129</sup>

El proyecto de la CDI de 2006 reafirmó la postura tradicional de considerar el ejercicio de la protección diplomática como un derecho de los Estados en sus artículos 1, 2 y 3: “[...] la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad” (art. 1); “Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos” (art.2); “El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad” (art. 3.1).

No obstante lo señalado en los artículos anteriores, los comentarios del proyecto explican que:

“En realidad -para citar el asunto *Mavrommatis*-, el Estado no hace valer sólo su propio derecho. En realidad, hace valer también el derecho de su nacional perjudicado [...] El proyecto del artículo 1 está redactado de manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace por derecho propio o en virtud del de su nacional, o ambas cosas”.<sup>130</sup>

Y en los comentarios al artículo 2 se insiste en esta cuestión:

---

<sup>127</sup> *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, *op.cit.*, nota 67, p. 12. Véase la jurisprudencia posterior del TPJI y de la CIJ en este sentido: *Caso de los préstamos serbios (Francia vs. Serbia)*, Serie A, No. 20/21, 12 de julio de 1929, p. 17; *Caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia vs. Lituania)*, Series A/B, No. 76, 28 de febrero de 1939, p. 16; *Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, sentencia de 18 de noviembre de 1953, p. 24; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 1970, *op.cit.*, nota 23, p. 43 y ss.

<sup>128</sup> Recueil des Sentences Arbitrales, *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español (España vs. Reino Unido)*, 1 de mayo de 1925, Vol. II, p. 633.

<sup>129</sup> *Caso Nottebohm*, 1955, *op.cit.*, nota 77, p. 24.

<sup>130</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 25-26.

“sin perjuicio de quien sea el titular de los derechos que el Estado pretende hacer valer en el proceso, bien su propio derecho, o bien los derechos del nacional perjudicado en cuyo nombre actúa. Como el proyecto de artículo 1, es neutral a este respecto”.<sup>131</sup>

Los comentarios del proyecto respecto a la “neutralidad” de la titularidad del derecho de la protección diplomática de los artículos 1 y 2 generan confusión pues la institución fue construida como un derecho de los Estados y no de sus nacionales.<sup>132</sup> La práctica, la jurisprudencia y la doctrina respaldan este hecho, y los artículos 1, 2 y 3 del proyecto dejan claro quién es el titular del derecho: el Estado. Como señala A. Pellet, la formulación heredera de Vattel, cristalizada por la jurisprudencia y la doctrina, cumplió la misión de conciliar dos imperativos contradictorios: de un lado, tratar de evitar que un daño hecho a un particular en sus bienes o derechos en el extranjero quedara sin reparación y, de otro, afirmar la exclusión del individuo en cuanto a la posibilidad de elevar directamente la reclamación al ámbito internacional.<sup>133</sup>

La construcción tradicional de la protección diplomática se basa en la ficción jurídica vatteliana que consiste en convertir el daño causado a los bienes o la persona de un extranjero en un daño al Estado de su nacionalidad. Esta es la piedra angular de la institución: si el Estado no tuviera un derecho subjetivo lesionado, difícilmente podría tener un derecho subjetivo de protección. La ficción jurídica tiene como fin legitimar y dar un fundamento jurídico al derecho subjetivo de protección del Estado. Esto explica que el derecho subjetivo lesionado del particular quede borrado de la argumentación legal, pero no que se niegue su existencia. Sobre su existencia se crea un nuevo derecho subjetivo lesionado para el Estado: el derecho de que se respete el Derecho Internacional en la persona de sus nacionales.<sup>134</sup>

#### 2.4.1.2 Un derecho discrecional del Estado

M. P. Andrés ha señalado que “al tratarse de un derecho del Estado y no de los particulares, aquél goza de *absoluta discrecionalidad* en orden al ejercicio de la pretensión jurídica en que se concreta la protección diplomática”.<sup>135</sup> En este sentido se ha pronunciado la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*:

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>132</sup> Véanse los rasgos de la postura tradicional en Wyler, E., *La Règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París: Presses Universitaires de France, 1990, p. 9-10. Sobre la teoría del endoso y este carácter, véase Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Reflexiones sobre la protección diplomática*, en VV.AA., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; Universidad Complutense, 1986, p. 386-387. También es la postura del ex Relator Bennouna, *Informe Bennouna, op.cit.*, nota 105, párr. 53.

<sup>133</sup> Pellet, A., *Le droit international à l'aube du XXI siècle*. La Société internationale contemporaine-Permanence et tendances nouvelles, en J. Cardona (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional 1997*, Vol. I, Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 84.

<sup>134</sup> Torroja Mateu, Helena, La “protección diplomática” de los “derechos humanos” de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 58, No. 1, 2006, p. 228-229.

<sup>135</sup> Andrés Sáenz de Santa María, María Paz, *Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno*, *Anuario de Derecho Internacional*, No. 3, 1976, p. 323.

“[...] dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que está haciendo valer [...] el Estado debe ser considerado como el único competente para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones en particular, de orden político, ajenas al orden concreto”.<sup>136</sup>

Esta discrecionalidad del Estado se manifiesta en varios niveles:

i. El Estado es libre de conceder o negar la protección, sin tener que justificarse en ninguno de los dos casos o aducir, por ejemplo, la falta de fundamento de la solicitud o los intereses de su política exterior. Además, no está vinculado por las peticiones que pueda hacerle el particular (salvo que el orden interno así lo disponga). No obstante, algunas veces la actitud del particular a favor del que se ejerce la protección diplomática puede influir en las acciones de su Estado si éste decide darle voz a dicha actitud en el plano internacional. Por ejemplo, en el asunto de la *Barcelona Traction*, Bélgica manifestó a la CIJ en su primera comunicación de 23 de marzo de 1961 que, a petición de sus súbditos, cuya protección motivó la presentación de la demanda, y valiéndose del derecho que le confería el artículo 69 del Reglamento del Tribunal, renunciaba a proseguir la instancia. Más tarde, la demanda fue reintroducida y España adujo la excepción de desistimiento, basándola, entre otras razones, en que los representantes de los intereses privados españoles habían puesto como condición para entablar negociaciones privadas que se pudiese definitivamente término al asunto presentado al Tribunal.<sup>137</sup> En este sentido, el artículo 19, apartado b), del proyecto de la CDI recomienda “tomar en cuenta, cuando sea posible, la opinión de las personas perjudicadas con respecto al ejercicio de la protección diplomática y la reparación buscada”.<sup>138</sup>

ii. En caso de que el Estado obtenga alguna reparación, puede disponer del importe a su discreción, incluso negando a los particulares cualquier cantidad. Al respecto, el proyecto de la CDI recomienda en su artículo 19, apartado c), “transferir a la persona perjudicada cualquier compensación obtenida por el daño del Estado responsable, sujeto a cualquier deducción razonable”. Este tema no deja de ser controversial entre la doctrina, abundando las posturas que afirman que la reparación obtenida debe ir a parar a manos del individuo lesionado, postura que se comparte. Así, por ejemplo, Gaja ha criticado que se haya adoptado este enfoque de ‘recomendación’ en el proyecto de artículos, afirmando que “la Comisión de Derecho Internacional debió haber establecido que, en la medida en que una

---

<sup>136</sup> *Barcelona Traction, op.cit.*, 1970, nota 23, p. 44.

<sup>137</sup> CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962*, objeciones preliminares, 24 de julio de 1964, p. 23.

<sup>138</sup> Para algunos autores y alguna jurisprudencia es una norma consuetudinaria que el Estado esté obligado a tener en cuenta la lesión del particular para calcular la reparación. El que la indemnización por lo general se calcula teniendo en cuenta la lesión sufrida por el particular fue señalado por la CPJI en el *Caso relativo a la fábrica de Chorzów (Alemania vs. Polonia)*, Serie A - No. 9, 26 de julio de 1927, p. 28. Por otro lado, autores como Bollecker-Stern han sostenido que tener en cuenta la lesión del particular es una obligación de Derecho Internacional consuetudinario. Bollecker-Stern, Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, París: E. Pedone, 1973, *passim*.

reclamación incumba a un daño sufrido por un individuo, la reparación debe ir a parar al individuo lesionado”.<sup>139</sup>

iii. Una vez presentada la reclamación, “el control del Gobierno, que ha hecho suya y está ejerciendo la reclamación [...] es completo”.<sup>140</sup> Por ello, el Estado es quien determina la reclamación y puede abandonarla sin necesidad de consulta o autorización de su nacional.

iv. Los Estados pueden extender su protección a personas que no son estrictamente sus nacionales cuando han celebrado ‘acuerdos especiales’ que lo permiten,<sup>141</sup> por ejemplo, como se ha hecho en el marco de la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht de 1992.<sup>142</sup>

v. Los Estados pueden renunciar a ejercer su derecho en un caso concreto o incluso, como ciertos Estados lo han hecho, por medio de un tratado internacional multilateral.<sup>143</sup> Así, por ejemplo, el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, al establecer un sistema propio y peculiar de protección, implícitamente supone la no adecuación de la aplicación de la protección diplomática entre sus Estados partes. Y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965 dispone en su artículo 27.1:

“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.<sup>144</sup>

vi. El Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales con independencia de que dicho derecho esté previsto o no en la regulación jurídica del derecho conculcado. Y así lo manifestó la CIJ en su sentencia del *Caso Lagrand (Alemania vs. EE.UU.)*, de 27 de junio de 2001. En dicho asunto, Alemania fundó su demanda contra Estados Unidos, entre otros motivos, en su derecho a proteger diplomáticamente a sus nacionales en el ejercicio de los derechos consignados en el artículo 36.1.b) de la

---

<sup>139</sup> Gaja, Giorgio, The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, p. 13. También véase el análisis que hace sobre esta cuestión Salazar Alborno, Mariana, Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection. Contemporary Challenges, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 6, 2006, p. 409-416.

<sup>140</sup> Reports of International Arbitral Awards, *William A. Parker (EE.UU. vs. México)*, 31 de marzo de 1926, Vol. IV, p. 36-37.

<sup>141</sup> *Caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia vs. Lituania)*, *op.cit.*, nota 127, p. 16.

<sup>142</sup> Al respecto, véanse el artículo 35 (antiguo artículo 20 TUE) de la Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13 de de 30.03.2010) y los artículos 20.2, c), (antiguo artículo 17 TCE) y 23 (antiguo artículo 20 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83 de 30 de marzo de 2010).

<sup>143</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005, *op.cit.*, nota 2, p. 523.

<sup>144</sup> Véase un análisis de la convención en Miaja de la Muela, A., Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 22, 1969, p. 9 y ss.; Díez-Hochleitner Rodríguez, Javier, Protección diplomática v. arbitraje de inversiones, en Caflisch, Lucius, *et.al.* (coord.), *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2005, p. 469-505.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, violados por Estados Unidos. Pero Estados Unidos alegó la incompetencia de Corte para conocer el asunto en virtud de que la CV63 no prevé el derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática, la cual es ‘una noción del Derecho Internacional consuetudinario’. Esta objeción fue declarada improcedente por la CIJ al señalar:

“[...] la Corte no puede aceptar la tesis de los Estados Unidos de que la demanda de Alemania, fundada sobre los derechos individuales de los hermanos Lagrand, no es de su competencia por el hecho de que la protección diplomática es una noción de Derecho Internacional consuetudinario. Ello no constituye un obstáculo a que un Estado parte en un tratado que crea derechos para los particulares pueda asumir como propia la defensa de uno de sus nacionales e iniciar una acción judicial internacional a favor de ese nacional sobre la base de una cláusula atributiva de competencia que figure en el tratado”.<sup>145</sup>

#### 2.4.2 El derecho subjetivo lesionado del individuo subyacente

La existencia de derechos individuales en el Derecho Internacional en ámbitos distintos a los derechos humanos ha sido reconocida en la jurisprudencia internacional en los últimos años. Como señaló la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios al artículo 33 (2) del proyecto sobre responsabilidad internacional aprobado en 2001:

“[los] derechos individuales bajo el Derecho Internacional pueden surgir fuera del ámbito de los derechos humanos. El rango de posibilidades es demostrado desde la sentencia de la Corte Internacional en el caso *Lagrand*, en el cual la Corte sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares <<crea derechos individuales que, por virtud del artículo 1 del Protocolo Opcional, pueden ser invocados en esta Corte por el Estado de la nacionalidad de la persona detenida>>”.<sup>146</sup>

Destacan en este sentido los casos *Breard*, *Lagrand* y *Avena* (recayendo sentencia sólo en los dos últimos) planteados ante la CIJ por Paraguay, Alemania y México, respectivamente, en su nombre propio y en el de su derecho a ejercer la protección diplomática, en relación con nacionales detenidos, juzgados y sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos sin haber visto garantizado su derecho a la información y goce de la asistencia consular (art. 36, 1.b de la Convención de Viena sobre relaciones consulares). En los casos *Lagrand* y *Avena*, la CIJ reconoció que el referido artículo 36, párrafo 1, crea derechos individuales para el nacional involucrado, invocables por el Estado de su nacionalidad.<sup>147</sup> Al hacer esto, confirmó que la protección diplomática “no se limita a daños económicos sino que concierne a cualquier tipo de derechos otorgados a los individuos por el Derecho Internacional”.<sup>148</sup>

Eso sí, la CIJ evitó pronunciarse sobre la naturaleza de *derecho humano* del derecho a la información de la asistencia consular y prefirió hablar de *derecho individual*, a pesar de la insistencia de Alemania y México en ese sentido, de su inclusión en el artículo 10 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país

---

<sup>145</sup> Caso *LaGrand*, *op.cit.*, nota 6, párr. 41-42.

<sup>146</sup> *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*, *op.cit.*, nota 103, p. 209.

<sup>147</sup> Caso *LaGrand*, *op.cit.*, nota 6, párr. 77; *Avena y otros nacionales mexicanos*, *op.cit.*, nota 6, párr. 40.

<sup>148</sup> Deen-Racsmány, Z., Diplomatic Protection and the *LaGrand* Case, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, p. 102-103.

en que viven (AG Res. 40/144), de 13 de diciembre de 1985, de la postura de la Comisión de Derechos Humanos,<sup>149</sup> y de la Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH, en la referida Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, señaló que el artículo 36 de la CV63 reconoce al detenido extranjero *derechos individuales*, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Asimismo, que dicha disposición concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada en la *normativa internacional de los derechos humanos*.<sup>150</sup> Y, por otro lado, “que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) [...] permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho [humano] al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del PIDCP; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”.<sup>151</sup> Como se sabe, si en un caso de pena de muerte no se respetan las garantías del debido proceso legal consignadas en el artículo 14 del PIDCP, puede conllevar a la privación arbitraria de la vida, en violación de este derecho fundamental consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.<sup>152</sup>

El Juez A. A. Cançado Trindade, por su parte, manifestó en su voto concurrente de dicha Opinión Consultiva que el artículo 36.1.b) de la CV63, a pesar de haber precedido en el tiempo a los tratados generales de protección de los derechos humanos, “hoy día ya no puede ser disociad[o] de la normativa internacional de los derechos humanos acerca de las garantías del debido proceso legal. La evolución de las normas internacionales de protección ha sido, a su vez, impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos”.<sup>153</sup>

Los extranjeros detenidos en el Estado receptor, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan una condición de particular vulnerabilidad “que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar”.<sup>154</sup> Ya lo afirmó la CIJ en su sentencia de 30 de noviembre de 2010 del caso *Diallo vs. República Democrática del Congo*: “Estas provisiones [art. 36.1.b CV63], como

---

<sup>149</sup> Véase Aznar Gómez, Mariano J., El asunto Lagrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 54, 2002, No. 2, p. 742-745.

<sup>150</sup> CIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 141, apartados 1 y 2.

<sup>151</sup> *Ibidem*, párr. 141, apartado 6.

<sup>152</sup> *Ibidem*, párr. 141, apartado 7.

<sup>153</sup> CIDH, Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, *Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*, párr. 15.

<sup>154</sup> *Ibidem*, párr. 23.

queda claro de sus propias palabras, *son aplicables a cualquier privación de la libertad sin importar el tipo, incluso fuera del contexto de perseguir a autores de delitos*” (párr. 91).

Por ello, el Juez Trindade afirma que:

“la relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos humanos se impone por aplicación del principio de la no-discriminación, de gran potencial (no suficientemente desarrollado hasta la fecha) y de importancia capital en la protección de los derechos humanos, extensiva a este aspecto de las relaciones consulares. Tal derecho, situado en la confluencia entre dichas relaciones y los derechos humanos, contribuye a extender el manto protector del Derecho a aquellos que se encuentran en situación de desventaja -los extranjeros detenidos- y que, por eso, más necesitan de dicha protección, sobretodo en los medios sociales constantemente amenazados o atemorizados por la violencia policial”.<sup>155</sup>

En la confluencia de las relaciones consulares con los derechos humanos se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el Derecho Internacional convencional como por el Derecho Internacional consuetudinario.<sup>156</sup>

Este reconocimiento de derechos individuales ha propiciado que en años recientes renazca entre la doctrina la oposición a la tradicional ficción vatteliana que sustenta la protección diplomática y se sostenga que no hay derechos estatales subyacentes a la protección diplomática: si ésta es ejercida como consecuencia de la violación de un tratado o la costumbre que establezcan derechos individuales, entonces se debe considerar que la protección diplomática sólo se basa en derechos individuales y que el Estado, al ejercer la protección diplomática, sólo actúa como agente o representante de tal individuo, pero no está, de ninguna manera, haciendo valer sus propios derechos.<sup>157</sup>

Cabe recordar que con anterioridad ya una parte de la doctrina había cuestionado la ficción que sustenta la protección diplomática por considerarse que realmente es el individuo y no el Estado el que, la mayoría de las veces, resulta lesionado por el hecho internacional ilícito.<sup>158</sup> Por ejemplo, Scelle calificó la ficción vatteliana como ‘insustancial e ilusoria’.<sup>159</sup> Aún más, esta visión estuvo presente en el seno de la Comisión de Derecho Internacional

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, párr. 28.

<sup>156</sup> *Ibidem*, párr. 35.

<sup>157</sup> Por ejemplo véanse Bennouna M., *La Protection Diplomatique, un Droit de l'État?*, en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber Paix, Développement, Démocratie/Peace, Development, Democracy*, Bruselas: Bruylant, 1998, p. 245-250; Amerasinghe, C. F., *Local Remedies in International Law*, 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 55.

<sup>158</sup> Por ejemplo, véanse Berlia, G., *Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique*, *Annuaire français de droit international*, III, 1957, p. 63-72; Cavare, Louis, *Les transformations de la Protection diplomatique*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 19, 1958, p. 54-80; Panhuys, Haro F. Van, *The Role of Nationality in International Law: An Outline*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1959; Vellas, Pierre, *Droit international public: institutions internationales, methodologie, historique, sources, sujets de la societe internationale, organisations internationales*, París: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1967; Rousseau, Charles E., *op.cit.*, nota 38, tm. V, p. 194-195. También veáse lo dicho por Wyler, E., *op.cit.*, nota 132, p. 10, quien cita también a Politis y La Pradelle.

<sup>159</sup> Scelle, Georges, *Règles générales du droit de la paix*, *Recueil des Cours*, Vol. 46, no. IV, 1933, p. 660-661.

desde el inicio de la codificación de la institución en el seno de la responsabilidad internacional. Así, el primer relator de la materia G. Amador sostenía que “el Estado debe actuar a nombre del individuo y no bajo su propio derecho, excepto en los casos en que el interés real del Estado se vea lesionado”.<sup>160</sup> A partir de la segunda etapa de codificación iniciada en 1995, esta también fue la postura del primer relator de la materia, M. Bennouna.<sup>161</sup>

La postura anterior, por tanto, rechaza la justificación tradicional de la protección diplomática, de acuerdo con la cual un daño al individuo lesiona los intereses del Estado de su nacionalidad. Este enfoque no se comparte porque, a pesar de que puede parecer compatible con los desarrollos en materia de derechos humanos al dar primacía al individuo como principal perjudicado, es extremista y no concuerda con el carácter ‘esencialmente interestatal’ del Derecho Internacional y, en especial, del Derecho de la Responsabilidad Internacional.<sup>162</sup> Así como la postura tradicional es extremista al menospreciar la existencia de derechos individuales en el Derecho Internacional, esta postura pasa por alto que tales derechos individuales están contenidos en instrumentos celebrados entre Estados o que están reconocidos por una costumbre internacional entre Estados, lo cual evidencia la interdependencia de derechos del Estado y del individuo cuando éste último sufre un daño en el extranjero y su Estado ejerce la protección diplomática. Ya lo señaló la CIJ en el caso *Avena*:

“En estas circunstancias tan particulares de interdependencia de los derechos del Estado y de los derechos individuales, México puede, presentando una demanda en su propio nombre, pedir a la Corte que decida sobre la violación de los derechos de que sostiene haber sido víctima, a la vez directamente y a través de la violación de los derechos individuales atribuidos a sus nacionales por el artículo 36.1.b). La obligación de agotar los recursos no se aplica a tal demanda.”<sup>163</sup>

Si bien es cierto que no es fácil distinguir los diferentes derechos que se encuentran presentes en la protección diplomática, es útil recurrir a la Teoría General del Derecho, y en particular a la Teoría de las Situaciones Jurídicas Subjetivas, cuya aproximación al Derecho Internacional Público ha sido llevada por autores como Miaja de la Muela, Cardona Llorens y el profesor Mariño Menéndez.<sup>164</sup> Desde esta teoría, se observa no tanto la norma que objetivamente establece derechos y obligaciones, sino las situaciones jurídicas activas y pasivas en las que quedan colocados los destinatarios de la norma. De tal manera que “la norma se subjetiviza en las situaciones jurídicas en que, por obra suya, quedan colocadas

---

<sup>160</sup> García Amador, Francisco V., 1958, *op.cit.*, nota 37, p. 472.

<sup>161</sup> *Informe Bennouna, op.cit.*, nota 105, párr. 49-54, en especial el 53.

<sup>162</sup> Dominicé, C., Regard Actuel sur la Protection Diplomatique, en VV.AA, *Liber Amicorum Claude Reymond: Autour de l'Arbitrage*, París: Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 74.

<sup>163</sup> *Avena y otros nacionales mexicanos, op.cit.*, nota 6, párr. 40.

<sup>164</sup> Miaja de la Muela, Adolfo, Las situaciones jurídicas subjetivas en Derecho Internacional Público, en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado: Homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, Oviedo: Universidad de Oviedo, 1970, p. 25-50; Cardona Llorens, Jorge, Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional público, en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Vol. 1, 1989, p. 231-248; Mariño Menéndez, Fernando M., Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el derecho internacional, en Cardona Llorens, Jorge (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III, 1999, Castellón: Aranzadi, 2000, p. 315-362.



las entidades que se relacionan jurídicamente”.<sup>165</sup> La principal situación activa es la de derecho subjetivo “que permite a su titular [...] exigir a terceros el respeto al interés protegido, en caso de que conductas de éstos lo lesionen o pongan en peligro de lesión”.<sup>166</sup> Este derecho subjetivo vendría otorgado por las normas primarias. En el caso que nos ocupa podría ser una norma internacional, como un tratado de amistad y comercio o un tratado de derechos humanos, que otorga un derecho al particular de un Estado: a la vida, a la propiedad, a la integridad física, etc.

Junto a estos ‘derechos subjetivos sustantivos’, hay derechos subjetivos fundados en normas secundarias.<sup>167</sup> Para el profesor Mariño Menéndez “constituye ejercicio de un derecho subjetivo de protección la acción (basada en la correspondiente norma jurídica legitimadora) por medio de la cual se presenta una ‘reclamación’ en defensa de un propio interés jurídico “lesionado o en peligro de ser lesionado”, ante un órgano judicial internacional competente para decidir sobre la base del Derecho Internacional y de modo obligatorio para las partes enfrentadas, la correspondiente controversia”.<sup>168</sup>

De este modo, y tomando como referencia la distinción entre derechos subjetivos sustantivos y derechos subjetivos de protección, se pueden distinguir en la institución de la protección diplomática la titularidad del derecho subjetivo sustantivo que pertenece al particular y la titularidad del derecho subjetivo de protección que corresponde al Estado.<sup>169</sup> Por lo que se puede afirmar que el Derecho Internacional Público general reconoce derechos subjetivos sustantivos a los particulares pero no les reconoce derechos subjetivos correlativos de protección, los cuales pueden darse en el marco de acuerdos o sistemas normativos particulares, pero no derivarse directamente del Derecho Internacional general. Así pues, siguiendo la Teoría de las Situaciones Jurídicas Subjetivas desde la óptica del Derecho Internacional Público, y el análisis de Torroja Mateu<sup>170</sup> para el caso de la protección diplomática, se puede afirmar que la pretensión del Estado cuando ejercita la protección diplomática está deslindada de la pretensión del particular, quien no tiene un derecho subjetivo de protección o acción para reclamar internacionalmente, esto es, no tiene legitimación activa. La institución de la protección diplomática es claramente interestatal, es decir, se regula una relación jurídica de Estado a Estado, por lo que el derecho subjetivo de protección corresponde inequívocamente al Estado.

---

<sup>165</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2000, *op.cit.*, nota 164, p. 326.

<sup>166</sup> *Ídem.*

<sup>167</sup> En el sentido que lo entiende Hart, véase nota 98, *supra*.

<sup>168</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2000, *op.cit.*, nota 164, p. 327.

<sup>169</sup> Esta percepción no sería compartida por autores como Kelsen o Miaja de la Muela para quienes no se puede hablar de un derecho sustantivo cuando su titular no tiene el correlativo derecho de protección. Al respecto, Miaja de la Muela señala que “el derecho subjetivo constituye una facultad otorgada a su titular por el orden jurídico para actuar lícitamente en un cierto ámbito y reclamar ciertas prestaciones, de acción o simplemente de respeto, por parte de los destinatarios pasivos de la norma que atribuye el derecho subjetivo de que se trate”. Miaja de la Muela, 1970, *op.cit.*, nota 164, p. 38. Por otro lado, para Kelsen sólo existe un ‘derecho subjetivo en sentido técnico’ cuando hay “un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. [El] ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en el sentido propio de la palabra”. Lo cual se corresponde con el concepto estricto de subjetividad internacional de Kelsen. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa, 1995, p. 147.

<sup>170</sup> Para abundar sobre este tema, véase el artículo de Torroja Mateu, Helena, 2006, *op.cit.*, nota 134, p. 205-237.

Por lo anterior, el verdadero desafío a la naturaleza jurídica de la protección diplomática no es la sustitución del Estado por el individuo en la titularidad del derecho principal, como algunos han observado,<sup>171</sup> sino el reconocimiento de que dos derechos se encuentran presentes en la institución: *el derecho subjetivo sustantivo del individuo y el correlativo derecho subjetivo sustantivo de protección del Estado*. De este modo, cuando un individuo es lesionado en el extranjero, antes que nada son sus derechos individuales los que están en juego, pero, a su vez, la lesión a tales derechos afecta los derechos del Estado de su nacionalidad (o del que es refugiado o apátrida). Por ello, se puede sostener que los dos derechos presentes en la institución de la protección diplomática son *complementarios*.

Este carácter dual de la naturaleza jurídica de la protección diplomática es el enfoque del último relator especial J. Dugard<sup>172</sup> y ha sido reconocido por la doctrina<sup>173</sup> y la CIJ. En *Lagrand*, la CIJ señaló: “[...] los Estados Unidos de América han incumplido sus obligaciones con la República Federal de Alemania y con los hermanos Lagrand bajo el artículo 36, párrafo 1”.<sup>174</sup> Y en *Avena*: “[las] violaciones de los derechos del individuo bajo el artículo 36 pueden conllevar la violación de los derechos del Estado que envía, y las violaciones de los derechos de este último, pueden conllevar la violación de los derechos del individuo”.<sup>175</sup> Esto también quedó confirmado por el hecho de que la CIJ evitó poner un nombre al beneficiario de la reparación de la obligación violada.<sup>176</sup>

#### 2.4.3 ¿Deber de los Estados?

Pese a que Vattel habló de *deber*, los Estados en la práctica dejaron en *derecho* el ejercicio de la protección diplomática. Y el mayor defecto de la protección diplomática como medio de defensa de los derechos de las personas es precisamente ese: deja por completo al Estado de la nacionalidad del individuo lesionado la decisión de ejercer o no la protección

---

<sup>171</sup> *Informe Bennouna, op.cit.*, nota 105, párr. 49-54, en especial el 53.

<sup>172</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, op.cit.*, nota 24, párr. 31-32; *Quinto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, op.cit.*, nota 106, párr. 37.

<sup>173</sup> Por ejemplo, véanse Orrego-Vicuña, Francisco, *The Changing Law of Nationality of Claims*, Report prepared for the International Law Association International Committee on Diplomatic Protection, en Report of the Sixty-Ninth Conference, *International Law Association Reports*, London, 2000, p. 633-634; Orrego-Vicuña, Francisco, *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*, en Ko-Yung Tung, *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata: International Finance And Development Law*, London: Kluwer Law International, 2001, p. 503-525; Quel López, Francisco Javier, Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (2002)*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2002, p. 347-348; Condorelli, L., L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003 (a), p. 12, nota al pie 9; Gaja, G., Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003 (a), p. 63-65; Dominicé, C., *op.cit.*, nota 162, p. 77-78; Salazar Albornoz, Mariana, *op.cit.*, nota 139, p. 402; Torroja Mateu, Helena, *El derecho del estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona: Editorial Bosch, 2007, p. 55-56.

<sup>174</sup> *Caso LaGrand, op.cit.*, nota 6, párr. 128 (3).

<sup>175</sup> *Avena y otros nacionales mexicanos, op.cit.*, nota 6, párr. 40.

<sup>176</sup> *Ibidem*, párr. 153 (9).

diplomática. De este modo, el individuo, a pesar de que fue la víctima del hecho ilícito de un Estado y, en consecuencia, fue lesionado en su persona, sus bienes o intereses, no es el titular de la acción, sino el Estado de su nacionalidad. Esto sugiere indefensión e inseguridad jurídica para los particulares en caso de que su Estado decida no ejercerla, tal como lo reconoció la CIJ en el referido asunto de la *Barcelona Traction*:

“Si las personas físicas o jurídicas por cuenta de las cuales actúa el Estado estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recursos en el Derecho Internacional”.<sup>177</sup>

La noción de discrecionalidad absoluta es inconsistente con la complementariedad y la primacía del individuo que subyace a la protección diplomática. Por ello, y considerando el aún limitado acceso del individuo a los tribunales internacionales y la ineffectividad de varios de los mecanismos directos, se ha considerado que el Estado debiera tener un verdadero *deber* de proteger a sus nacionales cuando sus derechos son lesionados en el extranjero.<sup>178</sup> En este sentido, se han hecho algunos esfuerzos (si bien escasos):

i. De *lege data*. En primer lugar, aunque a nivel regional y no referido a la protección diplomática en *sentido estricto*, el artículo 35 (antiguo artículo 20 del TCE) del Tratado de la Unión Europea<sup>179</sup> establece el derecho de los ciudadanos de la Unión a ser protegidos en el territorio de terceros países, con la correspondiente obligación de los Estados miembros.<sup>180</sup> Y, en segundo lugar, en el marco de la extinta Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, creada en 1991 para examinar las demandas de compensación y abonar las indemnizaciones a las víctimas de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por Irak, el artículo 5.1.a) de las Reglas Provisionales para el Procedimiento de Reclamación<sup>181</sup> disponía que si un Estado no presentaba una reclamación a nombre de su nacional, otro Estado lo podía hacer, siempre que dicha persona fuera residente en dicho Estado, con lo cual tenía lugar cierta atenuación a la discrecionalidad tradicional.

ii. De *lege ferenda*. Dugard sugirió en su primer informe sobre la protección diplomática que, bajo ciertas condiciones, los Estados tenían el *deber jurídico* de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales lesionados por un hecho ilícito internacional de otro Estado. Y presentó como propuesta para el artículo 4 del proyecto lo siguiente:

---

<sup>177</sup> *Barcelona Traction*, *op.cit.*, 1970, nota 23, párr. 78.

<sup>178</sup> Algunos incluso han sostenido que la protección diplomática es un *derecho humano*. Para una descripción, véase Flauss, J. F., *Protection Diplomatique et protection internationale des droits de l'homme*, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, No. 1, 2003 (a), p. 35-36.

<sup>179</sup> Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13 de de 30.03.2010). Además véanse los artículos 20.2, c), (antiguo artículo 17 TCE) y 23 (antiguo artículo 20 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83 de 30 de marzo de 2010).

<sup>180</sup> Esta disposición estuvo prevista desde el Tratado de Maastricht de 1992 (art.8c). Sobre este tema, pueden verse Jiménez Piernas, Carlos B., *La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea*, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, No. 1, 1993, p. 9-52; Andrés Sáenz de Santa María, María Paz, *La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el Exterior*, *Revista de derecho de la Unión Europea*, No. 11, 2006, p. 11-25; Mangas Martín, Araceli, *Protección diplomática y consular*, en Mangas Martín, Araceli & González Alonso, Luis Norberto, (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Madrid: Fundación BBVA, 2008, p. 731-738.

<sup>181</sup> Adoptadas en la 27ª reunión del Consejo de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, 6ª sesión del 26 de junio de 1992, S/AC.26/1992/10.

“1. A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *jus cogens* atribuible a otro Estado”.

2. El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si:

a) El ejercicio de la protección diplomática puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población;

b) Otro Estado ejerce la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada;

c) La persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado.

3. Los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar este derecho ante un tribunal interno competente u otra autoridad nacional independiente”.<sup>182</sup>

En el comentario a dicho artículo, Dugard manifestó que, si bien existen distintas posturas sobre el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática, abundando las que lo apoyan, también hay voces que “se han alzado en su contra”, así como “signos en la práctica reciente de los Estados, las constituciones y las opiniones jurídicas de apoyo a la opinión de que los Estados no sólo tienen el deber sino la obligación jurídica de proteger a sus nacionales en el extranjero, [lo cual] concuerda con el objetivo principal del Derecho Internacional contemporáneo: el progreso de los derechos humanos de la persona antes que las facultades soberanas del Estado”.<sup>183</sup>

Aún más, sostuvo que “si un Estado parte en una convención sobre derechos humanos tiene la obligación de velar por que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción estén efectivamente protegidas contra la violación de los derechos contenidos en la convención y a proporcionar medios adecuados de reparación, no hay razón por la cual el Estado de la nacionalidad no debe estar obligado a proteger a sus propios nacionales cuando los derechos humanos básicos de éstos son gravemente violados en el extranjero”.<sup>184</sup> Indudablemente, el argumento anterior se comparte, especialmente cuando se trata de violaciones graves de normas de *jus cogens*, pues es razonable pedir que un Estado reaccione con la protección diplomática a las medidas adoptadas por otro Estado contra sus nacionales que constituyan una infracción grave de una norma de *jus cogens*.

El proyecto de artículo 4 debía ser interpretado como ‘un desarrollo progresivo antes que una codificación’.<sup>185</sup> Desafortunadamente, la discusión al interior de la Comisión de Derecho Internacional mostró que esta disposición era muy progresista para ser aceptada y no se incluyó en el proyecto final de artículos que se remitió al Sexto Comité en su primera lectura en 2004, preservándose en el artículo 2 del proyecto la postura tradicional de la discrecionalidad absoluta del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. Esto denota la falta de consenso al seno de la CDI sobre el mantener las características tradicionales de la protección diplomática o el convertirla en un instrumento al servicio de

---

<sup>182</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, op.cit., nota 24, párr. 74.* También véase Dugard, John, *Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission, Australian Yearbook of International Law*, Vol. Vol. 24, 2005, p. 80-83.

<sup>183</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, op.cit., nota 24, párr. 87.*

<sup>184</sup> *Ibidem*, párr. 89.

<sup>185</sup> *Ibidem*, párr. 88.

la protección legal de los derechos humanos. A lo más que llegó el proyecto de la CDI en este sentido fue a *recomendar* en su artículo 19 que los Estados ejerzan la protección diplomática en nombre de sus nacionales cuando éstos hayan sufrido un ‘daño significativo’.

Autores como Torroja Mateu han manifestado que no hay razón para refutar el argumento de Dugard “en un plano abstracto y de *lege ferenda*”. Sin embargo “en el plano concreto, el de la política y comportamiento de los Estados, los creadores hoy por hoy del Derecho Internacional público, sí hay razón: la voluntad de los Estados, su soberanía e independencia. Mientras ellos no adopten la norma jurídica que les obligue a ejercer la protección diplomática en estos casos, ésta no existirá; por más que se afirme desde un plano doctrinal su existencia”.<sup>186</sup> Ciertamente la opinión de Torroja Mateu es realista y acorde con el comportamiento de los Estados y la esencia misma del Derecho Internacional. Sin embargo, no puede dejar de lamentarse esta oportunidad perdida en aras de ampliar el arsenal de recursos de los que se disponen cuando tienen lugar violaciones graves de normas de *jus cogens* que lesionan a la persona humana, su dignidad y, por ende, el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, el cual hoy por hoy constituye uno de los principios estructurales del Derecho Internacional.<sup>187</sup>

iii. *Jurisprudencia*. Algunos autores han visto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una ligera tendencia hacia la posibilidad de alegar un derecho a la protección diplomática por daños sufridos bajo los artículos 2, 3 y 4 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.<sup>188</sup> Cabe señalar que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos repetidamente sostuvo que no existe un derecho a la protección diplomática conforme al artículo 1 del CEDH<sup>189</sup> y que, aún cuando un Estado estuviera obligado a proteger a sus ciudadanos en el extranjero, gozaría de un amplio poder discrecional en su ejercicio.<sup>190</sup> Sin embargo, Flauss señala que la decisión de la Corte Europea de Derechos

---

<sup>186</sup> Torroja Mateu, Helena, 2007, *op.cit.*, nota 173, p. 96.

<sup>187</sup> Véase el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 en el que se añadió a la lista de los principios estructurales del Derecho Internacional el “respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el “respeto de la igualdad de derechos de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, en la línea ya adoptada en la Declaración del Milenio. Asamblea General, *Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005*, Resolución 60/1, 24 de octubre de 2005, párr. 5.

<sup>188</sup> Por ejemplo, véanse, Ress, G., *La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique*, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003, p. 121-151; Flauss, J. F., 2003 (a), *op.cit.*, nota 178, p. 1-36; Flauss, Jean-François, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?*, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003 (b), p. 29-61.

<sup>189</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Bertrand Russell Peace Foundation Ltd vs. Reino Unido*, demanda no. 7597/76, decisión de 2 de mayo de 1978; *G. Kapas vs. Reino Unido*, demanda no. 12822/87, decisión de 9 de diciembre de 1987; *A Leschi y otros vs. Francia*, demanda no. 37505/97, decisión de 22 de abril de 1998; *X y Y vs. Reino Unido*, demanda no. 7215/75, sentencia de 11 de octubre de 1993; *O.L. vs. Reino Unido*, demanda no. 11970/86, decisión de 13 de julio de 1987.

<sup>190</sup> En su decisión del caso *Nadler y Reckziegel vs. Alemania*, demanda no. 27718/95, decisión de admisibilidad de 12 de abril de 1996, señaló: “incluso asumiendo que existe una obligación positiva de parte de un Estado miembro de dar protección a sus ciudadanos en contra de la violación de sus derechos fundamentales, en cuanto a los tratados internacionales se refiere, las partes contratantes disfrutaban de un amplio poder discrecional que está por naturaleza limitado a alcanzar un resultado aceptable para las partes

Humanos en el caso *Bankovic et.al. vs. Bélgica*, en la que reconoce que la frase “dentro de su jurisdicción” comprende ciertos actos de jurisdicción extraterritorial de un Estado como “las actividades de sus agentes diplomáticos o consulares en el extranjero”,<sup>191</sup> puede ser usada en el futuro como argumento para alegar el derecho a la protección diplomática, siempre que se entienda que ‘las obligaciones positivas’ de los Estados bajo tal instrumento incluyen actividades extraterritoriales de esa naturaleza”.<sup>192</sup> No obstante, esta construcción permanece a nivel teórico, por lo que su extensión más allá de la protección diplomática en *sentido amplio*, a la que parece estar limitada, y sus efectos prácticos aún están por verse.

Hay que recordar que el tema de la justiciabilidad del ejercicio o no del derecho de protección diplomática y, por ende, de la posición del individuo en la institución también ha sido traído a escena en el ámbito regional europeo con el caso *Al Adsani vs. Reino Unido*.<sup>193</sup> En este caso el gobierno británico, después de tomar la posición de que la inmunidad de jurisdicción de los Estados, reconocida en la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de Basilea de 1972, era conforme con “principios universales de Derecho Internacional”, señaló que el artículo 6.1 del CoEDH no podía ser interpretado como que obliga a los Estados a negar dicha inmunidad y a afirmar su jurisdicción sobre un tercer Estado no contratante, puesto que tal conclusión “sería contraria al Derecho Internacional e impondría obligaciones irreconciliables sobre los Estados que han ratificado tanto el Convenio como la Convención de Basilea”. Además, añadió que “*había otros medios tradicionales de reparación por daños de este tipo disponibles para el solicitante, a saber, la asistencia diplomática o la reclamación interestatal*” (párr. 50).

---

contratantes, y que el interés general de establecer relaciones normales y amistosas con sus Estados vecinos prevalece sobre el interés individual en riesgo en la presente materia”.

<sup>191</sup> CEDH, *Vlastimir y Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović y Dragan Suković vs. Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido*, demandas no. 52207/99, 12 de diciembre de 2001, párr. 73.

<sup>192</sup> Flauss, Jean-François, 2003 (b), *op.cit.*, nota 188, p. 50-53.

<sup>193</sup> El caso se refiere a diferentes actos de tortura cometidos en perjuicio del señor Al-Adsani, ciudadano británico y kuwaití, en el territorio de Kuwait por agentes de dicho Estado; hechos denunciados en el Reino Unido para efecto de obtener la reparación civil del daño correspondiente y que fueron desestimados por los tribunales británicos en aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción, el cual impide a las autoridades nacionales pronunciarse sobre hechos cometidos por agentes de un Estado extranjero, independientemente de que se alegara la comisión de actos de tortura. La CEDH resolvió, por una apretada mayoría de nueve votos contra ocho, que el Reino Unido no había violado el derecho al debido proceso del señor Al-Adsani bajo el argumento de que en el ámbito del CoEDH el derecho al debido proceso no es absoluto y no existe un deber de establecer mecanismos de reparación civil por violaciones de los derechos humanos, incluso tratándose de normas de *jus cogens*, cuando tales actos son cometidos en un Estado extranjero. Al respecto, el TEDH señaló: “*it cannot be said that the High Contracting Party was under a duty to provide a civil remedy to the applicant in respect of torture allegedly carried out by the Kuwaiti authorities*” (párr. 40). En sus votos disidentes algunos de los jueces consideraron, entre otras cosas, que no existía un fundamento para distinguir entre casos de tortura y, sobre la base del carácter de las normas de *jus cogens*, obligaciones en materia penal y civil para efectos del artículo 6 de la CoEDH, relativo al derecho a un debido proceso. CEDH, *Al Adsani vs. Reino Unido*, demanda no. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001. Véanse también Bou Franch, Valentín, Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *jus cogens*: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido, *Anuario de Derecho Internacional*, No. 18, 2002, p. 279-303; Caplan, Lee M., State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, *American Journal of International Law*, Vol. 97, p. 741-781.

Este argumento es interesante, puesto que el señor Al-Adsani era ciudadano británico y kuwaití y el objeto de su reclamación era que había sido sometido a actos de tortura en Kuwait y que dichos actos eran atribuibles al gobierno de Kuwait. Al-Adsani alegó que el gobierno británico tenía una obligación especial de intervenir y su queja era que se había negado a asistirlo en la presentación de una reclamación en contra del gobierno de Kuwait. Como antes se mencionó, el gobierno británico señaló que el solicitante tenía a su disposición los “medios tradicionales de reparación por daños de este tipo”: la asistencia diplomática o la reclamación interestatal. Sin embargo, la postura del gobierno británico sobre la protección de sus nacionales en el extranjero está bien establecida: se adhiere a la clásica ficción vatteliana de que la protección diplomática es un derecho del Estado.<sup>194</sup> Por ello, el iniciar cualquier acción de este tipo (por ejemplo la asistencia diplomática que podría ser la antesala de una reclamación de protección diplomática) y todo lo relacionado con ella corresponde sólo al Estado decidirlo. De este modo, el gobierno británico al mencionar “otros medios tradicionales de reparación” se refería a mecanismos no accesibles al señor Al-Adsani por su propio derecho.<sup>195</sup>

iv. A nivel *local* es donde han tenido lugar los avances más considerables. La CIJ ya había reconocido en el asunto de la *Barcelona Traction* que el Estado podría estar obligado a proteger a sus nacionales en el extranjero cuando normas de su derecho interno le impusieran esa obligación.<sup>196</sup> De tal suerte que el incumplimiento a dicha obligación daría lugar a la responsabilidad del Estado frente al particular en el orden interno:

“Con el fin de defender su causa y obtener justicia, [las personas físicas y jurídicas] no pueden sino apelar al derecho interno, si éste les ofrece medio para ello. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Pero todas estas cuestiones son de la competencia del derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede además conceder a los ciudadanos el derecho de exigir que esa obligación se respetada y apoyar tal derecho con sanciones”.<sup>197</sup>

Los avances en el orden local apuntan hacia dos direcciones. De un lado, las *constituciones*<sup>198</sup> de varios Estados reconocen, de un modo u otro, el derecho de la persona a ser protegida en el extranjero y, en algunos casos, de recibir protección diplomática por los perjuicios sufridos en el extranjero. Ahora, que este derecho sea exigible en los tribunales internos de cada Estado es poco claro. De hecho, Dugard señala que, al menos en

---

<sup>194</sup> Al respecto, véase Warbrick, Colin, Protection of Nationals Abroad, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, No. 4, 1988, p. 1006-1008.

<sup>195</sup> Abúndese sobre la relación del caso *Al-Adsani vs. Reino Unido* con la protección diplomática en Warbrick, Colin, Diplomatic Representations and Diplomatic Protection - Current developments in Public International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, p. 723-725.

<sup>196</sup> Ya desde 1955 Makarov afirmaba que aunque en algunas constituciones recientes se apuntara hacia la obligatoriedad de la protección diplomática, el derecho de los particulares no había sido articulado de manera eficaz. Makarov, A., Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 8, 1955, p. 512 y ss.

<sup>197</sup> *Barcelona Traction*, *op.cit.*, 1970, nota 23, párr. 78.

<sup>198</sup> Entre estos Estados se encuentran: Albania, Belarús, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camboya, China, Croacia, Estonia, Georgia, Guyana, Hungría, Italia, Kazajstán, Laos, Latvia, Lituania, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Rusia, España, República de Macedonia, Turquía, Ucrania, Vietnam y Yugoslavia. Dugard, John, 2005, *op.cit.*, nota 182, p. 81. También véase *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 80-86.

el caso de los antiguos países comunistas “este derecho es simplemente un adorno constitucional”. Sin embargo, como bien anota, los derechos declarativos algunas veces son tomados en serio por los tribunales y siempre existe la posibilidad de que puedan ser exigibles con el tiempo.<sup>199</sup> De otro lado, numerosas *decisiones judiciales* de tribunales internos indican que, si bien un Estado puede decidir discrecionalmente si va a ejercer o no la protección diplomática, tiene la obligación, sujeta a control jurisdiccional, de hacer algo para ayudar a sus nacionales, lo que puede incluir la obligación de considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática.<sup>200</sup>

De este modo, es en el orden interno donde se puede encontrar la ligera tendencia hacia la consolidación del deber de los Estados de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales en caso de que sufran violaciones graves de sus derechos en el extranjero. Y el avance en este sentido no es menor: en los casos de violaciones graves de los derechos humanos en los que los individuos no tienen recursos a su disposición en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el ejercicio de la protección diplomática por parte de su Estado se convierte en un medio esencial para lograrlo.

Una vez admitido en el orden interno que la protección de los nacionales en el exterior es una actividad que el Estado ha de llevar a cabo, en caso de que no lo haga y se genere un perjuicio para el particular, la consecuencia es la responsabilidad de la Administración del Estado y el derecho del particular a ser indemnizado. Para determinar la eventual responsabilidad de la Administración del Estado por no ejercer la protección diplomática de un nacional, se tiene que distinguir si el incumplimiento es producto 1) de la inactividad del Estado por no haber ejercido la protección diplomática, o 2) del ejercicio no adecuado de la acción diplomática. En el primer caso, definitivamente se consolidaría la lesión del particular y se configuraría la responsabilidad de la Administración Pública siempre que el particular previamente hubiera agotado los recursos del orden interno del Estado autor del hecho ilícito internacional y, una vez fracasada esta vía, hubiera solicitado expresa y motivadamente la protección diplomática del Estado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores o ante una misión diplomática o consular. En el segundo caso, inequívocamente se configuraría la responsabilidad de la Administración pues, a pesar de haber ejercido la acción diplomática, en la realidad ésta no fue efectiva.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> *Ídem.*

<sup>200</sup> Para ver un recuento de decisiones judiciales en este sentido, véanse Dugard, John, 2005, *op.cit.*, nota 182, p. 81-81 y el trabajo de Vermeer-Künzly, A., *Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection*, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, p. 285-305. Para el caso de España, véase la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1986, la cual declaró que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye “un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución”. Para abundar sobre el caso español, véanse Díaz Barrado, Cástor Miguel, *La protección de españoles en el extranjero: Práctica constitucional*, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1992)*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 1993 (a), p. 239-354; Díaz Barrado, Cástor Miguel, *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid: Tecnos, 1993 (b), 54 p.; Díez de Velasco, M., *Protección diplomática e inactividad del Estado: la práctica española*, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid: Editer Publicaciones, 2005, p. 194-211; Rodríguez Carrión, Alejandro J., *op.cit.*, nota 71, p. 275-279; Pastor Ridruejo, José A., 2009, *op.cit.*, nota 38, p. 247-248.

<sup>201</sup> González Campos, Julio D., *et.al.*, *op.cit.*, nota 71, p. 439-440.



Ahora, si en el orden interno no existe disposición alguna que vincule de un modo u otro al Estado a proteger a sus nacionales en el exterior y, en este sentido, a ejercer la acción diplomática, habrá que acogerse a lo dispuesto en las leyes y disposiciones reglamentarias, en particular las que regulan la actividad de las cancillerías o ministerios de relaciones exteriores. En este sentido, los artículos 3, párrafo 1.b), de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, y 5, apartado a), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, establecen que entre las funciones de las misiones diplomáticas y consulares, respectivamente, se halla la de ‘proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional’.

## 2.5 Condiciones de ejercicio

Para que un Estado pueda ejercer la protección diplomática a favor de uno de sus nacionales, el Derecho Internacional general requiere la concurrencia de dos condiciones: primero, la existencia de un vínculo de nacionalidad entre el Estado que ejerce la protección diplomática y el particular lesionado por el hecho ilícito; y, segundo, que el particular lesionado primero haya agotado los recursos disponibles en el ordenamiento del Estado al que se imputa el daño sufrido.

Estas condiciones han sido consideradas en numerosas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia como indispensables para que la protección diplomática pueda ser ejercida. Sin embargo, algunos doctrinarios, por ejemplo García Arias, Miaja de la Muela, Witenberg y Rousseau, partiendo del principio jurídico de que ‘nadie puede aprovecharse de su propia culpa’, han defendido la existencia de una excepción que opera como requisito adicional y es ‘la conducta correcta del reclamante’ o ‘teoría de las manos limpias’. Según esta teoría, si el daño causado al particular deriva de la propia conducta de éste y, además, existe un nexo causal entre la conducta incorrecta y el daño sufrido, el ejercicio de la protección diplomática no es admisible.<sup>202</sup>

En apoyo de la tesis anterior se han invocado algunas decisiones de la práctica arbitral. Por ejemplo, en el *Caso Teodoro García y M. A. Garza vs. EE.UU.*, llevado ante la Comisión General de Reclamaciones entre México y Estados Unidos, México reclamó a Estados Unidos una indemnización por la muerte de uno de sus nacionales, una niña mexicana que cruzaba clandestinamente la frontera, del lado americano hacia el lado mexicano, y que fue asesinada por un agente de la patrulla fronteriza que le disparó al percatarse de su cruce clandestino. Estados Unidos, por su parte, alegó que la víctima estaba realizando una conducta incorrecta pues trataba de cruzar clandestinamente la frontera.<sup>203</sup> Asimismo, en el caso *S. S. “I’m alone”*, llevado ante la Comisión General de Reclamaciones entre Canadá y

---

<sup>202</sup> García Arias, Luis, La Doctrine des "Clean Hands" en Droit International Public, *Annuaire des Anciens Auditeurs de l'Academie de Droit International*, Vol. 30, 1960, p. 14-22; Miaja de la Muela, A., Le role de la condition des mains propres de la personne leseé dans les reclamations devant les tribunaux internationaux, *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1968, p. 189-213; Witenberg, J. C., *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internacionales*, París: Pedone, 1937, p. 159-160; Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona: Ediciones Ariel, 1961, p. 360.

<sup>203</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Teodoro García y M. A. Garza (EE.UU. vs. México)*, 3 de diciembre de 1926, Vol. IV, p. 119-134.

Estados Unidos, y relativo al hundimiento de un buque canadiense, Estados Unidos, el Estado al que se formuló la reclamación, hizo valer que el hundimiento del buque derivaba del hecho de que éste se encontraba realizando una operación ilícita: el contrabando de licores.<sup>204</sup>

No obstante, como señaló Salmón<sup>205</sup> desde 1964, “ni la jurisprudencia internacional ni la práctica de los Estados permiten afirmar de manera segura que la conducta incorrecta del particular motive la inadmisibilidad de la protección diplomática”.<sup>206</sup> Y también así lo ha entendido John Dugard en su sexto informe del tema en 2004, en el cual estimó que no existe una práctica concluyente de los Estados en los supuestos en los que el particular, con su conducta, ha infringido una norma de derecho interno.<sup>207</sup> Y esta conclusión se comparte pues la jurisprudencia internacional pone de relieve que las alegaciones basadas en la ausencia de ‘manos limpias’ del reclamante no han constituido en realidad una verdadera excepción frente a la reclamación.

### 2.5.1 Nacionalidad de la reclamación

Si bien la protección diplomática es un mecanismo que sólo requiere que exista una relación entre Estados, y no entre el particular (persona física o jurídica<sup>208</sup>) al que se causó el daño y el Estado al que se le atribuye, generalmente sí debe existir un vínculo de nacionalidad entre el particular perjudicado y el Estado que ejerce la acción diplomática. Así lo consideró la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *The Panevezys-Saldutiskis Railway* al señalar que “en ausencia de un acuerdo especial, es el vínculo de la nacionalidad entre un Estado y el individuo el que confiere por sí solo al Estado el derecho de la protección diplomática”.<sup>209</sup> Y este principio es reiterado por el artículo 3.1 del proyecto de la CDI: “el Estado facultado para ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad”. Por otro lado, la nacionalidad de la persona física o natural tiene que haber sido adquirida de un modo que no esté en contradicción con el Derecho Internacional. El artículo 4 del proyecto de la CDI señala como medios normales de adquisición de la nacionalidad: la realizada en razón del lugar del nacimiento, la filiación, la sucesión de Estados y la naturalización, pero no excluye otros medios.

El requisito de la nacionalidad de la reclamación está sujeto a dos tipos distintos de problemas:

---

<sup>204</sup> Reports of International Arbitral Awards, S. S. “*I’m Alone*” (*EE.UU. vs. Canadá*), 30 de junio de 1933 y 5 de enero de 1935, Vol. III, p. 1609-1618.

<sup>205</sup> Salmon, Jean A., Des ‘Main Propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales, *Annuaire Francaise de Droit Internartional*, Vol. 10, 1964, p. 225 y ss.

<sup>206</sup> Ahora, ello no implica que el tribunal no se deje influenciar en caso de que haya habido una conducta fraudulenta por parte del particular. Para un comentario sobre el caso *Nottebohm* y su relación con esta doctrina véase Jiménez Piernas, Carlos B., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del estado*, Alicante: Universidad de Alicante, 1988, p. 271 y ss.

<sup>207</sup> Sexto informe sobre la protección diplomática, *John R. Dugard*, *op.cit.*, nota 106, párr. 18, p. 9.

<sup>208</sup> Por escapar al objetivo general de este trabajo, en este capítulo no se trata el tema de la protección diplomática a favor de personas jurídicas. Para un bosquejo general del tema, véanse el artículo 9 del proyecto de la CDI y sus comentarios; Díez de Velasco, 2009, *op.cit.*, nota 38, p. 912-914; González Campos, *et.al.*, *op.cit.*, nota 71, p. 434-435 y Mariño Menéndez, F. M., 2005, *op.cit.*, nota 2, p. 526-527.

<sup>209</sup> *Caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia vs. Lituania)*, *op.cit.*, nota 127, p. 16.

El primer problema se refiere a la *continuidad de la nacionalidad* en el tiempo, es decir, en qué momento o momentos debe existir tal vínculo entre el Estado que ejerce la protección diplomática y el individuo perjudicado. Tradicionalmente se ha exigido que se concrete en dos momentos distintos: en el momento en que se produce el hecho que motiva la reclamación, y en el momento en que el Estado ejerce la protección diplomática o, si ésta fracasa, cuando recurre ante un Tribunal internacional. Esta exigencia es corroborada por el artículo 5.1 del proyecto de la CDI. Como señalan González Campos, *et.al.*, esto tiene su razón de ser en que la seguridad jurídica no permite que una persona, mediante el cambio voluntario de su nacionalidad, se coloque bajo la protección de un Estado poderoso y, de esta forma, pueda alcanzar un resultado satisfactorio de su reclamación.<sup>210</sup>

Ahora bien, el artículo 5.2 del proyecto de la CDI añade una excepción a la regla general: permite que un Estado ejerza la protección diplomática a favor de una persona que sea su nacional en el momento en que presenta la reclamación, aunque no lo fuera en el momento en que se produjo el hecho que la motiva, siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el Derecho Internacional. Esta excepción tiene un límite: cuando la reclamación se presenta contra el Estado del que era nacional la persona en el momento en que se realizó el hecho internacionalmente ilícito, de acuerdo con el artículo 5.3 del proyecto de la CDI.

El segundo problema surge en los casos de personas con *doble o múltiple nacionalidad*, en los que hay que distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la que el particular ostenta la nacionalidad del Estado reclamante y la de un tercer Estado. La solución tradicional a este problema fue la de no admitir que uno de ellos ejerciera la protección diplomática contra otro. Así lo señalan la jurisprudencia arbitral en el caso *Canevaro* de 1912,<sup>211</sup> la CIJ en su opinión consultiva sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* de 1949,<sup>212</sup> y el artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930 sobre algunas cuestiones relativas al conflicto de las leyes de nacionalidad. Por su parte, el artículo 7 del proyecto de la CDI confirma la solución tradicional dada a estos casos, pero a la vez admitió una excepción al permitir que un Estado presente una reclamación para proteger a una persona de su nacionalidad contra otro Estado del que también tenga la nacionalidad esa persona, siempre que la nacionalidad ‘predominante’ sea la del Estado que ejerce la protección, ‘tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación’. Esta excepción concuerda con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual otorga protección legal a todas las personas, incluso en contra de su propio Estado.<sup>213</sup>

La segunda situación relativa a los casos de doble o múltiple nacionalidad es la determinación de qué Estado de los que el particular es nacional es competente para ejercer la protección diplomática cuando la reclamación no va dirigida a ninguno de dichos

---

<sup>210</sup> González Campos, Julio D., *et.al.*, *op.cit.*, nota 71, p. 432.

<sup>211</sup> Corte Permanente de Arbitraje, *Reclamación Canevaro (Italia vs. Perú)*, 3 de mayo de 1912, Vol. XI, p. 403.

<sup>212</sup> *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, *op.cit.*, nota 117, p. 186.

<sup>213</sup> Dugard, John, 2005, *op.cit.*, nota 182, p. 87.

Estados. Al respecto, la práctica arbitral señaló que en principio cualquiera de los Estados es competente para hacerlo. Así, en el caso *Salem (EE.UU. vs. Egipto)* de 1932 se declaró: “la norma de Derecho Internacional en un caso de doble nacionalidad es que una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso al remitirse a la nacionalidad de la otra Potencia”.<sup>214</sup> Sin embargo, la solución generalmente adoptada a partir del pronunciamiento de la CIJ en el caso *Nottebohm* de 1955 ha sido que el ejercicio de la protección corresponde al Estado del vínculo más efectivo.<sup>215</sup> Y también en este sentido se pronunció la jurisprudencia arbitral posterior en los casos *Florence Mergé* de 1955,<sup>216</sup> llevado ante la Comisión de Conciliación Italo-Americana, e *Irano-Reading & Bates, S.S.K., DEC 32-A18-FT* de 1984, llevado ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.<sup>217</sup>

El artículo 6 del proyecto de la CDI, por su parte, propone otra solución: admite, sin exigir un vínculo efectivo, que cualquiera de los Estados de la nacionalidad del individuo perjudicado ejerza la protección diplomática en contra de un tercer Estado del que éste no sea nacional. La CDI señala en los comentarios al artículo 4 del proyecto que si se siguiera estrictamente el criterio de la nacionalidad efectiva “se excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, hay millones de personas que dejan sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirán, o bien han adquirido la nacionalidad por nacimiento o filiación, de Estados con los que tienen una conexión tenue”.<sup>218</sup> Finalmente, el artículo 6 del proyecto de la CDI establece que es posible que los Estados de la nacionalidad del individuo presenten de forma conjunta la reclamación.

De este modo, la regla general es que un Estado puede ejercer la protección diplomática a favor de un particular: a) cuando el agraviado es nacional suyo, y b) cuando, no siéndolo, existen acuerdos particulares que lo permiten.<sup>219</sup> El proyecto de la CDI de 2006, en el marco de su función de desarrollo progresivo del derecho y con la finalidad de adaptar la institución de la protección diplomática al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha permitido dos excepciones a esta regla:

Primero. En el caso de los *miembros de la tripulación de un buque*, la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado de la nacionalidad del buque, si los tripulantes han sido agraviados en conexión con un daño a éste, producto de un hecho

---

<sup>214</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Caso Salem (Egipto vs. EE.UU.)*, 8 de junio de 1932, Vol. II, p. 1188.

<sup>215</sup> *Caso Nottebohm*, 1955, *op.cit.*, nota 77, p. 26.

<sup>216</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Caso Mergé—Decisión No. 55 (Italia vs. EE.UU.)*, 10 de junio de 1955, Vol. XIV, p. 239.

<sup>217</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Irano-Reading & Bates, S.S.K., DEC 32-A18-FT*, 6 de abril de 1984.

<sup>218</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries, op.cit.*, nota 107, p. 33.

<sup>219</sup> Weiss señala que, como excepción, los Estados pueden proteger a los extranjeros sin necesidad del vínculo de la nacionalidad en el caso de 1) los marineros extranjeros, durante su período de servicio; 2) la protección funcional a los agentes de organizaciones internacionales; 3) la protección consular o diplomática al personal de otro Estado. Véase, Weiss, Paul, *Nationality and statelessness in international law*, 2da. ed., Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 39.

internacionalmente ilícito, según reza el artículo 18 del proyecto de la CDI.<sup>220</sup> La innovación de esta disposición consiste en que el derecho del Estado de la nacionalidad del buque de ejercer protección diplomática es adicional al derecho normal de protección diplomática que puede ejercer el Estado de la nacionalidad de los tripulantes. Dugard señala que fue una razón importante para la admisión del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad del buque, el hecho de que los tripulantes de los buques normalmente son nacionales de Estados débiles política y económicamente, con bajos estándares en materia de derechos humanos y con un interés y unas posibilidades limitados de buscar protección para los miles de nacionales empleados en barcos extranjeros.<sup>221</sup> Como se puede apreciar, éste no es un supuesto tradicional de protección diplomática al no exigirse el vínculo de la nacionalidad, pero sí constituye una vía más flexible para redimir las violaciones de los derechos humanos de los tripulantes de los buques.<sup>222</sup>

Segundo. En el caso de los *apátridas* y *refugiados*, la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado en el que residen de forma ‘legal y habitual’, de acuerdo con el artículo 8 del proyecto de la CDI. A pesar de que los estándares de elegibilidad son muy altos (residencia ‘legal y habitual’) y pueden tener como consecuencia que varios individuos queden desamparados, la inclusión de estas personas en el proyecto de la CDI refleja una postura acorde con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en materia de la protección de los derechos humanos. De no permitirse el ejercicio de la acción diplomática por el Estado en el que residen ‘legal y habitualmente’, ningún Estado podría ejercer dicha protección a su favor (en el caso de los apátridas) o difícilmente lo haría por tratarse del Estado que persigue al individuo (en el caso de los refugiados). Eso sí, en cuanto a los refugiados se refiere, el apartado 3 del artículo 8 del proyecto deja claro que la protección diplomática no puede ser ejercida en contra del Estado de la nacionalidad de los refugiados, dejando fuera de la nueva disposición, como Milano señala, “una base potencialmente explosiva para reclamaciones de protección diplomática: los daños sufridos por los refugiados por actos ilegales del Estado de la nacionalidad previa mientras éstos todavía eran nacionales de ese Estado”.<sup>223</sup>

Es notable el avance en esta materia, pues la norma tradicional no consideraba la posición de los apátridas ni refugiados. En cuando a los refugiados se refiere, los Países Bajos propusieron en la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 que se reconociera el derecho del Estado receptor a proteger a los refugiados, pero esta propuesta no fue

---

<sup>220</sup> Dugard señala que esta práctica encuentra algún sustento en la práctica de los Estados, plasmada en la jurisprudencia y la doctrina, y que también existe práctica estatal al respecto, en especial de los Estados Unidos de América. Según el derecho de los Estados Unidos, a los marinos extranjeros se les ha reconocido tradicionalmente el derecho a obtener la protección de los Estados Unidos mientras prestan servicio a bordo de buques estadounidenses. *Quinto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, op.cit.*, nota 106, párr. 44-45.

<sup>221</sup> *Ibidem*, párr. 63.

<sup>222</sup> Debe considerarse que, en el marco de la Convención del Derecho del Mar, se permite al Estado de la nacionalidad del pabellón adoptar medidas a favor de la tripulación del buque con independencia de su nacionalidad. Si bien, en estricto sentido, no se trata de una excepción a las condiciones de ejercicio de la protección diplomática, sino de una institución distinta. Al respecto, véase el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

<sup>223</sup> Milano, Enrico, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Refashioning Tradition?*, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 35, 2004, p. 101.

aprobada.<sup>224</sup> En el caso de los apátridas, el laudo del caso *Dickson Car Wheel Company*, llevado ante la Comisión de Reclamaciones México/EE.UU., estableció que estas personas no podían ser beneficiarias de la protección diplomática.<sup>225</sup> Esta postura deriva del hecho que la protección diplomática fue construida como una institución relativa a los derechos y deberes de los Estados, por lo que el daño a una persona sin nacionalidad no podía traducirse en un daño a un Estado en el plano internacional.

La postura tradicional respecto a estas personas está en claro contraste con los desarrollos del Derecho Internacional contemporáneo, que refleja una preocupación por el estatuto de ambas categorías de individuos. Esto se pone de manifiesto con la existencia, de un lado, de convenios internacionales relativos a tales personas: la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961 y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Y, de otro, de las convenciones de derechos humanos que confieren derechos a todas las personas residentes en un Estado parte.

Es alentadora la inclusión de estas personas dentro del ámbito protector de la acción diplomática pues, como señala Dugard,<sup>226</sup> en las convenciones relativas a los refugiados y los apátridas no se trata satisfactoriamente la cuestión de la protección diplomática.

Por un lado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 contempla en su artículo 28 la obligación del Estado de refugio de emitir títulos de viaje a los refugiados en virtud de que estas personas carecen de la protección del gobierno de su país de origen, siendo lo normal que no posean un pasaporte nacional. Por ello, el Estado de refugio debe proporcionarles un título de viaje, con el cual podrán trasladarse fuera del territorio del Estado de refugio, ya que dichos títulos son legalmente oponibles respecto de los demás Estados contratantes. Sin embargo, el Anexo de la Convención deja claro en su párrafo 16 que “*la expedición del documento no da en modo alguno derecho a su titular a la protección de las autoridades diplomáticas o consulares del país de expedición ni confiere a estas autoridades el derecho de protección*”.

Otro problema relacionado que enfrentan los refugiados es el de la oponibilidad de su estatus de refugiados a terceros Estados Parte de la Convención de 1951. Es preciso recordar que el reconocimiento por parte del Estado de refugio de la condición de refugiado a una persona es declarativo y no constitutivo: el Estado de refugio declara que una persona cumple los requisitos exigidos por la Convención de Ginebra para obtener el estatuto de refugiado. Por ello, la Convención de 1951 guarda silencio respecto a la situación de aquel refugiado que obtuvo el estatuto legal de refugiado en un Estado y posteriormente establece su residencia en otro Estado Parte. Se entiende que este último Estado no tiene obligación de mantenerle la condición de refugiado, pues puede seguir criterios más estrictos en la determinación de la condición legal de refugiado. En este sentido, cabe señalar que la concesión del estatuto legal de refugiado por parte de un Estado no tiene efectos extraterritoriales. La excepción a lo anteriormente señalado es el caso de los títulos de viaje

---

<sup>224</sup> Panhuys, Haro F. Van, *op.cit.*, nota 158, p. 103, 221.

<sup>225</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Dickson Car Wheel Company (EE.UU. vs. México)*, julio de 1931, Vol. IV, p. 678.

<sup>226</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 178.

otorgados por el Estado de refugio, los cuales son legalmente oponibles respecto de los demás Estados Parte. En este punto, el refugiado se beneficia de un reconocimiento internacional de su estatuto.<sup>227</sup>

A pesar de lo anterior, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado en algunas de sus Conclusiones<sup>228</sup> que el estatuto de refugiado reconocido en un Estado Parte de la Convención no debe ser cuestionado por otro Estado Parte en la misma, a menos que sea manifiestamente infundado.<sup>229</sup> Eso sí, se debe considerar que sus conclusiones no son jurídicamente vinculantes.

Así, en sus Conclusiones sobre las *Consecuencias Extraterritoriales de la Determinación de la Condición de Refugiado* señaló que: “varias disposiciones de la Convención de 1951 permitían que un refugiado que residiera en un Estado Contratante ejerciera ciertos derechos –como refugiado– en otro Estado Contratante, y que el ejercicio de tales derechos no estaba sujeto a una nueva determinación de refugiado”.<sup>230</sup> Además, “que los refugiados que poseyeran un documento de viaje expedido por un Estado Contratante en virtud de la Convención podían viajar como refugiados a otros Estados Contratantes” y, también, “consideró que el propósito mismo de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967

---

<sup>227</sup> Sobre este punto, véanse: Mariño Menéndez, Fernando M., El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 35, No. 2, 1983, p. 348; Gortázar Rotaache, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Madrid: Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, 1997, p. 136; Pérez Barahona, Sergio, El Estatuto de “Refugiado” en la Convención de Ginebra de 1951, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, No. 1, 2003, p. 243, entre otros.

<sup>228</sup> Véanse, por ejemplo: *Determinación de la Condición de Refugiado*, Conclusión N° 8 (XXVIII), 28° período de sesiones, 1977; *Consecuencias Extraterritoriales de la Determinación de la Condición de Refugiado*, Conclusión N° 12 (XXIX), 29° período de sesiones, 1978.

<sup>229</sup> Una línea jurisprudencial que apoya esta tesis ha afirmado que la obligación de reconocer el estatus de refugiado según la Convención de Ginebra no sólo incluye a quienes proceden del país de persecución, sino “también a aquellos que han sido ya reconocidos como refugiados en otros países y después legalmente comienzan a residir o se domicilian en el territorio de la República Federal de Alemania, porque esos extranjeros refugiados tienen todos los derechos recogidos por la Convención de Ginebra y necesitan de dicho reconocimiento para poder disfrutar debidamente de sus derechos”. República Federal de Alemania, Tribunal Federal Supremo Administrativo, *Asunto del refugiado yugoslavo*, 25 de noviembre de 1958, ILR, Vol. 26, p. 497. En el *Asunto de la reclamación de compensación de un refugiado*, de 11 de julio de 1968, ILR, Vol. 60, p. 372, el mismo Tribunal, un año después, afirmó que “cualquiera que presente un certificado expedido por la Organización Internacional de los Refugiados debe ser tratado como un refugiado según la Convención”. Sin embargo, en general la jurisprudencia estatal ha entendido que los Estados Parte en la Convención de 1951 deben reconocer la condición de refugiado a todo el que cumpla los requisitos del artículo 1 de la misma –aunque la Convención ni siquiera aclara esta obligación–, eso sí, según la apreciación propia, y no sintiéndose obligados por la que pueda haber realizado otro Estado. Así, por ejemplo, el Tribunal Federal Supremo Administrativo alemán señaló que la obligación de reconocer el estatuto de refugiado “no está expresamente prevista en la Convención pero se sigue del deber legal de ejecutar los términos de la Convención en el ámbito interno. Así, un extranjero refugiado que satisfaga los requisitos de la Convención está legitimado para el reconocimiento de su estatus legal”. República Federal de Alemania, Tribunal Federal Supremo Administrativo, *Asunto del refugiado yugoslavo*, 25 de noviembre de 1958, ILR, Vol. 26, p. 497.

<sup>230</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, *Consecuencias Extraterritoriales de la Determinación de la Condición de Refugiado*, Conclusión N° 12 (XXIX), 29° período de sesiones, 1978, párr. c.

implicaba que la condición de refugiado determinada por un Estado Contratante fuera reconocida también por los demás Estados Contratantes”.<sup>231</sup>

Como antes se señaló, al mismo tiempo el Comité Ejecutivo ha reconocido que un Estado Contratante puede cuestionar la condición de refugiado determinada en otro Estado Contratante, pero “únicamente en casos excepcionales en que fuera evidente que la persona no cumplía con los requisitos de la Convención, es decir, si se llegara a saber que las declaraciones formuladas inicialmente habían sido fraudulentas o se demostrara que se aplicaba a la persona interesada una disposición de cesación o exclusión de la Convención de 1951”.<sup>232</sup> Lo anterior supone la determinación positiva de la condición de refugiado. Ahora bien, cuando un Estado Parte de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 considera negativamente la condición de refugiado de una persona, la negativa tiene efectos limitados y concretos, y deja abierta la posibilidad de que otro Estado reconozca aquella condición. Esto obedece a un principio fundamental en el ejercicio de cualquiera actividad humanitaria: reducir, en la medida de lo posible, el margen de error. De tal manera, el Comité Ejecutivo del ACNUR reconoció que “la decisión de un Estado Contratante de no reconocer la condición de refugiado no impedía que otro Estado Contratante examinara una nueva solicitud de condición de refugiado presentada por la persona de que se tratara”.<sup>233</sup>

La Convención para reducir los casos de apatridia de 1961, por otro lado, no dice nada acerca de la protección diplomática, si bien la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 sugiere la posibilidad de que el Estado de residencia reconozca que los apátridas tienen “los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país”.<sup>234</sup> Además, establece, en el contexto de la ayuda administrativa, que: “cuando el ejercicio de un derecho por un apátrida necesite normalmente de la ayuda de autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las medidas necesarias para que sus propias autoridades le proporcionen esa ayuda”.<sup>235</sup>

Ahora, el hecho de la inclusión de estos nuevos supuestos de ejercicio de la protección diplomática y el avance que ello implica en materia de derechos humanos no significa que no vayan a surgir problemas en la práctica. Habrá que ver el comportamiento de los Estados en caso de que una futura convención llegue a adoptarse y, en este sentido, el alcance general que puedan tener las nuevas excepciones al requisito de la nacionalidad de la reclamación. Uno de los problemas principales será lograr que todos los Estados acepten este nuevo vínculo que combina elementos de su orden interno: la atribución del estatuto de refugiado y/o apátrida y de un derecho de “residencia legal y habitual” a un particular, en los dos casos.<sup>236</sup>

---

<sup>231</sup> *Ibidem*, párr. e y f.

<sup>232</sup> *Ibidem*, párr. g.

<sup>233</sup> *Ibidem*, párr. h.

<sup>234</sup> Artículo 1.2.ii) de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.

<sup>235</sup> *Ibidem*, Artículo 25. 1. Véase también el artículo 14 con respecto a los derechos artísticos y de propiedad industrial.

<sup>236</sup> Véanse más problemas relacionados con este tema en Torroja Mateu, Helena, 2007, *op.cit.*, nota 173, p. 153 y ss.



### 2.5.2 Agotamiento de los recursos disponibles en el derecho interno

La segunda condición de ejercicio de la protección diplomática es que antes de ser ejercida, el individuo lesionado agote los recursos locales en el Estado que causó el daño ilícito.<sup>237</sup> Esta regla ha sido reconocida por la CIJ en el caso *Interhandel* como “una regla bien establecida del Derecho Internacional consuetudinario”<sup>238</sup> y en el caso *ELSI* como “un importante principio del Derecho Internacional consuetudinario”.<sup>239</sup> Como ha anotado el profesor Mariño,<sup>240</sup> esta regla tiene una naturaleza fundamentalmente procesal, por lo que su incumplimiento funda solamente la inadmisibilidad de la reclamación internacional. Y también ése es el sentido del artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por hechos ilícitos: tiene por objeto permitir que, antes de ejercer la protección diplomática o recurrir a la jurisdicción internacional, “el Estado en el que se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios, en el marco de su orden jurídico interno”.<sup>241</sup> De otro modo, se interferiría innecesariamente en los asuntos internos del Estado responsable y se incitarían inútilmente conflictos internacionales.<sup>242</sup> Aún más, como ha manifestado Jiménez de Aréchaga, “el ejercicio prematuro de la protección diplomática que no diese oportunidad a los órganos del Estado demandado para hacer justicia, constituiría una afrenta a su soberanía e independencia”.<sup>243</sup>

El artículo 14 del proyecto de la CDI recoge esta regla en los siguientes términos:

- “1. Un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes que la persona lesionada haya agotado todos los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto del artículo 15.
2. Por ‘recursos internos’ se entiende los recursos legales que una persona lesionada puede interponer ante los tribunales u órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad se invoca por el perjuicio.”
3. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8.”

De esta forma, todas las personas, jurídicas y naturales, deben agotar los recursos locales del Estado que causó el daño. Estos recursos varían en cada Estado y pueden ser de cualquier tipo: ordinarios o extraordinarios, judiciales o administrativos. Eso sí, tienen que existir realmente y su utilización debe poder conducir a la reconsideración de la

---

<sup>237</sup> Sobre este tema, véase la monografía clásica de Ruiloba Santana, Eloy, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Valencia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1978, 336 p. También véase Miaja de la Muela, A., *El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales*, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, Vol. II, 1963, p. 9-58.

<sup>238</sup> CIJ, *Caso Interhandel (Suiza vs. Estados Unidos de América)*, objeciones preliminares, sentencia de 21 de marzo de 1959, p. 27.

<sup>239</sup> *Caso relativo a la Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *op.cit.*, nota 77, p. 42, párr. 50.

<sup>240</sup> Mariño Menéndez, F. M., 2005, *op.cit.*, nota 2, p. 528.

<sup>241</sup> *Caso Interhandel*, *op.cit.*, nota 238, p. 27.

<sup>242</sup> Lillich, R., *The effectiveness of the local remedies today*, *American Society of International Law- Proceedings*, Vol. 58, 1964, p. 101-106.

<sup>243</sup> Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1980, p. 347.

reclamación, es decir, deben ser eficaces y suficientes.<sup>244</sup> En este sentido, la jurisprudencia arbitral señaló en el asunto *Ambatielos* que “estos recursos internos incluyen no solamente lo que se refiere a los tribunales, sino también al uso de todas las facilidades de procedimiento que el derecho interno hace accesibles al litigante ante los tribunales. Es todo el sistema de protección jurídica, tal y como lo prevé el derecho interno, el que debe ser probado ante un Estado”.<sup>245</sup> No obstante, no incluyen los recursos a título de gracia ni aquellos cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho. Por ejemplo, las peticiones de indulto o el recurso a un Ombudsman pertenecen generalmente a la categoría de recursos que no es necesario agotar.<sup>246</sup>

La regla del agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con el artículo 14.3, sólo tiene aplicación en aquellos casos en que el Estado que ejerce la protección diplomática ha sido lesionado ‘indirectamente’, es decir, a través de un nacional suyo. Por lo que la regla no opera si es el propio Estado el que ha sufrido el daño directamente o la reclamación es mixta por tener elementos de un daño directo e indirecto al Estado. Ahora, como señala la CDI, en la práctica es difícil determinar cuando una reclamación es ‘directa’, ‘indirecta’ o ‘mixta’. Por lo general, la reclamación será ‘indirecta’ cuando el Estado busque una compensación económica a nombre de su nacional como individuo privado. Cuando la materia de la disputa se relaciona con actos de un agente del gobierno, un agente diplomático o la propiedad del Estado, la reclamación normalmente será ‘directa’.<sup>247</sup> Por ejemplo, si se produce una detención ilícita en altamar de un buque de Estado o cuando el hecho ilícito lesiona a un órgano de las relaciones internacionales del Estado como es el caso de la entrada de las fuerzas de seguridad en los locales de una misión diplomática sin la autorización del jefe de la misión.<sup>248</sup>

Si la reclamación es producto de un daño que lesione directa e indirectamente al Estado, será ‘mixta’. Por ejemplo, en el caso *Avena*, México buscaba proteger a sus nacionales de la pena de muerte en Estados Unidos a través de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, argumentando que, a raíz de la violación de Estados Unidos de sus obligaciones conforme al artículo 36.1 de la CV63, había sufrido un daño, tanto él mismo como a través de sus nacionales. La CIJ confirmó este argumento debido “a la interdependencia de los derechos del Estado y los derechos individuales”. Y rechazó la excepción de Estados Unidos de que no se había cumplido con la regla del agotamiento de los recursos internos toda vez que en este tipo de reclamaciones “el deber de agotar los recursos internos no tiene aplicación”.<sup>249</sup>

En los casos de reclamaciones mixtas, el tribunal debe decidir qué elemento, el directo o el indirecto, es el preponderante.<sup>250</sup> Por ejemplo, en el caso *ELSI*, la CIJ rechazó el argumento

---

<sup>244</sup> Mariño Menéndez, F. M., 2005, *op.cit.*, nota 2, p. 528.

<sup>245</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Reclamación Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido)*, 6 de marzo de 1956, Vol. XII, p. 120. También véase Amerasinghe, C. F., 2004, *op.cit.*, nota 157, p. 182-192.

<sup>246</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 80. Al respecto, véase el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*, *op.cit.*, nota 6, párr. 135-143.

<sup>247</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 74-75.

<sup>248</sup> González Campos, *et.al.*, *op.cit.*, nota 71, p. 436.

<sup>249</sup> *Avena y otros nacionales mexicanos*, *op.cit.*, nota 6, párr. 40.

<sup>250</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 75.

de Estados Unidos de que parte de la reclamación estaba basada en la violación de un tratado y que, por tanto, era innecesario el agotamiento de los recursos internos, al señalar que: “la Sala no tiene duda de que la materia que influye e impregna la reclamación de los Estados Unidos en su conjunto es el daño aducido a Raytheon and Machlett (empresas de Estados Unidos)”.<sup>251</sup>

El particular, en el marco de los procesos internos, debe plantear ante los órganos jurisdiccionales internos los argumentos básicos que el Estado del que es nacional se propone utilizar en la acción internacional de la acción diplomática. Sin embargo, esto no significa que el particular deba haber presentado absolutamente todos los argumentos de hecho y derecho aducidos por el Estado en el marco de la protección diplomática, pero sí los esenciales.<sup>252</sup> Y en este sentido se pronunció la CIJ en el asunto ELSI, en el que señaló que para que se consideren agotados los recursos internos “basta con que se haya sometido la esencia de la demanda y que se haya perseverado tan lejos como permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin alcanzar éxito”.<sup>253</sup>

La regla del agotamiento de los recursos tiene las siguientes *excepciones*, de acuerdo con el artículo 15 del proyecto de la CDI:

a) *Cuando no hay recursos internos lo razonablemente suficientes para ofrecer una reparación eficaz, o los recursos internos que hay no ofrecen ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz.* Es decir, esta excepción tiene aplicación cuando los recursos son obviamente inútiles, no ofrecen posibilidades razonables de éxito o no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. Como señaló la CIJ en el caso *The Panevezys-Saldutiskis Railway* “No puede, en efecto, haber lugar a recurrir a los tribunales internos, si éstos no pueden llegar a decidir; tampoco es necesario recurrir de nuevo a tribunales internos si el resultado debe ser la repetición de una decisión ya adoptada”.<sup>254</sup>

b) *Cuando en la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca.* Toda vez que es difícil dar un contenido objetivo al término ‘dilación indebida’, los comentarios del artículo señalan que cada caso deberá ser juzgado de acuerdo con sus propios hechos.<sup>255</sup> Como señala la jurisprudencia arbitral en el caso *El Oro Mining*: “La Comisión no intentará establecer con precisión dentro de qué período el tribunal debe rendir su sentencia. Esto dependerá de varias circunstancias, principalmente entre ellas el volumen de trabajo que envuelve el examen del caso, en otras palabras, la magnitud de éste”.<sup>256</sup>

c) *Cuando no exista un vínculo relevante entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca en la fecha del daño.* Esta excepción tiene aplicación en aquellos

---

<sup>251</sup> Caso relativo a la *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *op.cit.*, nota 77, p. 42, párr. 52.

<sup>252</sup> Díez de Velasco, Manuel, 2009, *op.cit.*, nota 38, p. 915.

<sup>253</sup> Caso relativo a la *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *op.cit.*, nota 77, p. 42, párr. 59.

<sup>254</sup> Caso del ferrocarril *Panevezys-Saldutiskis (Estonia vs. Lituania)*, *op.cit.*, nota 127, p. 18.

<sup>255</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 80.

<sup>256</sup> Reports of International Arbitral Awards, *El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (Gran Bretaña vs. México)*, 18 de junio de 1931, Vol. V, p. 198.

casos en que, a pesar de que existen recursos internos disponibles y pueden ofrecer una posibilidad razonable de reparación del daño, no sería razonable el agotarlos o le causaría una gran carga a la persona lesionada.<sup>257</sup> De este modo, para que opere la regla se requiere la existencia de un vínculo relevante (y no voluntario) entre el individuo lesionado y el Estado receptor, en el sentido de que la conexión debe estar relacionada de alguna forma con el daño ocasionado. Así, el tribunal deberá examinar no sólo la cuestión de si la persona lesionada estaba presente, era residente o hacía negocios en el Estado receptor, sino también si por su conducta, en esas circunstancias, había asumido el riesgo de que si sufría una lesión estaría sujeto a la resolución del Estado responsable.<sup>258</sup>

*d) Cuando la persona lesionada es manifiestamente excluida del acceso a las instituciones que ofrecen los recursos internos.* Esta excepción está diseñada para dar al tribunal la oportunidad de dispensar la regla del agotamiento de los recursos internos cuando, en todas las circunstancias del caso, sería manifiestamente irrazonable esperar el cumplimiento de esta regla. Los comentarios al artículo señalan que esta excepción, que es un ejercicio en desarrollo progresivo, debe ser estrictamente aplicada y la carga de la prueba debe recaer en la persona lesionada, quien debe demostrar no solamente que existen obstáculos serios y dificultades en el proceso del agotamiento de los recursos internos, sino también que está *manifiestamente* excluido de ejercer dichos recursos. Y, se dan los siguientes ejemplos, si bien se señala expresamente que no se intenta dar una lista comprensiva de los factores que pueden calificar para que tenga aplicación esta excepción: 1) que se le impida la entrada al territorio del Estado receptor, ya sea reglamentariamente o a través de amenazas a su seguridad personal, negándole, por tanto, la oportunidad de llevar su causa a los tribunales locales; 2) cuando los sindicatos del Estado demandado obstruyan que la persona lesionada lleve su causa a los tribunales; 3) cuando el costo de los procedimientos legales ante los tribunales locales sea ‘prohibitivamente alto’ y excluya manifiestamente a la persona lesionada del cumplimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.<sup>259</sup>

*e) Cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.* Toda vez que el propósito de la regla del agotamiento de los recursos internos está establecida con el fin de proteger los intereses del Estado cuya responsabilidad se invoca, él mismo puede renunciar a esta protección que se le otorga. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos manifestó en el caso *Wilde, Ooms And Versyp ("Vagrancy")*: “no hay nada que impida a los Estados renunciar al beneficio de la regla de agotamiento de los recursos internos, puesto que el objetivo esencial es proteger su orden legal nacional”.<sup>260</sup> En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el asunto *Viviana Gallardo y otras*:

“En este caso, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes

---

<sup>257</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries, op.cit.*, nota 107, p. 80.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>259</sup> *Ídem*.

<sup>260</sup> CEDH, *Casos de De Wilde, Ooms y Versyp ("Vagrancy") vs. Bélgica (méritos)*, demandas no. 832/66; 2835/66; 2899/66, sentencia de 18 de junio de 1971, párr. 55.

de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito”.<sup>261</sup>

La renuncia al agotamiento de los recursos internos puede realizarse de forma expresa o tácita, o se puede inferir de la conducta del Estado demandado en circunstancias que puedan ser descritas como *estoppel*, si bien la intención de renunciar al agotamiento de los recursos debe quedar claramente precisada.<sup>262</sup> Como señaló la CIJ en el caso *ELSI*: “es inaceptable que se pueda considerar que se descarta tácitamente la aplicación de un principio importante del Derecho Internacional consuetudinario sin que la intención de descartarlo quede claramente precisada”.<sup>263</sup>

La renuncia *expresa* a la regla del agotamiento de los recursos internos puede estar prevista en un acuerdo bilateral o multilateral que haya entrado en vigor antes o después del surgimiento de la reclamación. Puede aparecer en una cláusula de un compromiso arbitral celebrado para resolver una controversia existente. También puede estar incluida en un contrato entre el extranjero y el Estado demandado. Existe consenso en que la renuncia expresa al agotamiento de los recursos internos, ya sea que esté contenida en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre el particular y el Estado, es válida e irrevocable, aún cuando el contrato sea regido por las leyes del Estado receptor.<sup>264</sup> Un ejemplo de renuncia expresa está en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que dispone en su artículo 26:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

## 2.6 Protección diplomática y obligaciones *erga omnes*

En su clásica sentencia del asunto de la *Barcelona Traction*, la CIJ reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes*, caracterizadas por contraerse ante toda la comunidad internacional e incorporar valores esenciales para ésta al proteger derechos esenciales, siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento.<sup>265</sup> También señaló que, toda vez que las obligaciones cuyo cumplimiento son objeto de la protección diplomática no son de carácter *erga omnes*, la acción diplomática sólo puede ser ejercida por el Estado de la nacionalidad del individuo lesionado por el hecho ilícito internacional.<sup>266</sup> Y en su opinión consultiva sobre *Reparación de daños*

---

<sup>261</sup> CIDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1981, Serie A, No. 101, párr. 26.

<sup>262</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 84.

<sup>263</sup> *Caso relativo a la Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *op.cit.*, nota 77, p. 42, párr. 59.

<sup>264</sup> *Casos de De Wilde, Ooms y Versyp ("Vagrancy") vs. Bélgica (méritos)*, *op.cit.*, nota 260, párr. 55; *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, *op.cit.*, nota 261, párr. 26.

<sup>265</sup> *Barcelona Traction*, *op.cit.*, 1970, nota 23, p. 32, párr. 33. Para un análisis de las obligaciones *erga omnes* en esta sentencia, véase Juste Ruíz, José, Las obligaciones “*erga omnes*” en Derecho Internacional Público, en Miaja de la Muela, Adolfo, *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid: Tecnos, 1979, tomo I, p. 219-233.

<sup>266</sup> La sentencia señaló “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of

*sufridos al servicio de las Naciones Unidas* manifestó que lo anterior se debe a que las reglas sobre la protección diplomática presuponen dos condiciones: “La primera, que el Estado demandado haya violado una obligación para con el Estado nacional, respecto a los nacionales de éste. La segunda, que sólo la parte con respecto a la cual existe una obligación internacional pueda presentar una reclamación por su violación”.<sup>267</sup>

Como se verá más abajo, diversa doctrina ha apuntado la posibilidad de que Estados distintos al de la nacionalidad del perjudicado sean también titulares del derecho subjetivo de protección diplomática cuando el perjuicio sea producto de la violación de una obligación *erga omnes*, supuesto que, por su naturaleza, suele coincidir con las situaciones de violación de derechos humanos fundamentales. En el mismo sentido, otros autores han apuntado hacia la tendencia que llevaría a introducir un vínculo distinto al de la nacionalidad.<sup>268</sup>

El problema reside en saber si terceros Estados, es decir, aquéllos que no están unidos por el vínculo de la nacionalidad con el particular lesionado, pueden invocar la responsabilidad internacional del Estado infractor que causa un daño al particular, producto de la violación de una norma *erga omnes*. Y, en caso de ser afirmativo, si esta reclamación internacional puede denominarse protección diplomática en *estricto sentido*. Cabe recordar que Díez de Velasco desde 1986 ya había señalado que la existencia de obligaciones *erga omnes* era una de las causas más graves de erosión a la concepción clásica de la protección diplomática.<sup>269</sup>

A continuación, se señalan las posturas que adoptan los dos proyectos de reglas de la CDI con injerencia en este asunto.

### **2.6.1 Proyecto sobre protección diplomática**

La codificación actual de la protección diplomática confirma lo señalado por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*: sólo el Estado de la nacionalidad puede ejercer la protección diplomática, aún cuando hayan tenido lugar violaciones de obligaciones *erga omnes*. Si bien Dugard señaló en su primer informe que posteriormente examinaría la controvertida cuestión de si cabe aplicar a la protección diplomática la doctrina de las obligaciones *erga omnes*, es decir, que un Estado del que no sea nacional la persona lesionada ejerza la protección diplomática en favor de esa persona si el daño se ha causado al infringirse una norma de *jus cogens* y el Estado de la nacionalidad se ha negado a ejercer la protección, el referido tratamiento a esta cuestión nunca se materializó en los informes

---

diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”. *Barcelona Traction, op.cit.*, 1970, nota 23, p. 32, párr. 33.

<sup>267</sup> *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, op.cit.*, nota 117, p. 180-181.

<sup>268</sup> Thierry, Hubert, *L'évolution du droit international: cours général de droit international public*, Recueil des Cours, Vol. 222, No. III, 1990, p. 105; Gaja, G., 2003 (a), *op.cit.*, nota 173, p. 63; Forcese, Craig, Shelter from the Storm: Rethinking Diplomatic Protection of Dual Nationals in Modern International Law, *George Washington International Law Review*, Vol. 37, 2005, p. 497-498; Quel López, Francisco Javier, La violación de obligaciones *erga omnes* y su incidencia en el ejercicio de la protección diplomática, en Vargas Gómez-Urrutia, Marina & Salinas de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 2, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 1183-1199.

<sup>269</sup> Díez de Velasco Vallejo, Manuel, 1986, *op.cit.*, nota 132, p. 390.

posteriores.<sup>270</sup> La única disposición del proyecto que tiene relación con el tema es el artículo 16, el cual dispone:

“El derecho de los Estados, las personas naturales, legales u otras entidades a recurrir bajo el Derecho Internacional a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará lesionado por el presente proyecto de artículos”.

Dugard señala que este artículo fue incluido para lograr que el proyecto de artículos, y en consecuencia la institución de la protección diplomática, no obstaculice de ningún modo otros procedimientos para proteger los derechos humanos, pues “la CDI reconoce que la protección diplomática es sólo uno de diversos medios para proteger los derechos humanos y que tiene un alcance muy limitado, visto que se circunscribe a proteger los derechos humanos de los nacionales”. Pero que “hay otros procedimientos de protección de los derechos humanos que no acusan limitaciones a este respecto. Los tratados de derechos humanos confieren derechos y brindan recursos a todos los seres humanos cuyos derechos humanos sean conculcados, con independencia de su nacionalidad. Además, los avances producidos en el Derecho Internacional permiten que un Estado proteja (mediante protesta, negociación, arbitraje o proceso judicial) tanto a los nacionales como a los no nacionales que hayan sufrido una violación de las normas de derechos humanos (con rango de *jus cogens* o que puedan considerarse obligaciones *erga omnes*) en países extranjeros”.<sup>271</sup>

Como se anticipó, algunos autores han cuestionado que las reclamaciones de protección diplomática sólo puedan ser hechas por el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada en el caso violaciones de obligaciones *erga omnes*, si se toma en consideración el desarrollo del Derecho Internacional en materia de derechos humanos. Por ejemplo, Quel López señala que hay que entender la aseveración de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* en el contexto del asunto en cuestión pues “debía seguir esa línea para justificar el rechazo de la pretensión belga de asumir el perjuicio a los accionistas de la sociedad al margen del Estado de nacionalidad de la persona jurídica”. Pero que “produce perplejidad la afirmación de que, en el momento en el que se bilateraliza la relación de responsabilidad, por tratarse de una violación particular en un caso determinado, no quepa su consideración como obligación *erga omnes* y decaiga el interés jurídico general en orden a que tal obligación sea protegida”.<sup>272</sup> Milano, por otro lado, manifiesta que con esta situación “se da prelación a los mecanismos de la protección diplomática por sobre los de las normas de derechos humanos, incluso cuando el perjuicio a la persona se causa por una conculcación de sus derechos humanos”.<sup>273</sup>

La percepción de los autores citados se comparte pues, si bien existen otros medios de defensa de los derechos humanos de las personas, la protección diplomática es un instrumento importante para tales fines (véase por ejemplo el caso Avena). No sólo es uno de los medios para hacer efectiva la responsabilidad internacional, sino que, como señala

---

<sup>270</sup> Primer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 185.

<sup>271</sup> Séptimo informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 106, párr. 84.

<sup>272</sup> Quel López, F. J., 2005, *op.cit.*, nota 268, p. 1183. También véase Quel López, F. J., 2002, *op.cit.*, nota 173, p. 343.

<sup>273</sup> Milano, Enrico, *op.cit.*, nota 223, p. 106-107.

Brownlie, la mayor parte de las reclamaciones formuladas por los Estados se refieren a daños causados a particulares.<sup>274</sup> En este sentido, con esta regla se elimina una posibilidad del ‘arsenal’ disponible para defender los derechos humanos de las personas, con independencia de las regulaciones aplicables en caso de que el Estado de la nacionalidad y el Estado que causa el perjuicio sean parte de sistemas jurídicos de protección de los derechos humanos o de otros medios previstos en el derecho sobre responsabilidad internacional en caso de violaciones *erga omnes*. Es cierto que, a diferencia de unas décadas atrás, el individuo ahora tiene derechos humanos reconocidos internacionalmente y que cuenta con algunos mecanismos en la arena internacional para hacer que tales derechos sean respetados. Sin embargo, en la etapa presente de desarrollo del Derecho Internacional, constituye un factor importante para la efectividad de los derechos humanos el que existan mecanismos dobles de protección, tanto los que puede llevar a cabo el propio individuo como el Estado.

Las condiciones para que un Estado pueda ejercer la protección diplomática, en especial la de la nacionalidad, deben adecuarse para responder a las nuevas perspectivas de defensa de intereses comunes, en particular en el ámbito de los derechos humanos. Tal es el caso de la aplicación de la regla de la nacionalidad en el caso de violación de obligaciones *erga omnes*. Al respecto, existe el debate entre la doctrina sobre si, en caso de que tal supuesto llegue a darse, se seguiría estando frente a la protección diplomática en estricto sentido o si, por el contrario, se estaría ante otra institución. Autores como Condorelli<sup>275</sup> y, más recientemente, Vermeer-Künzli<sup>276</sup> sostienen que, en efecto, se estaría ante la institución en sentido estricto. Otra parte de la doctrina, encabezada por Gaja, sostiene que en caso de que se abandone el vínculo de la nacionalidad difícilmente se estará ante el régimen general de la protección diplomática. Gaja señala que no conviene denominar ‘protección diplomática’ a la acción de protección que realizaría el Estado de la nacionalidad cuando en la base se encuentra la violación de derechos humanos. La razón de ser es que en este caso estamos ante un ‘interés común’ que llevaría a afirmar que el Estado no es el único titular del derecho lesionado y, por tanto, no está “*spécialement atteint*”.<sup>277</sup>

Comparto la visión de la primera corriente doctrinaria porque la institución se encuentra en constante proceso de evolución y ello hace que varíen su contenido y alcance, ya que se van incorporando, progresivamente, nuevos aspectos que afectan su caracterización jurídica y los elementos centrales para el ejercicio de las labores de protección. Es cierto que los aspectos esenciales de la protección diplomática se mantienen prácticamente inalterados desde su surgimiento, pero ello no contradice que se añadan excepciones en aras de que la

---

<sup>274</sup> Brownlie, Ian, International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law, *Recueil Des Cours*, Vol. 255, 1995, p. 108.

<sup>275</sup> Condorelli, L., La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 86, 2003 (b), p. 5.

<sup>276</sup> Vermeer-Künzli, A., Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, 2007, p. 942.

<sup>277</sup> Gaja, G., Is a State Specially Affected when its Nationals' Human Rights are Infringed?, en Lal Chand Vohrah, *et al.*, (ed.), *Man's inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haya: Kluwer Law International, 2003 (b), p. 380-382; Gaja, G., 2003 (a), *op.cit.*, nota 173, p. 66-67; Gaja, G., 2010, *op.cit.*, nota 139, p. 13; Pergantis, Vasileios, Towards a “Humanization” of Diplomatic Protection?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66, 2006, p. 351; Torroja Mateu, H., 2006, *op.cit.*, nota 134, p. 235.



institución tenga una función contemporánea de protección de los derechos humanos. Ya lo señaló la CIJ en 2007 en las objeciones preliminares del caso de *Ahmadou Sadio Diallo*:

“Debido al significativo desarrollo del Derecho Internacional durante décadas recientes con respecto a los derechos que éste otorga a los individuos, el ámbito *ratione materiae* de la protección diplomática, originalmente limitado a presuntas violaciones del estándar mínimo de trato a los extranjeros, se ha ampliado posteriormente para incluir, *inter alia*, derechos humanos internacionalmente garantizados”.<sup>278</sup>

Claramente, que se admitiera el ejercicio de la protección diplomática por un Estado distinto al de la nacionalidad en caso de violaciones de obligaciones *erga omnes* iría con los esfuerzos encaminados a dar a la institución un enfoque más acorde a los desarrollos en materia de derechos humanos. De hecho, este tipo de esfuerzos que impactan el campo de los derechos humanos ya se empezaron a hacer en el proyecto de artículos de 2006 al incluirse, entre otras cosas: el ejercicio de la protección diplomática contra el Estado de la nacionalidad en el caso de individuos con doble nacionalidad (art.7); la extensión de la protección a apátridas y refugiados (art.8), y miembros de la tripulación del buque (art.17); la consolidación de las excepciones a la regla de agotamiento de los recursos locales (art.15); así como la recomendación de tomar en cuenta a los individuos afectados al ejercer la protección (art.19). Todos estos elementos van perfilando con mayor nitidez el contenido y el alcance contemporáneos de la protección diplomática, acorde con el desarrollo del Derecho Internacional en materia de derechos humanos. No obstante, quedan desafíos pendientes, entre los más evidentes el relativo a la admisión del ejercicio de la protección diplomática por un Estado distinto al de la nacionalidad en caso de violaciones de obligaciones *erga omnes* y la transferencia de la compensación al individuo lesionado, en caso de que su Estado obtenga alguna.

Ahora bien, más allá de debates sobre la denominación de la institución en caso de aceptarse su ejercicio por un Estado distinto al de la nacionalidad en caso de violaciones de obligaciones *erga omnes*, el principal reto es reconocer que, como bien anota Gaja, “cuando los derechos humanos están en juego, el requisito de la nacionalidad no debería aplicar, ni el Estado de la nacionalidad debería tener un derecho exclusivo de invocar la responsabilidad”.<sup>279</sup>

## 2.6.2 Proyecto sobre responsabilidad internacional

Que un Estado distinto del de la nacionalidad del individuo lesionado no pueda ejercer la protección diplomática, aún en caso de que hayan tenido lugar violaciones de obligaciones *erga omnes*, no significa que un Estado distinto al de la nacionalidad del individuo lesionado pueda invocar, a través de un mecanismo distinto al de la protección diplomática, la responsabilidad internacional de un Estado que ha cometido violaciones serias de obligaciones *erga omnes* que afectan a individuos.

El *obiter dictum* de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* en el que señaló la existencia de obligaciones *erga omnes* inspiró el artículo 48 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional aprobado en 2001. Este artículo, especialmente el apartado

---

<sup>278</sup> Caso relativo a *Ahmadou Sadio Diallo*, 2007, *op.cit.*, nota 77, párr. 39.

<sup>279</sup> Gaja, G., 2010, *op.cit.*, nota 139, p. 13.

1.b), establece la posibilidad de que un Estado distinto del Estado lesionado invoque la responsabilidad internacional en caso de violación de una obligación *erga omnes*. Esta disposición, incluida en el proyecto como un ‘ejercicio en desarrollo progresivo’, indudablemente ayuda a consolidar la idea de que el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes* concierne a toda la comunidad internacional y no sólo a los Estados de forma individual. Sin embargo, no está libre de complejidades y, hasta cierto punto, de contradicciones con la codificación de la protección diplomática, con la cual guarda estrecha relación.

De esta forma, tenemos que la responsabilidad internacional por la violación de una obligación *erga omnes* que afecte a individuos puede ser invocada tanto a través de la protección diplomática, si la invoca el *Estado de la nacionalidad* del individuo lesionado, como a través del artículo 48.1,b), pudiendo ser el que la invoque *un Estado distinto del de la nacionalidad* de los individuos lesionados. A continuación se señalan puntos de encuentro y divergencias entre ambos mecanismos.<sup>280</sup>

a) Las reclamaciones en ambos mecanismos son ‘indirectas’: en el caso de la protección diplomática el daño es indirecto porque es infligido a un nacional, no al propio Estado; en el caso de la invocación bajo el artículo 48 el daño es indirecto porque el Estado que invoca la responsabilidad no es el lesionado. Sin embargo, toda vez que la protección diplomática se basa en el clásico daño indirecto, tienen aplicación las reglas de la nacionalidad de la reclamación y del agotamiento de los recursos internos, establecidas en el artículo 44 del proyecto sobre responsabilidad internacional. En el caso de la invocación bajo el artículo 48, por el contrario, por ser una reclamación presumiblemente interpretada como directa en la que el interés jurídico se establece a través de la pertenencia del Estado a la Comunidad Internacional, las condiciones para las reclamaciones indirectas, y en consecuencia de la protección diplomática, *no* tienen aplicación.

La situación anterior hasta ahora podría parecer razonable, pero el apartado 3 del artículo 48 la complica considerablemente: requiere que el Estado que invoque la responsabilidad cumpla, entre otras cosas, con lo dispuesto en el artículo 44, es decir, con las reglas de la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos, que son las condiciones de ejercicio de la protección diplomática y, por ende, de las reclamaciones indirectas. Es decir, a la vez que permite la invocación de la responsabilidad internacional por un Estado distinto al lesionado en caso de violaciones de obligaciones *erga omnes*, teniendo como consecuencia que si dichas violaciones lesionan a los individuos éstos queden protegidos por este mecanismo en caso de que el Estado de su nacionalidad decida no ejercer la protección diplomática a su favor, contradictoriamente requiere que el Estado que la invoque se sujete al requisito de la nacionalidad de la reclamación.

A mi entender, y siguiendo lo marcado por el artículo 16 del proyecto sobre protección diplomática y los comentarios que lo acompañan, las reglas de la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos sólo tienen aplicación en el caso de

---

<sup>280</sup> Para más detalle sobre este tema, véase Vermeer-Künzli, Anna Maria Helena, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, Leiden: Leiden University, 2007, p. 102 y ss.

las reclamaciones de protección diplomática y no para el artículo 48. De otro modo, se estaría contrariando lo señalado por la CIJ respecto a la propia naturaleza de las obligaciones *erga omnes* en el asunto de la *Barcelona Traction*: que se contraen ante toda la comunidad internacional y que incorporan valores esenciales para la comunidad internacional y protegen derechos esenciales, siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento.<sup>281</sup>

No obstante, faltó que el artículo 48 especificara esta situación o que, al menos, los comentarios de la CDI a dicho artículo la aclararan, respecto de la cual guardan silencio.<sup>282</sup> Los comentarios al artículo 16 del proyecto sobre protección diplomática trataron de solventar la contradicción al señalar que las condiciones de ejercicio de la protección diplomática, como están contenidas en el proyecto sobre protección diplomática, no tienen aplicación a la invocación de la responsabilidad internacional conforme al artículo 48 del proyecto sobre responsabilidad internacional. Y que, de hecho, el propósito del artículo 16 es restringir la aplicación del proyecto de artículos sobre protección diplomática para que no afecte negativamente el funcionamiento de otros mecanismos al imponer reglas que de otra forma hubieran sido aplicables para reclamaciones indirectas. Aún más, la nota al pie de página no. 245 del proyecto sobre protección diplomática expresamente señala que el artículo 44 del proyecto sobre responsabilidad internacional no tiene aplicación al artículo 48.1.b).<sup>283</sup>

b) Las violaciones en ambos mecanismos pueden ser de distinto carácter. Mientras que la protección diplomática puede ser invocada por violaciones tanto de obligaciones *erga omnes*, como de aquellas que no tienen tal carácter; el mecanismo contemplado en el artículo 48.1.b), sólo puede ser usado para el caso de violaciones de obligaciones *erga omnes*.

c) La protección diplomática sólo puede ser ejercida a favor de un nacional, tomando en consideración las excepciones previstas y en progresivo desarrollo para el caso de apátridas, refugiados y tripulantes de buques; mientras que el mecanismo del artículo 48 no requiere que la o las personas amparadas sean nacionales. Aún más, en el caso de los refugiados, permite la invocación de la responsabilidad en contra del Estado de la nacionalidad de éstos, contrariamente a lo que sucede en el caso de las reglas de la protección diplomática que no lo permiten.

d) La protección diplomática requiere que se agoten los recursos internos previamente antes de poder ser ejercida, considerando las excepciones previstas en el proyecto; el mecanismo previsto en el artículo 48, al ser la reclamación interpretada como directa, no requiere que se cumpla con esta regla de admisibilidad establecida en el artículo 44 del proyecto sobre responsabilidad internacional.

---

<sup>281</sup> *Barcelona Traction*, *op.cit.*, 1970, nota 23, p. 32, párr. 33-34.

<sup>282</sup> *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*, *op.cit.*, nota 103, p. 126-128.

<sup>283</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *op.cit.*, nota 107, p. 87.

e) En cuanto a las consecuencias de la invocación de la responsabilidad, en ambos casos son aplicables las reglas generales de la responsabilidad internacional en materia de reparación y contramedidas pues, como señaló la CDI en los comentarios al proyecto sobre protección diplomática,<sup>284</sup> existe una estrecha relación entre ambas materias y muchos de los principios contenidos en el proyecto sobre responsabilidad internacional son relevantes para la protección diplomática, en especial el tema de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. Eso sí, en el caso de la protección diplomática, el artículo 19, apartado b), del proyecto recomienda “tomar en cuenta, cuando sea posible, la opinión de las personas perjudicadas con respecto al ejercicio de la protección diplomática y la reparación buscada”.

Si bien ambos mecanismos de invocar la responsabilidad internacional difieren y existe una gran complejidad en su ejercicio, especialmente en el caso del mecanismo establecido en el artículo 48 por la falta de reglas que lo rijan, es preciso incentivarlos en aras de ampliar los mecanismos existentes de protección de los derechos humanos. Es cierto que el ejercicio de la protección diplomática por un Estado a favor de uno de sus nacionales no es un derecho humano de este último,<sup>285</sup> tal y como Alemania y México intentaron que se reconociera en sus demandas contra Estados Unidos ante la CIJ en los casos *Lagrand* y *Avena*.<sup>286</sup> Sin embargo, eso no impide que tenga un papel importante en la protección de los derechos humanos. En el caso concreto, en la invocación de la responsabilidad internacional por violaciones de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero,<sup>287</sup> incluidas, por supuesto, las violaciones serias de derechos humanos que tengan el carácter de normas imperativas.

Cada año grandes cantidades de personas dejan sus Estados de origen forzosamente, ya sea por ser perseguidos en su propio país o por buscar mejores condiciones de vida, y están expuestas en el Estado receptor a numerosos abusos que pueden incluir discriminación racial, tortura, el sometimiento a condiciones laborales equiparables a la esclavitud y la servidumbre, entre otras, sin contar los crímenes contra la humanidad que pueden ser cometidos en un contexto de guerra. Por ello, es preciso impulsar los métodos existentes de protección de los derechos humanos, lo cual redundará en beneficio de los grupos humanos más vulnerables, entre los que se encuentran, en el caso de los extranjeros, los refugiados, los trabajadores migrantes y los trabajadores migrantes irregulares. Estos últimos son personas que difícilmente encuentran protección dentro del Estado receptor por su situación administrativa irregular, por lo que la protección diplomática constituye un valioso mecanismo de defensa de sus derechos más fundamentales.

## 2.7 Protección diplomática y derechos humanos

Los avances en materia de derechos humanos que han tenido lugar a partir de 1945 han tenido como consecuencia que se cuestionen las nociones tradicionales sobre las que

---

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>285</sup> Para una descripción de la postura que sostiene que la protección diplomática es un derecho humano, véase Flauss, J. F., 2003 (a), *op.cit.*, nota 178, p. 35-36.

<sup>286</sup> Caso *LaGrand*, *op.cit.*, nota 6, párr. 78; *Avena y otros nacionales mexicanos*, *op.cit.*, nota 6, párr. 124.

<sup>287</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 32.

descansa la institución, dando lugar a un rico debate doctrinario. Estos cuestionamientos han estado presentes en la Comisión de Derecho Internacional desde el inicio de la codificación de la materia en el seno de la responsabilidad internacional y han alcanzado su cúspide con el trabajo de los dos Relatores Especiales que han estudiado la materia a partir de la reapertura de su codificación en 1996. Como reconoce J. Dugard, el último Relator Especial de la materia:

“Muchas de las publicaciones posteriores a 2000 [...] analizan la cuestión relativa a saber si la protección diplomática es un procedimiento para la protección de los derechos humanos de las personas o un mecanismo para la protección del interés del Estado que ejerce la protección diplomática”.<sup>288</sup>

Cabe recordar que desde los primeros años de desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la doctrina ha debatido los efectos de la internacionalización de los derechos humanos en la institución clásica de la protección diplomática. Jessup afirmaba desde 1946 que “la encarnación en Derecho Internacional del principio del debido respeto a los derechos del hombre sugiere nuevas complicaciones. El tema anteriormente conocido en Derecho Internacional como <<la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros>> debe transformarse en <<la responsabilidad de los Estados por daños a los individuos>>”.<sup>289</sup>

Uno de los primeros debates fue sobre la vigencia de la institución toda vez que las normas de derechos humanos generalmente otorgan a nacionales y extranjeros el mismo trato, que es muy superior al estándar mínimo de trato a extranjeros fijado en una época anterior, y dan al individuo la posibilidad de hacer valer esos derechos en el ámbito internacional a través de una serie de mecanismos.<sup>290</sup> Esta cuestión estuvo presente en el primer trabajo de codificación de la institución en el seno de la responsabilidad internacional. García Amador recalca en 1956 que “bajo esta nueva doctrina legal [el reconocimiento internacional de los derechos fundamentales del hombre], la distinción entre nacionales y extranjeros no tiene ya *raison d'être*”, por lo que los principios tradicionales de la protección diplomática, igualdad de trato y estándar mínimo internacional, “parecen haber sido rebasados por el Derecho Internacional contemporáneo”.<sup>291</sup>

El debate sobre las relaciones entre la protección diplomática y el régimen internacional de los derechos humanos ha renacido en los últimos años debido a la reapertura del estudio de la codificación de la institución y también a alguna jurisprudencia internacional reciente de la materia, sobretodo la de los casos Lagrand y Avena. Cuando se reabre el estudio de la codificación de la protección diplomática en 1996 se plantea si “*habida cuenta del desarrollo de los derechos de la persona, a la que se reconoce cada vez más la calidad de sujeto de Derecho Internacional, la Comisión tendría que reconsiderar el derecho clásico*

---

<sup>288</sup> Séptimo informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 106, párr. 3.

<sup>289</sup> Jessup, Philip C., 1946, *op.cit.*, nota 71, p. 903-928.

<sup>290</sup> Por ejemplo, Freeman, Alwyn V., 1946, *op.cit.*, nota 28, p. 121; Diane, Elles, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, UN Doc., E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, 1980, p. 4; M. Bennouna, *op.cit.*, nota 105, párr. 34-37); É. David, *Droits de l'homme et droit humanitaire*, en *Mélanges Fernand Dehousse*, Vol. I, *Les progrès du droit des gens*, París; Bruselas: Fernand Nathan/ Editions Labor, 1979, p. 169-181.

<sup>291</sup> Primer informe sobre responsabilidad internacional, F. V. García Amador, *Relator Especial, op.cit.*, nota 92, párr. 132.

*en la materia*".<sup>292</sup> Los dos Relatores Especiales que han participado en su estudio han dado dos enfoques distintos a la relación entre los dos regímenes: 1) de enfrentamiento o conflicto, sostenida por el primer Relator Especial M. Bennouna; y 2) de complementariedad o sinergia, sostenida por el Relator Especial J. Dugard.<sup>293</sup>

La tarea de M. Bennouna estuvo enfocada a tratar de romper la ficción jurídica que sustenta a la institución, que considera anacrónica, al sugerir la sustitución de la titularidad del derecho principal del Estado por el del individuo y, por tanto, una relectura de la institución.<sup>294</sup> Para él lo que está en juego es si "al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado?". En este último caso, que él apoya, el Estado sólo sería su representante.<sup>295</sup> Bennouna afirma que "según se opte por el derecho del Estado o el derecho del nacional, se dará preferencia a una costumbre muy antigua y que venía muy bien a la soberanía, aunque se tratara de una ficción, o al desarrollo progresivo y la costumbre teniendo en cuenta *la realidad del reconocimiento internacional de los derechos de la persona*".<sup>296</sup>

Para J. Dugard, por otro lado, la *protección diplomática* y los principios que rigen la protección de los *derechos humanos* se "*complementan y, en última instancia, tienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos*".<sup>297</sup> Su intención es sugerir "la forma en que el derecho a la protección diplomática puede utilizarse como medio de promover la protección de los derechos humanos de conformidad con los valores del ordenamiento jurídico contemporáneo" porque "la legislación internacional relativa a los derechos humanos no está integrada únicamente por las convenciones sobre derechos humanos. Hay todo un cuerpo de convenciones y costumbres, incluida la protección diplomática, que en conjunto integran el Derecho Internacional en materia de derechos humanos".<sup>298</sup> Por ello, el avance en materia de derechos humanos "no ha hecho obsoletos los procedimientos tradicionales reconocidos por el derecho consuetudinario internacional para el trato de los extranjeros". La protección diplomática sigue siendo una "arma importante" en la defensa de los derechos de los extranjeros.<sup>299</sup>

De esta forma, tenemos que el debate reciente se ha ido a dos extremos. Por un lado, a considerar que la protección diplomática y el régimen internacional de los derechos humanos son incompatibles, lo que lleva a que sea un sinsentido mantener la ficción jurídica que sustenta la primera toda vez que no es acorde con los desarrollos en materia de

---

<sup>292</sup> *Informe Bennouna, op.cit.*, nota 105, párr. 2.

<sup>293</sup> Condorelli, L., 2003 (a), *op.cit.*, nota 173, p. 20; Flauss, Jean-François, 2003 (b), *op.cit.*, nota 188, p. 32-33.

<sup>294</sup> Cabe recordar que G. Amador ya había señalado en 1958 que el Estado "debe actuar a nombre del individuo y no bajo su propio derecho, excepto en los casos en que el interés real del Estado se vea afectado [...] el individuo ahora es un sujeto de Derecho Internacional en una posición de hacer valer el respeto a sus derechos humanos a nivel internacional". García Amador, Francisco V., 1958, *op.cit.*, nota 37, p. 472.

<sup>295</sup> *Informe Bennouna, op.cit.*, nota 105, párr. 49-54, en especial párr. 53.

<sup>296</sup> *Ibidem*, párr. 50.

<sup>297</sup> *Quinto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, op.cit.*, nota 106, párr. 37.

<sup>298</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, op.cit.*, nota 24, párr. 31.

<sup>299</sup> *Ibidem*, párr. 32.

derechos humanos que dan primacía a la persona humana y no al Estado. Y, de otro lado, a argumentar que ambos regímenes son complementarios, hasta el punto de convertir la protección diplomática en un mecanismo de defensa de los derechos humanos.

Desde mi perspectiva, y a pesar de la opinión en contra de varios autores,<sup>300</sup> la postura de Dugard es defendible. No considero que exista oposición o enfrentamiento entre dos regímenes que tienen como fin último la protección de los derechos de la persona humana. Ambos concurren en el sentido de que se ejercen ante la violación de una norma primaria del Derecho Internacional. El régimen internacional particular de derechos humanos está formado por tratados internacionales universales y regionales que pueden contener normas primarias y secundarias. Es un régimen que cuenta con sus propios mecanismos de aplicación del derecho, dando lugar a regímenes auto contenidos o auto suficientes (*self-contained regimes, régime auto-suffisant*).<sup>301</sup> Así, cuando una norma primaria es violada, estos mecanismos (entre otros) permiten la exigencia de responsabilidad a través de reclamaciones interestatales y reclamaciones del particular. Estas reclamaciones son normas secundarias del Derecho Internacional particular. De otro lado, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática ante la violación de una de las normas primarias del Derecho Internacional también es una norma secundaria, pero del Derecho Internacional general.

Es preciso resaltar la importancia contemporánea de la protección diplomática como uno de los mecanismos de defensa disponibles en el Derecho Internacional para defender los derechos humanos de los nacionales en el extranjero. Sin embargo, ello no significa ni que las reclamaciones de protección diplomática se deban fundar exclusivamente en violaciones de normas de derechos humanos, ni que sea el único medio disponible para hacerlo. Los mecanismos previstos en las normas de derechos humanos que otorgan la posibilidad al individuo de presentar reclamaciones en el plano internacional son *lex specialis* y, por tanto, prioritarios, respecto al régimen general de la protección diplomática.<sup>302</sup> No obstante, como la práctica reciente pone de manifiesto en los casos Lagrand y Avena, la protección diplomática es una institución vigente y útil que puede ser usada por los Estados como último recurso cuando, tras un hecho ilícito internacional que ha lesionado los derechos humanos de sus nacionales, éstos no han podido obtener reparación alguna.

La defensa de la postura que apoya la función contemporánea de la protección diplomática como un mecanismo de defensa de los derechos humanos adquiere mayor sentido si se

---

<sup>300</sup> Destaca Allain Pellet quien la califica de un claro reflejo de la visión de “*human rightism*”/“*droits de l’homme*”, que define como “la ‘postura’ que consiste en querer a toda costa conferir ‘autonomía’ (que, en mi opinión, no posee) a la ‘disciplina’ (que, en mi opinión, no existe como tal): la protección de los derechos humanos”. Pellet, Alain, “Human Rightism” and International Law, en Conforti, B., *et al.* (eds.), *The Italian Yearbook of International Law*, Volume X, 2000, p. 3. Otros autores que han secundado la idea de Pellet, aunque con distintas palabras: Condorelli, L., 2003 (a), *op.cit.*, nota 173, p. 20; Flauss, 2003 (b), *op.cit.*, nota 182, p. 32-33; Gaja, G., 2003 (a), *op.cit.*, nota 173, p. 66-67; Ferial Tinta, M., Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 2001, punto 5 ‘Diplomatic Protection’.

<sup>301</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2000, *op.cit.*, nota 164, p. 330, apoyándose en el trabajo de B. Simma, Self contained regimes, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 16, 1985, p. 111 y ss.

<sup>302</sup> En este sentido, véanse los artículos 55 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de 2001 y el artículo 17 del proyecto de artículos sobre protección diplomática de 2006.

consideran las posibilidades reales que actualmente tienen los individuos en el Derecho Internacional, en especial en su calidad de extranjeros, para hacer valer los *derechos humanos* que tienen reconocidos en este ámbito. Para ello, es preciso hacer al menos una muy breve revisión de la capacidad procesal del individuo en este respecto con el fin de obtener un panorama general de su situación:

### 2.7.1 Individuos en general

Con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha establecido, sobre la base de convenciones internacionales multilaterales *universales*, la posibilidad de que la persona humana presente quejas, peticiones o comunicaciones ante órganos internacionales sin carácter jurisdiccional. Por ejemplo, ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial;<sup>303</sup> ante el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos;<sup>304</sup> ante el Comité sobre Recomendaciones y Convenios creado en la UNESCO;<sup>305</sup> ante el Comité contra la Tortura;<sup>306</sup> ante el Comité de Trabajadores Migratorios;<sup>307</sup> ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer;<sup>308</sup> ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad;<sup>309</sup> y ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>310</sup>

También existen procedimientos especiales fuera del ámbito de los tratados internacionales a través de los cuales la persona humana puede presentar quejas. Uno de ellos es el procedimiento de denuncia,<sup>311</sup> establecido en la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2007, por medio del cual “una persona o un grupo de personas que afirmen ser víctimas de violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, incluidas ONG [...] que sostengan tener conocimiento directo y fidedigno de esas violaciones” pueden comunicar dicha situación de violaciones al Consejo de Derechos Humanos. El Consejo tiene como una de sus funciones el abordar los cuadros persistentes

---

<sup>303</sup> Artículo 14 del Convenio sobre Eliminación de la Discriminación Racial de 1965.

<sup>304</sup> Artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966.

<sup>305</sup> Decisión 77 Ex/83 del Consejo Ejecutivo.

<sup>306</sup> Artículo 22 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

<sup>307</sup> Artículo 77 de la Convención sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares de 1990.

<sup>308</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1999.

<sup>309</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

<sup>310</sup> Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008.

<sup>311</sup> La Resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, de 27 de mayo de 1970, revisada por la Resolución 2000/3 de 19 de junio de 2000, sirvió como base de este procedimiento. Otra resolución relevante es la Resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social, de 6 de junio de 1967. Ambas resoluciones (1503 y 1235) establecían la posibilidad de que los individuos presentaran comunicaciones relativas a violaciones de derechos humanos. Según el procedimiento (no reservado) establecido por la Resolución 1235, cuando la antigua Comisión de Derechos Humanos determinaba que el Estado al que se referían las comunicaciones era responsable de una situación de violaciones flagrantes, masivas y sistemáticas de los derechos humanos y libertades fundamentales, podía solicitarle que les pusiera fin o adoptar una resolución haciéndolas públicas o solicitar a la Asamblea General, a través del ECOSOC, que adoptara las medidas que estimara oportunas. El procedimiento establecido por la Resolución 1503 era muy parecido, pero reservado.



de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia.<sup>312</sup> Otro de los procedimientos especiales es el establecido en la Resolución 76 (V) del Consejo Económico y Social, de 5 de agosto de 1947, modificada por la resolución 304 I (XI), de 14 y 17 de julio de 1950, a través del cual cualquier individuo, organización no gubernamental, o grupo puede comunicar al Comité sobre el Estatus de la Mujer información relacionada con violaciones de los derechos humanos que afecten el estatus de las mujeres en cualquier país del mundo. El Comité sobre el Estatus de la Mujer recibe tales comunicaciones con el fin de identificar tendencias y patrones de injusticia emergentes, así como prácticas discriminatorias en contra de las mujeres, con el fin de elaborar políticas y desarrollar estrategias para la promoción de la igualdad de género.<sup>313</sup>

Otros organismos internacionales como la OIT también pueden aceptar reclamaciones de asociaciones de patronos o trabajadores cuando aleguen que un Estado ha dejado de garantizar dentro de su jurisdicción la vigencia efectiva de cualquier convenio en el que sea parte. Además, como ha señalado Villán Durán, en los últimos años dentro del sistema extraconvencional de derechos humanos de Naciones Unidas, que integra el sistema de ‘procedimientos públicos especiales’, se han creado órganos subsidiarios, procedimientos y técnicas para tomar en consideración de modo urgente e inmediato reclamaciones individuales en casos de violaciones con grave peligro para la vida e integridad física de las personas (tortura, ejecución arbitraria, detención arbitraria y no declarada, desaparición forzada, etc.<sup>314</sup>

A nivel *regional*, en Europa las personas pueden dirigirse al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>315</sup> y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>316</sup> En América, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>317</sup> (competencia automática) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (competencia facultativa).<sup>318</sup> Y en África, a la

---

<sup>312</sup> Consejo de Derechos Humanos, Resolución 5/1 “*Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos*”, novena sesión, 18 de junio de 2007, párr. 85 - 88. También véase la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 marzo de 2006.

<sup>313</sup> Consejo Económico y Social, Resolución 76 (V), de 5 de agosto de 1947, modificada por la resolución 304 I (XI), de 14 y 17 de julio de 1950. Las siguientes resoluciones del Consejo Económico y Social han reafirmado el mandato de la Comisión sobre el Estatus de la Mujer para recibir comunicaciones y modificado las modalidades del procedimiento: 1983/27, de 26 de mayo de 1983; 1992/19, de 30 de julio de 1992; 1993/11, de 27 de julio de 1993 y por la decisión 2002/235, de 24 de julio de 2002.

<sup>314</sup> Villán Durán, Carlos, *El futuro del sistema de protección de los derechos humanos en las naciones Unidas*, en Mariño Menéndez, F. M., *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996, p. 25 y ss. También véase Domínguez Redondo, Elvira, *Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, Valencia: Tirant lo blanch, 2005, 516 p.

<sup>315</sup> Artículos 230, párrafo cuarto, y 235 del Tratado de la Comunidad Europea y artículos 146, párrafo cuarto, y 151 del Tratado de Comunidad Europea de Energía Atómica.

<sup>316</sup> Artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo no. 11, del 11 de mayo de 1994.

<sup>317</sup> Artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

<sup>318</sup> Artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Después de una sentencia (26/6/87) sobre las excepciones preliminares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una primera sentencia (29/7/88) contra Honduras sobre el fondo de un asunto contencioso iniciado por denuncia

Comisión Africana de Derechos Humanos<sup>319</sup> y al Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos.<sup>320</sup>

Los desarrollos anteriores pueden sugerir, como señalaba García Amador en 1956, que “el individuo ahora es un sujeto de Derecho Internacional en una posición de hacer valer el respeto a sus derechos humanos a nivel internacional”.<sup>321</sup> Sin embargo, que encontremos ejemplos de su capacidad procesal en el *Derecho Internacional particular*, no significa que sea un sujeto del orden internacional en sentido estricto. Es sujeto del orden internacional en *sentido amplio* en tanto que goza de cierto estatuto jurídico en el *Derecho Internacional general* al ser titular de ciertos derechos que todo sujeto de Derecho Internacional debe respetar, incluso al margen de tratados internacionales que le obliguen también a ello.<sup>322</sup> No obstante, carece de capacidad de obrar en este plano: por un lado, porque su voluntad no produce efectos jurídicos internacionales y, por lo tanto, no puede celebrar acuerdos o realizar actos jurídicos unilaterales internacionales; por otro, porque carece de la capacidad de obrar para presentar reclamaciones en nombre propio frente a sujetos internacionales. En particular, carece de acción ante tribunales internacionales para la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuya violación, atribuible a un sujeto de Derecho Internacional, no haya sido reparada por éste.<sup>323</sup>

Además, se tiene que reconocer que en la época presente los recursos de los que dispone la persona humana para hacer valer sus derechos humanos en el Derecho Internacional particular continúan siendo limitados. A nivel universal, como señala Dugard, “sugerir que las convenciones universales de derechos humanos, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ofrecen a la persona recursos eficaces para la protección de sus derechos humanos es fantástico, y la fantasía, a diferencia de la ficción, no tiene lugar en el razonamiento jurídico. La triste realidad es que tan sólo unas pocas personas, en el número limitado de Estados que aceptan el derecho de la persona a presentar reclamaciones ante los órganos de supervisión de esas convenciones, han obtenido u obtendrán recursos satisfactorios en virtud de dichas convenciones”.<sup>324</sup> Y a nivel regional la situación no es

---

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia condenó a Honduras por violación de los artículos 4, 5 y 7 de la CADH en la persona de un súbdito suyo, en un supuesto de ‘desaparición forzada’. CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4. El 20 de enero de 1989, la Corte dictó otra sentencia en el *Caso Godínez Cruz*, también contra Honduras, en sentido análogo a la anterior. CIDH, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Ser. C, No. 5.

<sup>319</sup> La Carta Africana de Derechos Humanos de 1981 prevé la competencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos para considerar comunicaciones no estatales por violación de sus normas. En 1990 la Comisión declaró por primera vez que una comunicación era admisible (*Henry Kalenga vs. Zambia*, Comm. No. 11/88, 1994).

<sup>320</sup> Artículos 5.3 y 34.6 del Protocolo adicional a la Convención africana que creó el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos (Resolución de 9 de junio de 1998 de la Asamblea de la Organización para la Unidad Africana).

<sup>321</sup> García Amador, Francisco V., 1958, *op.cit.*, nota 37, p. 472.

<sup>322</sup> Los más indiscutibles entre ellos son el derecho a la vida, a la integridad física y moral, el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, el derecho a una personalidad jurídica propia y el derecho a un proceso debido. Estos derechos constituyen un ‘estándar mínimo’ válido universalmente para toda persona humana e inderogable en cualquier circunstancia, particularmente en tiempo de conflicto armado o de estado de excepción.

<sup>323</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005, *op.cit.*, nota 2, p. 213-215.

<sup>324</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 25.

distinta. Es cierto que Europa las personas tienen recursos reales para hacer valer sus derechos humanos. Sin embargo, el grado de avance no es el mismo en América y África. Aún más, la mayoría de la población mundial, situada en Asia, no está protegida por un instrumento regional de derechos humanos.

En suma, se puede sostener que ciertamente el individuo poco a poco está siendo dotado de derechos y obligaciones en la arena internacional y que innegablemente hoy en día es, siguiendo a Higgins,<sup>325</sup> *participante* en el orden legal internacional. No obstante, dicho orden continúa siendo esencialmente, aunque ya no exclusivamente, interestatal. Por ello, hasta que existan mecanismos efectivos para hacer valer los derechos humanos que el individuo tiene reconocidos internacionalmente, el Estado jugará un papel importante en la internacionalización de las disputas relativas a los individuos, al actuar a través de las reglas del Derecho Internacional general. Como Dugard claramente puso de manifiesto:

“mientras el Estado siga siendo el protagonista principal de las relaciones internacionales, el hecho de que los Estados hagan suyas las reclamaciones de trasgresión de los derechos de sus nacionales sigue siendo el recurso más eficaz para la promoción de los derechos humanos. En vez de intentar debilitar este recurso despreciándolo como una ficción obsoleta que ya ha dejado de ser útil, hay que hacer todo lo posible por fortalecer las normas que integran el derecho a la protección diplomática”.<sup>326</sup>

### 2.7.2 Extranjeros

La persona humana en su calidad de extranjera claramente se encuentra en una posición de mayor desventaja. Es cierto que los inversionistas, un número muy reducido de extranjeros, tienen una posición privilegiada en el Derecho Internacional al contar con mecanismos para la defensa de sus intereses. Sin embargo, para el resto la situación no es muy alentadora. A pesar de que los estándares universales y regionales de derechos humanos extienden su protección a todas las personas dentro de los territorios de los Estados partes, no existe ningún instrumento, fuera del ámbito de la inversión extranjera, dirigido a proveer a estas personas con recursos para proteger los derechos que tienen reconocidos internacionalmente.

En 1985, la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven con el fin de reconocer que “la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales debe garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que viven”.<sup>327</sup> No obstante, el resultado no fue el esperado: además de que la Declaración no estableció ningún mecanismo para vigilar el cumplimiento de los derechos que otorga, restringe a los extranjeros regulares derechos previamente otorgados a *todas las personas* en la DUDH y los Pactos de Nueva York.<sup>328</sup> Llama la atención que dentro de los derechos que reconoce a todos los extranjeros,

---

<sup>325</sup> Véase la noción del individuo como participante en el orden legal internacional en Higgins, R., *Problems and Process: International Law and How We Use it*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 48-55.

<sup>326</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 32.

<sup>327</sup> Párrafo 7º del Preámbulo de la *Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven*, Resolución AG 40/144, 13 de diciembre de 1985.

<sup>328</sup> Véanse los artículos 5, apartado 3, y 8 de la Declaración.

regulares e irregulares, se encuentra el de acudir a su consulado o misión diplomática con fines de protección,<sup>329</sup> con lo cual se confirma la teoría de Dugard<sup>330</sup> de que actualmente los extranjeros tienen derechos reconocidos en el Derecho Internacional como seres humanos que son, pero no recursos para hacerlos efectivos distintos a la protección diplomática, tanto en el sentido amplio a que se refiere el artículo 10 de la Declaración, como en sentido estricto.

Por otro lado, en 1990 se aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CIDTM), constituyéndose en el instrumento universal por excelencia dedicado a proteger los derechos de las personas trabajando en el extranjero, fuera del ámbito de las inversiones. A pesar que la CIDTM establece un amplio catálogo de derechos para los trabajadores migrantes y sus familias,<sup>331</sup> así como un órgano de vigilancia<sup>332</sup> y un derecho de petición opcional para los individuos,<sup>333</sup> la protección real que otorga aún es muy limitada. No sólo tuvieron que pasar 13 años para que pudiera entrar en vigor dada la falta de ratificaciones, sino que éstas continúan siendo escasas.<sup>334</sup> Aún más, ningún país desarrollado y de inmigración es parte de ella, lo cual tiene como consecuencia que los millones de trabajadores migrantes presentes en estos países estén fuera de su ámbito protector. Aún más, es poco probable que en un futuro cercano entre en vigor el procedimiento para que los individuos presenten quejas contra la violación de sus derechos humanos, ya que para ello se requiere que al menos diez Estados partes reconozcan la competencia del Comité de Trabajadores Migratorios para recibir y examinar las quejas de las personas sometidas a su jurisdicción.<sup>335</sup>

Y si el extranjero en situación regular enfrenta dificultades para hacer valer sus derechos en el plano internacional, esto se complica aún más en el caso de extranjeros marginalizados como los que están en situación irregular. Estas personas se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad porque no se atreven a denunciar las violaciones más flagrantes de sus derechos humanos en el Estado receptor por miedo a ser deportados a sus Estados de origen. Por lo anterior, la CIDTM, con todo y su catálogo de derechos y los mecanismos de vigilancia que prevé, no está dirigida a reemplazar el derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales, mecanismo que sí puede incluir a todo

---

<sup>329</sup> El artículo 10 de la Declaración señala: “Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional”.

<sup>330</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 26.

<sup>331</sup> Véanse las partes III y IV de la Convención.

<sup>332</sup> Artículo 72 y ss. de la Convención.

<sup>333</sup> Artículo 77 de la Convención.

<sup>334</sup> Al 29 de mayo de 2010, la Convención cuenta con 42 Estados partes. Nigeria ha sido el último país en ratificarla el 27 de julio de 2009.

[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>335</sup> Artículo 77, apartado 8, de la CIDTM. Al 29 de mayo de 2010, sólo dos Estados lo han hecho. Véase en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmwr/>

tipo de extranjeros, cualquiera que sea su condición en el Estado receptor.<sup>336</sup> De hecho, la CIDTM reconoce el derecho a la protección diplomática en sentido amplio a *todos* los trabajadores migratorios.<sup>337</sup>

Como se puede apreciar de esta breve revisión, la persona humana aún tiene serios obstáculos para hacer valer por sí misma los derechos que tiene reconocidos internacionalmente. Es cierto que su posición ha cambiado sustancialmente durante las últimas décadas al existir tratados internacionales de derechos humanos de aceptación general que confieren derechos a todas las personas, así como casos en los que puede presentar quejas acerca de la violación de sus derechos humanos ante organismos internacionales. Sin embargo, los mecanismos de exigibilidad continúan siendo limitados. Aún más, algunos de los derechos sustantivos otorgados al individuo aún no tienen mecanismos de implementación y, mientras que algunos son vinculantes por el Derecho Internacional consuetudinario, otros simplemente se dejan al dominio del “soft law” o “reglas no vinculantes”, levantando dudas sobre sus efectos prácticos. En el caso de aquéllos que sí tienen mecanismos de implementación, ya sea interestatales o a través del acceso directo de los individuos, la efectividad absoluta de tales mecanismos es aún deficiente en algunos campos, especialmente en materia de derechos humanos.

Por lo anterior, hasta que la persona humana no tenga recursos efectivos para hacer valer sus derechos en el ámbito internacional, sería un retroceso abandonar la protección diplomática. Ya lo señalaba Lillich varios años antes: “mientras no se haya establecido un mecanismo internacional que garantice la adjudicación por terceros de las controversias entre extranjeros que presentan reclamaciones y los Estados, redundará en interés de los abogados internacionales no sólo apoyar la doctrina [de la protección diplomática] sino oponerse vigorosamente a todo intento de menoscabarla o destruirla”.<sup>338</sup>

## Conclusión

La práctica de los últimos años demuestra que la protección diplomática es un mecanismo factible para la defensa de los derechos de los extranjeros que no está limitado a los tradicionales derechos económicos que se protegían en una época anterior, sino que puede incluir todo tipo de derechos individuales reconocidos en el Derecho Internacional, especialmente los derechos humanos. La tendencia contemporánea es que los Estados la usen como último recurso cuando sus nacionales no han podido obtener la reparación a la lesión de sus derechos a causa de un hecho ilícito internacional, especialmente en los casos

---

<sup>336</sup> Por ejemplo, sobre los nacionales defendidos por Paraguay, Alemania y México en los casos Breard, Lagrand y Avena, respectivamente, obraban cargos criminales graves por los que se encontraban condenados a la pena de muerte.

<sup>337</sup> Al respecto, el artículo 23 de la CIDTM dispone: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.”

<sup>338</sup> Lillich, R. B., *The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack*, *The American Journal of International Law*, Vol. 69, No. 2 (Apr., 1975), p. 359.

de daños flagrantes y/o sistemáticos. En este respecto, la institución se muestra como un poderoso mecanismo de protección, donde otros prueban no serlo. Lauterpacht señalaba que la sola posibilidad de que un Estado ejerza la protección diplomática ya asegura un mejor tratamiento a los extranjeros:

“la importancia y el valor de la intercesión diplomática recaen no sólo en las instancias reales -tan numerosas como lo son- de representaciones, quejas, reclamaciones formales y otros métodos de intercesión. Recaen en la existencia de esa protección, el poder que hay detrás de ella y en el respeto y la seguridad resultantes que el súbdito disfruta como acompañamiento normal de su estancia en el extranjero”.<sup>339</sup>

Es cierto que las normas convencionales de Derecho Internacional que protegen los derechos humanos imponen a los Estados estándares de conducta potencialmente universales. Sin embargo, en ciertos casos, pueden ser menos estrictos que los protegidos por medio de la protección diplomática que un Estado ejerce a favor de sus nacionales cuyos derechos han sido lesionados en violación del Derecho Internacional. De ahí que Dugard haya señalado desde su primer informe que:

“la protección diplomática, pese a que sólo está disponible para proteger a los individuos contra un gobierno extranjero, es una norma consuetudinaria del Derecho Internacional que se aplica universalmente y, potencialmente, ofrece un recurso más eficaz. La mayoría de Estados tratarán una solicitud de protección diplomática de otro Estado con más seriedad que una reclamación contra su conducta ante un órgano de supervisión de los derechos humanos”.<sup>340</sup>

La protección diplomática tiene una importante función contemporánea como mecanismo de defensa de los derechos humanos de los extranjeros. En realidad, no hay ningún obstáculo del razonamiento jurídico para considerar que pueda servir como una vía para proteger los derechos humanos de los nacionales en el extranjero. El régimen internacional de los derechos humanos no ha hecho obsoleta a la institución ni rompe con la ficción jurídica que la sustenta. En realidad, la relación entre la institución de la protección diplomática y el régimen internacional de los derechos humanos es de confluencia y complementariedad, como sostiene Dugard. La protección diplomática, norma secundaria general, es uno de los medios del régimen internacional general de la responsabilidad internacional y como tal confluye con las normas secundarias del régimen internacional de los derechos humanos.

---

<sup>339</sup> Lauterpacht, H., *Allegiance, Diplomatic Protection and Criminal Jurisdiction over Aliens*, *Cambridge Law Journal*, Vol. 9, 1946, p. 336.

<sup>340</sup> *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *op.cit.*, nota 24, párr. 29.

**LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS  
EN EL DERECHO INTERNACIONAL:  
EL CASO DE LOS MIGRANTES IRREGULARES**

*Índice*

**Introducción**

**3.1 Nacionales y nacionalidad. Aproximación**

- 3.1.1 Nacionales
- 3.1.2 Nacionalidad

**3.2 Extranjeros**

- 3.2.1 Definición y normas aplicables
- 3.2.2 Estándar mínimo internacional de derechos humanos
  - 3.2.2.1 ¿Estándar mínimo internacional o estándar mínimo internacional de derechos humanos?
  - 3.2.2.2 ¿‘Estándar mínimo internacional de derechos humanos’, ‘derechos humanos fundamentales’ o ‘núcleo duro’?
  - 3.2.2.3 Contenido
  - 3.2.2.4 ¿Contenido en expansión?
- 3.2.3 Distinción entre nacionales y extranjeros

**3.3 Trato a los extranjeros y movimiento de personas: régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros**

- 3.3.1 Entrada y permanencia
- 3.3.2 Salida
  - 3.3.2.1 Expulsión de los extranjeros que ya habían sido admitidos regularmente en el territorio del Estado
  - 3.3.2.2 Supuestos en que los Estados ven limitado su derecho discrecional de expulsión de extranjeros
    - 3.3.2.2.1 Refugiados
    - 3.3.2.2.2 Asilados
    - 3.3.2.2.3 Desplazados
    - 3.3.2.2.4 Apátridas
  - 3.3.2.3 Expulsión de los extranjeros en situación migratoria irregular
    - 3.3.2.3.1 Entrada irregular
    - 3.3.2.3.2 Permanencia irregular
    - 3.3.2.3.3 Condición jurídica de los extranjeros irregulares sujetos a un proceso de expulsión

**3.4 Condición jurídica internacional de los extranjeros en estatus irregular en el territorio del Estado de recepción**

- 3.4.1 Migrante irregular: terminología
- 3.4.2 Migrantes irregulares: extranjeros vulnerables y marginalizados
  - 3.4.2.1 Niños migrantes irregulares
  - 3.4.2.2 Mujeres migrantes irregulares
- 3.4.3 Argumentos a favor de la necesidad de proteger a los migrantes irregulares
- 3.4.4 El papel del Derecho Internacional los Derechos Humanos en la protección de los migrantes irregulares
- 3.4.5 ¿Qué derechos se deben otorgar a los migrantes irregulares?

**Conclusión**

## Introducción

Las doctrinas tradicionales de la soberanía de los Estados se encargaron de enfatizar la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, basada precisamente en el nexo de la nacionalidad. El Derecho Internacional tradicional desarrolló la doctrina de la protección diplomática para facultar a los Estados a proteger a sus ciudadanos en el exterior cuando fueran dañados física o económicamente por otros Estados. El que una compensación surgiera de esa reclamación era determinado por el Derecho de la Responsabilidad del Estado por daños causados a la persona o los bienes de los extranjeros en violación del Derecho Internacional, el cual sigue vigente y contiene un estándar mínimo internacional, ahora fusionado con las normas de derechos humanos, por medio del cual el tratamiento del Estado a los extranjeros es medido, al margen de lo que establezcan los tratados que en ese ámbito vinculen al Estado en cuestión.

Sin embargo, como desde los inicios del Estado-Nación los Estados no han estado obligados jurídicamente a admitir a los extranjeros, ni ello ha sido establecido como obligación en ningún tratado de alcance universal, el Derecho de la Responsabilidad del Estado por daños causados a la persona o los bienes de los extranjeros en violación del Derecho Internacional se centró primariamente en los derechos de los extranjeros y las obligaciones internacionales relativas a su respeto, impuestas al Estado después de su admisión, y sólo secundariamente en las normas que regulan el proceso de expulsión en caso de que el Estado en cuestión ejerciera su derecho de expulsar al extranjero (nuevamente en ausencia de una obligación plasmada en un tratado). Lo anterior ha impedido el consenso generalizado entre los Estados, tanto en los pronunciamientos jurisprudenciales como en la aplicación práctica de este cuerpo de normas, tal y como lo demuestran los fallidos intentos para la codificación de esta materia, primero en el ámbito de la Liga de las Naciones y posteriormente de las Naciones Unidas. El Derecho de la Responsabilidad del Estado por daños causados a la persona o los bienes de los extranjeros en violación del Derecho Internacional aún tiene que ser establecido en un tratado internacional codificador que esté ampliamente aceptado.

La codificación del tratamiento de los extranjeros en un contexto general no ha sido ni siquiera intentada por la Comunidad Internacional. Así, y a pesar de que existen avances en la materia a través de los tratados internacionales que han permitido que los Estados establezcan regímenes más comprensivos relativos a la admisión, permanencia y expulsión de extranjeros, primero con los tratados de capitulación, navegación, amistad y comercio, y actualmente con los de derechos humanos que protegen a ciertos grupos vulnerables de extranjeros como solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, trabajadores migrantes y otros que han sido agrupados dentro de la categoría de extranjeros, no existe un tratado internacional que delinee los derechos de los extranjeros de un modo general.<sup>1</sup> Una explicación a esta situación se puede encontrar en que los distintos grupos objeto de protección (asilados, refugiados, apátridas, trabajadores migrantes, etc.) y sus defensores tradicionalmente se han visto como grupos separados y sus problemas como únicos, a pesar

---

<sup>1</sup> La Convención de Trabajadores Migratorios de la ONU es el tratado general que existe hasta la fecha; sin embargo, no se refiere a los extranjeros en general, sino a los extranjeros en su faceta como trabajadores y a sus familias.



de que su protección como extranjeros tiene objetivos similares y se basa en la existencia de circunstancias comunes. Por ejemplo, los extranjeros, donde quiera que estén situados, han sido desfavorecidos históricamente en tiempos de recesión económica.

Si bien es cierto que desde los inicios del Estado-Nación los Estados han sido soberanos en la admisión de extranjeros en sus territorios y en la determinación de su política migratoria, ello no obsta para que actúen dentro del estándar mínimo internacional de derechos humanos en su trato a los extranjeros en su territorio, cualquiera que haya sido su forma de entrada o su actual estatus migratorio, toda vez que antes de ser extranjeros son personas humanas amparadas por los estándares internacionales de derechos humanos. El contenido de este estándar mínimo está en constante evolución y ampliación en la medida en que integra derechos tan básicos como la vida, la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el derecho a un juicio justo, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, derechos indivisibles que son y han sido objeto de atención desde décadas atrás por la Comunidad Internacional.

Sin embargo, y a pesar de que han habido considerables avances en las últimas décadas en materia de protección de los derechos de los extranjeros, queda mucho por hacer en este ámbito, sobretodo para el caso de aquellos grupos más desfavorecidos como los trabajadores migrantes y, dentro de éstos, aquéllos que han entrado o permanecen de forma irregular en el Estado receptor. La muestra clara del poco avance en este ámbito está en el rechazo generalizado de los Estados receptores de migrantes para ratificar la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, la cual, además de considerar derechos para los trabajadores migrantes regulares, prevé un núcleo básico de derechos para todos los trabajadores migrantes, sin importar su situación migratoria.

La protección de los derechos humanos de los extranjeros no deja de suscitar controversia entre los Estados debido a que implica una disminución de la autonomía y soberanía que tradicionalmente han gozado en su tratamiento hacia estas personas. Y si históricamente esta cuestión ha generado suficiente controversia en el seno del Derecho Internacional, más la ocasionan fenómenos contemporáneos como la migración irregular y su inevitable repercusión en esta materia. En este sentido, es preciso resaltar la importancia del Derecho Internacional, tanto general como convencional, para defender los derechos humanos de los extranjeros, especialmente los de aquéllos en situaciones de vulnerabilidad y marginación como los migrantes irregulares.

El objetivo de este capítulo es reflexionar sobre la posición de los extranjeros en el Derecho Internacional y la articulación del conjunto derechos, procedentes de ámbitos normativos distintos, que concurren en las personas que por algún motivo se encuentran en un Estado distinto al de su nacionalidad, ya sea que se hayan visto forzadas a hacerlo o que decidan cambiar de país, en busca de un lugar seguro en el que se respete su vida y derechos esenciales o en busca de un trabajo. Se puede deducir así, un conjunto de garantías y derechos de que el migrante goza frente al país de destino y que no siempre son ni conocidos ni respetados por los poderes públicos.

Se tratarán las diferencias existentes entre la condición jurídica de los nacionales y los extranjeros, centrándose en el caso de los extranjeros, las normas aplicables, las competencias del Estado receptor sobre ellos y, en especial, el estándar mínimo internacional de derechos humanos que dicho Estado debe respetarles. Asimismo, se estudiará el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros, enfatizando el caso de su expulsión y los supuestos en que los Estados ven limitado este derecho discrecional en el caso de ciertos tipos de extranjeros. Se diferenciará la expulsión tanto de los extranjeros que habían sido admitidos regularmente como la de aquéllos en estatus irregular. Finalmente, se abordará la condición jurídica internacional de los extranjeros en estatus irregular en el territorio del Estado de empleo, tratándose temas como la terminología a dar a este tipo de extranjeros, sus condiciones específicas de vulnerabilidad y marginación, los argumentos a favor de proteger a estas personas y el papel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su protección.

### 3.1 Nacionales y nacionalidad. Aproximación

#### 3.1.1 Nacionales

Son nacionales las personas que poseen la nacionalidad del Estado de jurisdicción, siendo la nacionalidad la relación de derecho que une a una persona, en este caso natural,<sup>2</sup> con un Estado determinado, ya sea desde su nacimiento, o posteriormente a éste por naturalización, matrimonio o aplicación de la ley. Como dictaminó la CIJ en el caso *Nottebohm*:

“De acuerdo con la práctica de los Estados, a decisiones arbitrales y judiciales y a la opinión de escritores, la nacionalidad es un lazo legal que tiene su base en una realidad social de unión, una genuina conexión de existencia, interés y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos. Es la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que se le confiere la nacionalidad, sea directamente en virtud de la ley o por un acto de la autoridad, queda, de hecho, más directamente incorporado a la población del Estado que se la ha conferido que a cualquier otro Estado. Conferida por un Estado, sólo da derecho al ejercicio de la protección frente a otro Estado si es la expresión jurídica de la incorporación del individuo considerado al Estado que lo ha hecho su nacional.”<sup>3</sup>

Cabe señalar que es común que se usen los términos ‘ciudadano’, ‘súbdito’ y ‘natural’ como sinónimos de ‘nacional’. Alphonse Rivier señalaba desde 1896 que: “súbditos, nacionales, ciudadanos, vasallos: a todos estos términos se opone el término extranjero”.<sup>4</sup>

En Derecho Internacional, se entiende por “*ciudadano*” a toda persona titular de derechos políticos que le permiten participar en la vida del Estado.<sup>5</sup> En cierto sentido ciudadano es

---

<sup>2</sup> El vínculo de la nacionalidad también se extiende a las personas jurídicas y ciertos objetos como los buques y las aeronaves.

<sup>3</sup> CIJ, *Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, segunda fase, sentencia de 6 de abril de 1955, p. 23.

<sup>4</sup> Rivier, Alphonse, *Principes du droit des gens*, t. I, París: Arthur Rousseau, 1896.

<sup>5</sup> El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 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:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos (...);
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

sinónimo de nacional, o de natural de un Estado. Así lo confirma una opinión del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, quien en 1980 escribía:

“‘Nacionalidad’ y ‘ciudadanía’ caen mayormente dentro de la competencia del derecho interno, excepto cuando las obligaciones internacionales restringen el poder discrecional del Estado. Ambos términos se refieren a la condición del individuo en su relación con el Estado. En ocasiones se utilizan como sinónimos, pero no describen necesariamente la misma relación hacia el Estado”.<sup>6</sup>

La ciudadanía no siempre coincide con la nacionalidad, por lo menos en lo que respecta al fundamento jurídico de cada una, así como a la naturaleza de sus respectivos vínculos con el Estado. El derecho de la Unión Europea ilustra claramente esta observación, al afirmar que la ciudadanía es la de la Unión, mientras que la nacionalidad es la de cada Estado miembro. Como señala el artículo 20 (antiguo artículo 17 TCE) de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 30/3/2010):

“1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

Como señala Kamto “el acceso a la ciudadanía europea está claramente condicionado por la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea. De hecho, el goce por un nacional de un Estado miembro de la Unión, de derechos derivados de la ciudadanía europea en otro Estado de la Unión del cual esa persona no tiene la nacionalidad no le confiere este último vínculo jurídico sino solamente el vínculo de la ciudadanía. Dicho de otro modo, un europeo no puede ser extranjero en ningún Estado miembro de la Unión Europea, incluso aunque tenga la nacionalidad de un solo Estado miembro de la Unión. En consecuencia, desde este punto de vista, la ciudadanía es más amplia que la nacionalidad y excluye de la categoría de extranjeros a personas que lo serían si se les aplicara únicamente el criterio de la nacionalidad”.<sup>7</sup>

El término “*súbdito*” se usa para designar a toda persona sometida a la autoridad de un monarca o príncipe al que debe lealtad. Es, en una monarquía absoluta, lo que el ciudadano es en una república.<sup>8</sup> Cabe recordar que en la época colonial el término “*súbditos*” designaba a los nacionales indígenas que vivían en las colonias, por oposición a los ciudadanos que venían de la metrópolis.<sup>9</sup> El *Dictionnaire de Droit International Public* señala que la expresión ‘*súbdito*’ es “sinónimo de nacional o ciudadano”.<sup>10</sup>

El término “*natural*” generalmente se entiende como sinónimo de “nacional” dado el uso indistinto que se da a ambos términos en el ámbito internacional, tanto en ciertos instrumentos como en la jurisprudencia. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 30 de la Convención Europea de Establecimiento, firmada en París el 13 de diciembre de 1955, señala: “se consideran *naturales* a los efectos de la presente Convención las personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes contratantes”. En la jurisprudencia

<sup>6</sup> *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas*, 1980, p. 211.

<sup>7</sup> CDI, *Segundo Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 58º periodo de sesiones, 2006, A/CN.4/573, párr. 132, p. 42.

<sup>8</sup> *Ibidem*, párr. 133, p. 42.

<sup>9</sup> *Dictionnaire de Droit International Public*, Jean Salmon (dir.), Bruselas: Bruylant, 2001, p. 1061.

<sup>10</sup> *Ídem*.

internacional abundan los ejemplos. Por ejemplo, la CPJI uso el término para referirse a los nacionales en el *Caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia*.<sup>11</sup> Más recientemente, la CIJ lo ha usado en los casos del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán y Lagrand*,<sup>12</sup> entre otros. En este último señaló: “Walter LaGrand y Karl LaGrand nacieron en Alemania en 1962 y 1963 respectivamente y son *naturales alemanes*”.<sup>13</sup>

De este modo, los *nacionales*, a los que indistintamente puede llamarse ciudadanos, súbditos o naturales, son las personas unidas política y jurídicamente con un Estado determinado a través del vínculo de la nacionalidad, el cual establece su pertenencia a la población de dicho Estado y fundamenta el ejercicio de las competencias personales de éste sobre ellas.<sup>14</sup> Si bien las competencias del Estado sobre sus nacionales se ejercen de forma plena cuando éstos se encuentran dentro de su territorio, su salida al extranjero no rompe los vínculos entre ambos. La continuidad de la relación se muestra en varios aspectos. Primero, el Estado está legitimado a proteger a sus nacionales en caso de que hayan sido víctimas de un hecho internacionalmente ilícito en el Estado en que se encuentren presentes (protección diplomática). Segundo, el Estado puede haber concertado con el Estado receptor un tratado por el que se haya acordado un tratamiento especial o privilegiado a sus nacionales (tratados de amistad, comercio y navegación/acuerdos de establecimiento, etc.). Tercero, si bien el Estado no puede ejercer sobre sus nacionales su competencia de ejecución sin el consentimiento del Estado en que éstos se encuentran, esto no significa que no tenga el poder de dictar normas que afecten su situación jurídica o de llamar a sus súbditos que se encuentran en el extranjero (*ius evocandi*). Para prevenir la situación en la que los súbditos no responden a dicho llamamiento, los Estados establecen, a través de tratados de emigración y servicio militar, normas para regular un procedimiento a través del cual les sean entregados.<sup>15</sup>

### 3.1.2 Nacionalidad

La nacionalidad es el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado. Su importancia reside en que permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propios de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos. El Derecho Internacional vigente deja al Derecho Interno de cada Estado la reglamentación de la adquisición y pérdida de su nacionalidad, afirmación que tiene sustento tanto en la práctica internacional convencional como consuetudinaria. En este sentido, la Convención

---

<sup>11</sup> CPJI, *Caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia (Alemania vs. Polonia)*, Serie A, No. 7, 5 de febrero de 1926, p. 74.

<sup>12</sup> *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001, párr. 11-13, 16, 42, etc.

<sup>13</sup> *Ibidem*, párr. 13 y 16.

<sup>14</sup> Las competencias personales del Estado también se pueden proyectar sobre otras personas que no se encuentren en su territorio ni sean nacionales como aquéllas que se encuentren en un territorio bajo el control efectivo u ocupado militarmente por el Estado o en una aeronave o un buque que porta el pabellón de dicho Estado. Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, p. 610.

<sup>15</sup> Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 2006, p. 354.

de la Haya relativa a los conflictos de nacionalidad, de 12 de abril de 1930, establece en su artículo 1: “corresponde a cada Estado determinar por medio de su legislación quienes son sus nacionales”.

La jurisprudencia internacional corrobora lo anterior. Así, la CPJI ha señalado que “en el estado actual del Derecho Internacional [...] las cuestiones de nacionalidad están en principio comprendidas en la esfera de la competencia exclusiva del Estado”.<sup>16</sup> Por otro lado, la CIJ expuso en su clásica decisión del *Caso Nottebohm*: “es competencia [...] de todo soberano el regular por su legislación propia la adquisición de su nacionalidad, así como conferirla por la naturalización concedida por sus órganos, conforme a su legislación. Esto está implícitamente contenido en la noción más amplia, según la cual la nacionalidad pertenece a la jurisdicción interna del Estado”.<sup>17</sup>

Es preciso señalar que hay una tendencia en el Derecho Internacional contemporáneo a afirmar que toda persona tiene el derecho humano a una nacionalidad, con base en lo dispuesto por el artículo 15.1 de la DUDH que señala: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”. Esta afirmación se ve apoyada por el hecho de que otros instrumentos de derechos humanos de aceptación general contemplan este derecho: el PIDCP (art. 24.3), si bien limita este derecho a los niños; la CADH (art. 20), que extiende este derecho a favor de toda persona; y la Convención sobre los Derechos del Niño que también establece dicho derecho a favor de los niños (arts. 7.1 y 8.1).<sup>18</sup> En este sentido, la CIDH ha señalado que:

“La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención”.<sup>19</sup>

No obstante lo anterior, y siguiendo al profesor Mariño,<sup>20</sup> el Derecho Internacional general no impone a los Estados la obligación jurídica de no privar nunca de su nacionalidad a una persona que ya la posea, ni la de atribuir siempre tal nacionalidad a una persona, aunque al no hacerlo esa persona se convierta en un apátrida. En realidad, no existe ninguna norma internacional, ni siquiera de Derecho Internacional particular, que establezca el derecho humano a obtener una nacionalidad determinada o el derecho a mantener una nacionalidad que se posee.

---

<sup>16</sup> CPJI, *Decretos de Nacionalidad emitidos en Túnez y Marruecos*, 7 de febrero de 1923, Serie B, No. 4, p. 24. Otras Opiniones Consultivas de la CPJI en este sentido: *Adquisición de la Nacionalidad Polaca*, 15 de septiembre de 1923, Serie B, No. 7, p. 16; *Intercambio de Poblaciones Griegas y Turcas*, 21 de febrero de 1925, Serie B, No. 10, p. 21, 23. De la práctica arbitral destaca Reports of International Arbitral Awards, *G. L. Solis (EE.UU. vs. México)*, 3 de octubre de 1928, Vol. IV, p. 358, 360.

<sup>17</sup> *Caso Nottebohm*, *op.cit.*, nota 3, p. 20.

<sup>18</sup> Otros instrumentos internacionales que contemplan este derecho son: la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29.

<sup>19</sup> CIDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C. No. 139, párr. 136.

<sup>20</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional, en Mariño Menéndez, Fernando M. y otros, *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, 1ª ed. Madrid: INSERSO, 1995, p. 113.

En conclusión, se puede afirmar que, en el estado actual de evolución del Derecho Internacional, la determinación del régimen jurídico de la nacionalidad, tanto su adquisición como su pérdida, corresponde al Derecho interno de los Estados, pero *dentro de los límites marcados por el Derecho Internacional*. Como ha afirmado la CIDH:

“la nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que *el Derecho Internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos*. [...] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana”.<sup>21</sup>

De este modo, si bien es cierto que la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del Derecho Internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. En la actual etapa de desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dicha facultad de los Estados está limitada:

a) Por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación. El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población en el momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.<sup>22</sup>

b) Por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia. Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no reúne los requisitos señalados por las leyes de un Estado para recibirla, bien como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.

---

<sup>21</sup> CIDH, *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, párr. 32-33.

<sup>22</sup> CIDH, *Caso Yatama*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127, párr. 185; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 88; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17, párr. 44; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *op.cit.*, nota 19, párr. 141.

A este respecto, cabe señalar los esfuerzos hechos en el Derecho Internacional convencional. En el *ámbito universal*<sup>23</sup> destacan la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954,<sup>24</sup> la cual a pesar de que no prohíbe la apatridia, está dirigida a proteger a los apátridas, y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia 1961,<sup>25</sup> la cual determina en su artículo 1 que los Estados deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida. Dicha Convención señala que la nacionalidad se concederá de pleno derecho en el momento del nacimiento, o bien mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate, y que la referida solicitud no podrá ser rechazada, a menos que el interesado no cumpla con la siguiente lista de condiciones a las cuales el Estado podrá subordinar la concesión de su nacionalidad:

“a) que la solicitud se presente dentro de un período fijado por el Estado contratante, que deberá comenzar a más tardar a la edad de 18 años y que no podrá terminar antes de la edad de 21 años, entendiéndose que el interesado deberá disponer de un plazo de un año, por los menos, para suscribir la solicitud personalmente y sin habilitación;

b) que el interesado haya residido habitualmente en el territorio nacional por un período fijado por el Estado contratante, sin que pueda exigirse una residencia de más de 10 años en total ni que el período inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud exceda de cinco años;

c) que el interesado no haya sido condenado por un delito contra la seguridad nacional ni a una pena de cinco o más años de prisión por un hecho criminal, y

d) que el interesado no haya adquirido una nacionalidad al nacer o posteriormente”.

A nivel *regional*, algunos esfuerzos incluyen:

En el *ámbito europeo* destacan la Convención sobre la reducción de los casos de múltiple nacionalidad y sobre obligaciones militares en caso de múltiple nacionalidad de 1963,<sup>26</sup> así como el Protocolo de enmienda de 1977<sup>27</sup> y el Protocolo adicional de la misma fecha,<sup>28</sup> o el

---

<sup>23</sup> También destacan las múltiples resoluciones sobre el tema adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas. Véase un extracto de todas las resoluciones sobre apatridia de 1974 a 2007 en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8023.pdf>.

<sup>24</sup> Adoptada en Nueva York, 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. Entró en vigor el 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39 de la misma.

<sup>25</sup> Adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. Entró en vigor el 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18 de la misma.

<sup>26</sup> Adoptada en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963. Entró en vigor el 28 de marzo de 1968. A febrero de 2011, la han ratificado 13 Estados europeos: Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, España, Suecia y Reino Unido. Información disponible en:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=043&CM=2&DF=18/01/2011&CL=E> NG.

<sup>27</sup> Adoptado en Estrasburgo el 24 de enero de 1967. Entró en vigor el 8 de septiembre de 1978. A febrero de 2011, lo han ratificado 8 Estados. Información disponible en:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=095&CM=2&DF=18/01/2011&CL=E> NG.

<sup>28</sup> Adoptado en Estrasburgo el 24 de enero de 1967. Entró en vigor el 8 de septiembre de 1978. A febrero de 2011, lo han ratificado 4 Estados. Información disponible en:

Segundo Protocolo de enmienda de 1993.<sup>29</sup> Asimismo, la Convención europea sobre la nacionalidad de 1997,<sup>30</sup> en la que se establecen reglas generales en materia de adquisición, pérdida, plurinacionalidad y obligaciones militares.

En el *ámbito interamericano*, la CADH dispone en su artículo 20.2: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”.<sup>31</sup> Además, están la Convención que fija la condición de los ciudadanos naturalizados que renuevan su residencia en el país de su origen (A-10) de 1906;<sup>32</sup> la Convención sobre nacionalidad (A-34) de 1933;<sup>33</sup> y la Convención sobre la nacionalidad de la mujer (A-33) de 1933,<sup>34</sup> cuyo artículo 1 reza: “No se hará distinción alguna, basada en sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica”.

Recientemente, se adoptó el “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad”, mediante la resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), de 3 de junio de 2008, en el cual se señala como una de las *acciones concretas* a seguir que “los Estados asegurarán el registro del nacimiento de todos los nacidos en su territorio nacional, independientemente del estatus migratorio de los padres del menor, de conformidad con la legislación de cada Estado”. Como se observa, no se impone la obligación de otorgar la

---

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=096&CM=2&DF=18/01/2011&CL=ENG>.

<sup>29</sup> Adoptado en Estrasburgo el 2 de febrero de 1993. Entró en vigor el 24 de marzo de 1995. A febrero de 2011, lo han ratificado 2 Estados. Información disponible en:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=149&CM=2&DF=18/01/2011&CL=ENG>.

<sup>30</sup> Adoptada en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997. Entró en vigor el 1 de marzo de 2000. A febrero de 2011, la han ratificado 20 Estados europeos: Albania, Austria, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Hungría, Islandia, Moldova, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Suecia, Antigua República Yugoslava de Macedonia y Ucrania. Información disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=&DF=&CL=ENG>.

<sup>31</sup> La CADH fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención. A febrero de 2011, la han ratificado o se han adherido a ella 25 Estados americanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.

<sup>32</sup> La Convención que fija la condición de los ciudadanos naturalizados que renuevan su residencia en el país de su origen (A-10) fue adoptada en Río de Janeiro, Brasil, el 13 de agosto de 1906. Entró en vigor para cada país signatario tres meses después de comunicada la ratificación conforme al artículo III de la Convención. A febrero de 2011, la han ratificado o se han adherido a ella 12 Estados americanos: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-10.html>

<sup>33</sup> La Convención sobre nacionalidad (A-34) fue adoptada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933. Entró en vigor el 27 de enero de 1936, conforme al artículo 9 de la Convención. A febrero de 2011, la han ratificado o se han adherido a ella 6 Estados americanos: Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, México y Panamá. Información disponible en: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/a-34.html>.

<sup>34</sup> La Convención sobre la nacionalidad de la mujer (A-33) fue adoptada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933. Entró en vigor el 29 de agosto de 1934, conforme al artículo 3 de la Convención. A febrero de 2011, la han ratificado o se han adherido a ella 17 Estados americanos: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-33.html>.



nacionalidad a los hijos de los migrantes, pero sí la de su registro, no importando el estatus migratorio de los padres, lo cual es un avance considerable en materia de derechos de los migrantes irregulares. Eso sí, en congruencia con el Derecho Internacional vigente, esta obligación queda sujeta al Derecho Interno de cada Estado, por lo que en realidad se deja un margen bastante amplio para su cumplimiento.<sup>35</sup>

c) Por la obligación genérica que el Derecho Internacional impone a los Estados de no imponer o privar de la nacionalidad a una persona de modo arbitrario, porque se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. En este sentido, los artículos 15.2 y 20.3 de la DUDH y la CADH, respectivamente, disponen que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Asimismo, las siguientes disposiciones e instrumentos sobre apatridia y nacionalidad reconocen el derecho de adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad o prohíben la privación arbitraria de la nacionalidad: el artículo 5, párrafo d) iii), de la CEDR; el artículo 24, párrafo 3, del PIDCP; los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 1 a 3 de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada;<sup>36</sup> el artículo 9 de la CEDM; el artículo 18 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; la Convención para reducir los casos de apatridia; y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

Cabe recordar que si bien en el marco de la legislación internacional toda persona tiene derecho a cambiar su nacionalidad, no existe ninguna disposición que le permita renunciar a la misma y quedar entonces apátrida. Por ello, el artículo 7 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia 1961 establece que los Estados deben asegurar que la renuncia a una nacionalidad en ningún caso resulte en apatridia. Esto explica que por lo general los tratados de doble nacionalidad contengan una cláusula que no permite que los nacionales de un Estado pierdan la nacionalidad propia o de origen por adquirir otra nacionalidad.<sup>37</sup>

d) En lo que respecta al otorgamiento por un Estado de su nacionalidad a un individuo, si bien el Derecho Internacional respeta dicha atribución, tradicionalmente ha exigido, sobretudo a los efectos de la protección diplomática, que exista un vínculo real y efectivo entre el individuo y el Estado que se la otorga a efectos de que sea oponible internacionalmente frente a terceros Estados, tal como lo señaló la CIJ en 1955 en el citado asunto *Nottebohm*.<sup>38</sup> Por su parte, el artículo 6 del proyecto de la CDI sobre protección

---

<sup>35</sup> Disponible en [http://www.oas.org/sap/docs/puica/RES\\_2362\\_ProgramaInteramericano\\_s.pdf](http://www.oas.org/sap/docs/puica/RES_2362_ProgramaInteramericano_s.pdf).

<sup>36</sup> Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957. Entró en vigor el 11 de agosto de 1958, de conformidad con el artículo 6 de la misma.

<sup>37</sup> Por ejemplo, el artículo 11.3 de la Constitución Española de 1978 dispone que “El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aún cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen”.

<sup>38</sup> *Caso Nottebohm*, *op.cit.*, nota 3, p. 26. La jurisprudencia posterior también siguió esta línea. Véanse, por ejemplo, Reports of International Arbitral Awards, *Caso Mergé—Decisión No. 55 (Italia vs. EE.UU.)*, 10 de junio de 1955, Vol. XIV, p. 239; Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., *Irano-Reading & Bates, S.S.K.*, DEC 32-A18-FT, 6 de abril de 1984.

diplomática de 2006 propone otra solución: sin exigir un vínculo efectivo, admite que en los casos de nacionalidad múltiple cualquiera de los Estados de la nacionalidad del individuo perjudicado ejerza la protección diplomática en contra de un tercer Estado del que éste no sea nacional.<sup>39</sup> Aún más, acepta que los Estados de la nacionalidad del individuo presenten de forma conjunta la reclamación.<sup>40</sup> La CDI señaló en los comentarios del proyecto que si se siguiera estrictamente el criterio de la nacionalidad efectiva:

“se excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, hay millones de personas que dejan sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirán, o bien han adquirido la nacionalidad por nacimiento o filiación, de Estados con los que tienen una conexión tenue”.<sup>41</sup>

Por otro lado, si dos Estados han atribuido a una persona su nacionalidad y cada uno de ellos quiere ejercer frente al otro su derecho de protección diplomática, la solución tradicional a este problema fue la de no admitir que uno de ellos ejerciera la protección diplomática contra otro. Así lo señalan la jurisprudencia arbitral en el caso *Canevaro*<sup>42</sup> de 1912, la CIJ en su opinión consultiva sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*<sup>43</sup> de 1949, y el artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930 sobre algunas cuestiones relativas al conflicto de las leyes de nacionalidad. Por su parte, el artículo 7 del proyecto de la CDI confirma la solución tradicional dada a estos casos, pero a la vez admite una excepción: permite que un Estado presente una reclamación para proteger a una persona de su nacionalidad contra otro Estado del que también tenga la nacionalidad esa persona, siempre que la nacionalidad ‘predominante’ sea la del Estado que ejerce la protección, ‘tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación’.

## 3.2 Extranjeros

### 3.2.1 Definición y normas aplicables

El término “extranjero” no se define por sí mismo sino en relación con lo que no es, en este caso, el “nacional” o aquél que tiene la nacionalidad de un Estado determinado. Igualmente, el extranjero es el que proviene de otra nación u otro Estado, una persona que no posee la nacionalidad de la jurisdicción.<sup>44</sup> El término “extranjero” se aplica en este sentido en el artículo 1 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son

---

<sup>39</sup> El artículo 6 del proyecto de la CDI sobre protección diplomática de 2006, titulado ‘Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado’, señala: “1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional. 2. Dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad”.

<sup>40</sup> CDI, *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58ª sesión, 2006, A/61/10, 1 de octubre de 2006. Para abundar sobre este tema véase la sección 2.5.1 del capítulo 2 de este trabajo.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>42</sup> Corte Permanente de Arbitraje, *Reclamación Canevaro (Italia vs. Perú)*, 3 de mayo de 1912, Vol. XI, p. 403.

<sup>43</sup> CIJ, *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949, p. 186.

<sup>44</sup> *Dictionnaire de Droit International Public*, Jean Salmon (dir.), *op.cit.*, nota 9, p. 468 y 469.

nacionales del país en que viven, “a todo individuo que no posea la nacionalidad del Estado en que se encuentre”.<sup>45</sup>

De este modo, siguiendo un criterio *negativo* o por *exclusión*, son extranjeros todas las personas que de acuerdo con las leyes de un Estado determinado no son sus nacionales (o ciudadanos, súbditos o naturales de acuerdo con lo antes señalado), por lo que serían extranjeros tanto quienes ostentan la nacionalidad de otro u otros Estados como los apátridas. También existe otro criterio *restrictivo* para determinar quiénes son extranjeros, según el cual serán extranjeros las personas que no son nacionales del Estado en que se encuentran, pero sí lo son de un tercer Estado (o varios en los casos de nacionalidad múltiple). En consecuencia, no serían considerados como extranjeros los apátridas ya que no son nacionales de un tercer Estado.<sup>46</sup> El uso de uno u otro criterio tiene importancia puesto que los extranjeros son beneficiarios de un conjunto de normas que dejarían fuera de su alcance a los apátridas si se usa el segundo criterio. En este trabajo se entenderá como extranjero a la persona que no posee la nacionalidad del Estado de acogida, estancia o residencia, y que sigue unida por un vínculo de nacionalidad al Estado del cual es nacional (el Estado de origen) o que no posee nacionalidad alguna, encontrándose por ello en situación de apátrida.

Los extranjeros, y en realidad todos los seres humanos, son destinatarios de un conjunto de normas que los hacen titulares de derechos y obligaciones y que pertenecen a distintos órdenes jurídicos: al orden del Estado territorial o donde se encuentren físicamente los extranjeros; al orden del Estado de su nacionalidad (si es que es diferente al anterior); y al orden internacional, el cual contiene ciertas normas generales que protegen los derechos y libertades fundamentales de cualquier persona y que en un principio tomaron el nombre de ‘estándar mínimo internacional’ y, a partir de la Segunda Guerra Mundial, con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de ‘estándar mínimo internacional de derechos humanos’.

De esta manera, si bien los Estados ejercen normalmente sus competencias personales sobre sus nacionales, también lo hacen sobre los extranjeros que se encuentran o residen en su territorio, temporal o permanentemente. El orden jurídico del Estado territorial es el que determina de forma más clara cuál es la condición jurídica de una persona y, por ello, el goce por ella de sus propios derechos. El Estado donde se halle una persona humana es titular soberano no sólo de la competencia para “legislar” sobre las conductas y situaciones que ahí se produzcan, sino también -en plenitud y exclusividad absolutas- para ejecutar materialmente en última instancia toda norma jurídica, incluyendo, en ese sentido, las sentencias de tribunales y las decisiones de autoridades públicas no judiciales, nacionales y extranjeras.<sup>47</sup> Así pues, independientemente de la existencia de los estándares mínimos internacionales y de cualesquiera otras normas aplicables al sujeto, provenientes de otros ordenamientos jurídicos, la legislación y los procedimientos del soberano territorial son los determinantes para definir su situación jurídica.

---

<sup>45</sup> Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

<sup>46</sup> Díez de Velasco, Manuel, 2009, *op.cit.*, nota 14, p. 615.

<sup>47</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1995, *op.cit.*, nota 20, p. 112.

De este modo, todo extranjero está sujeto a la ley nacional y a la jurisdicción del Estado en el que esté presente, con arreglo al principio de la competencia territorial del Estado. Como Oppenheim ha señalado: “al entrar en un Estado, el extranjero queda sujeto a su supremacía territorial, aunque sigue estando sujeto a la supremacía personal de su Estado de origen. Por consiguiente, y salvo que pertenezca a una de las categorías (como los diplomáticos) sometidas a normas especiales, está sujeto a la jurisdicción del Estado en que se encuentre, y es responsable ante él de todos los actos que cometa en su territorio [...] Dado que los extranjeros están sujetos a la supremacía territorial del Estado local, éste puede aplicar sus leyes a los extranjeros que se encuentren en su territorio, y dichos extranjeros deben respetar y cumplir esas leyes”.<sup>48</sup>

Por lo anterior, los extranjeros están sometidos a las normas del Derecho interno del Estado en cuyo territorio se encuentran, ya sea temporal o permanentemente, en especial a las normas de aplicación territorial, de seguridad pública y, en general, a todas aquellas relativas al orden público interno e internacional. Además, están sometidos a un régimen especial formado por un conjunto de reglas, generalmente administrativas, de Derecho de Extranjería que regula todas las circunstancias relativas a su admisión, su estatuto mientras permanecen en el territorio del Estado receptor y su salida. De hecho, el Derecho de Extranjería es una manifestación de las competencias personales que el Estado proyecta sobre los extranjeros. Eso sí, la aplicación de la legislación estatal de extranjería está circunscrita al propio territorio (admisión, estancia, salida y expulsión, así como el goce de derechos), a diferencia de la legislación cuyos destinatarios son los nacionales de un Estado, la cual puede tener, en algunas materias, una proyección extraterritorial.

Ahora, si bien los Estados tienen competencias sobre los extranjeros presentes en sus territorios, éstas no son ilimitadas. De hecho, en términos *generales*, los Estados ven limitadas sus competencias sobre las personas presentes en sus territorios, nacionales o extranjeras, en dos aspectos. Por un lado, el *Derecho Internacional* vigente impone ciertas limitaciones al Estado en su trato a *todos* los individuos procedentes tanto del Derecho Internacional general como convencional. Primero, respecto a sus derechos individuales y sociales por su condición de seres humanos, lo que ha dado lugar a la protección internacional de los derechos humanos. Segundo, en aquellas situaciones en las que peligre su vida o libertad (asilo, refugio), o bien en su dignidad de seres humanos (represión de la esclavitud, trata de seres humanos, uso de estupefacientes, etc.). Y, por otro lado, el propio *Derecho interno* del Estado en cuestión impone limitaciones al Estado en su trato a los individuos, nacionales o no. Estas limitaciones son posibles porque el Derecho Internacional sólo impone un nivel mínimo de protección que puede ser superado por concesiones adicionales del Estado.<sup>49</sup>

Además, en cuanto a los *extranjeros* específicamente se refiere, las limitaciones pueden proceder de dos ámbitos. Del *Derecho Internacional general*, aquéllas dirigidas a garantizar y hacer respetar el *estándar mínimo internacional de derechos humanos*; y del *Derecho Internacional convencional*, aquéllas que provienen de obligaciones contraídas a

---

<sup>48</sup> Oppenheim, Lassa, *Oppenheim's international law*, 9ª ed., Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), Vol.1, Harlow: Longman, 1992, p. 904-905.

<sup>49</sup> Díez de Velasco, Manuel, 2009, *op.cit.*, nota 14, p. 611.

través de tratados celebrados por el Estado de recepción: bilaterales (comercio y navegación/establecimiento, convenios de seguridad social, convenios para evitar doble imposición, de inversión, etc.) o multilaterales.

### **3.2.2 Estándar mínimo internacional de derechos humanos**

#### **3.2.2.1 ¿Estándar mínimo internacional o estándar mínimo internacional de derechos humanos?**

En el ámbito universal, el Derecho Internacional ha ido configurando lo que se denomina *estándar mínimo internacional*, del cual forman parte un conjunto de normas internacionales necesarias para la salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano por el sólo hecho de serlo. Si bien su ámbito de protección alcanza a todas las personas, nacionales y extranjeras, son estas últimas las que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad al no encontrarse en el Estado de su nacionalidad y, en consecuencia, en las que se hace más necesaria su aplicación. El “estándar mínimo internacional” actúa como límite frente a la soberanía del Estado, por lo que el poder legislativo de cada Estado debe respetar las limitaciones impuestas por la Comunidad Internacional. De este modo, el estándar supone para los extranjeros, por un lado, asegurarles unas condiciones jurídicas mínimas en el Estado en que se hallen, y de otro, la posibilidad de desencadenar la responsabilidad internacional del Estado infractor exigible mediante la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad de los extranjeros cuyos derechos fundamentales han sido violados.

Como se sabe, la noción del ‘estándar mínimo internacional’ está estrechamente ligada al desarrollo de la protección diplomática como medio de defensa de los derechos de los extranjeros desde mediados del siglo XIX.<sup>50</sup> A partir de la Segunda Guerra Mundial, el impacto de las normas de derechos humanos sobre el Derecho Internacional de Extranjería dio un nuevo rumbo a la noción del estándar mínimo internacional, al ligar la materia de la protección de los derechos de los extranjeros con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, a pesar de que la doctrina del ‘estándar mínimo internacional’ fue muy difícil de aplicar en el tiempo de su creación debido a la indefinición de los derechos contenidos dentro de dicho estándar, desde 1945 esto se ha reducido sustancialmente gracias a las aportaciones del derecho convencional en materia de derechos humanos y derecho humanitario. Al respecto, el profesor Jiménez Piernas ha señalado:

“el standard mínimo de protección al que tenga derecho cualquier particular nacional o extranjero [es] resultado [...] de la interacción entre el Derecho consuetudinario en materia de Extranjería y el Derecho convencional en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario”.<sup>51</sup>

Los avances en materia de derechos humanos y derecho humanitario que tuvieron lugar a partir de 1945 llevaron al Primer Relator Especial en materia de responsabilidad internacional del Estado, F. V. García Amador, a proponer la fundición gradual de las

---

<sup>50</sup> Véase la sección 2.1.2 del capítulo 2 de este trabajo.

<sup>51</sup> Jiménez Piernas, Carlos B., El particular ante el Derecho de la Responsabilidad Internacional: los problemas previos del standard mínimo y la protección diplomática, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1987)*, Vitoria: Universidad del País Vasco, 1989, p. 85.

normas de extranjería y derechos humanos.<sup>52</sup> Posteriormente, varios doctrinarios<sup>53</sup> han seguido esta línea y sostenido que el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo ha enriquecido el ‘estándar mínimo internacional’, sino que lo ha sustituido por un auténtico ‘estándar internacional de derechos humanos’ que protege por igual a nacionales y extranjeros.<sup>54</sup> En palabras de Lillich:

“[...] a la luz del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] lo que alguna vez fue denominado el estándar mínimo internacional ahora ha sido incluido bajo el cuerpo general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protege a nacionales y extranjeros por igual. La alegada privilegiada posición de los extranjeros bajo el Derecho Internacional tradicional, por lo tanto, es cosa del pasado. Toda vez que las nuevas normas de derechos humanos protegen a todas las personas por igual, las viejas posturas del estándar mínimo internacional y el trato nacional han quedado sintetizadas”.<sup>55</sup>

Enrico Milano ha manifestado:

“actualmente, el estándar de tratamiento de los extranjeros es determinado por el derecho de los derechos humanos y es un tanto artificial mantener una separación estricta entre los dos. El sostener que un extranjero tiene derecho a un juicio justo significa que sus derechos en un Estado extranjero son determinados por el derecho de los derechos humanos”.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> CDI, *Primer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 8º período de sesiones, 1956, A/CN.4/96, párr. 134-135; 156-159; *Segundo informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, A/CN.4/106, p. 113-114; *Tercer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, A/CN.4/111, p. 49; García Amador, F. V., *State Responsibility in the Light of the New Trends of International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 49, No. 3 (Jul., 1955), p. 343 y ss. Véase un análisis de esta postura de García Amador en Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 1-2 y 14-15.

<sup>53</sup> Al respecto, véanse Waldock, Humphrey Sir, *Human Rights in International Contemporary Law and the significance of the European Convention*, en *The European convention on human rights: a report of a lecture and conference held on November 23 and 24*, London: The British Institute of International and Comparative Law, 1965, p. 3; Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, *The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order*, *The American Journal of International Law*, Vol. 70, 1976, p. 456; Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984; Jiménez Piernas, Carlos B., 1989, *op.cit.*, nota 51, p. 73; Blat Mellado, Concha, *Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de derechos humanos. De la letra a la realidad*, *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, No. 28, Tercer Trimestre de 1999, p. 246-249; Meron, T., *The implications of the European Convention on Human Rights for the development of public international law*, *Strasbourg: Council of Europe*, 2000, p. 11-12; Tiburcio, Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, The Hague; London: Nijhoff, 2001, p. 51; Warbrick, Colin & McGoldrick, D., *Current developments in Public International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, p. 72; Salazar Alborno, Mariana, *Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection. Contemporary Challenges*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 6, 2006, p. 377-417.

<sup>54</sup> Sobre la incidencia de los derechos humanos en el clásico concepto del estándar mínimo de trato, véase Lillich, R. B., *Duties of States regarding the civil rights of aliens*, *Recueil des Cours*, Vol. 161, No. III, 1978, p. 329-443.

<sup>55</sup> Lillich, Richard B., 1984, *op.cit.*, nota 53, p. 49.

<sup>56</sup> Milano, Enrico, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Refashioning Tradition?*, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 35, 2004, p. 101, 103 y 137-138, cuando se refiere a los casos *Breard*, *Lagrang* y *Avena*.

De este modo, la constante evolución de la protección internacional de los derechos humanos ha tenido como resultado la ampliación del estándar mínimo internacional. Los avances internacionales en la regulación y protección de los derechos humanos, al tener como objeto a la persona independientemente de su nacionalidad, han repercutido claramente en la ampliación del estándar mínimo que, en expresión de Isabel Lázaro González, “es el resultado de la interacción entre el Derecho consuetudinario de la extranjería, el Derecho convencional de los derechos humanos y el Derecho humanitario”.<sup>57</sup>

El ‘estándar mínimo internacional de derechos humanos’ se encuentra formado por un conjunto de normas internacionales consideradas como necesarias e indispensables para la protección de la dignidad de la persona humana quien, por el sólo hecho de serlo, tiene derecho a que se le reconozca este mínimo de derechos humanos en todas partes del mundo. Esto implica que los Estados, como miembros de la Comunidad Internacional, están obligados a asegurar los derechos contenidos en este estándar mínimo a todas las personas en su jurisdicción, nacionales y extranjeros (en todas sus categorías). En caso de su violación, puede ser causa de responsabilidad internacional del Estado receptor, exigible mediante la protección diplomática.

Las normas destinadas a la protección del estándar mínimo, contenidas o no en convenios internacionales, nunca pueden ser violadas bajo la justificación de contramedidas o de represalia. Son normas cuya imperatividad general no se funda en la reciprocidad de intereses entre Estados sino en la protección de un interés común a todos los miembros de la Comunidad Internacional. El conjunto de las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos y, en concreto, todo convenio protector de los derechos humanos se inspiran en ese principio.<sup>58</sup> Como indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su *nacionalidad*”.<sup>59</sup>

### **3.2.2.2 ¿‘Estándar mínimo internacional de derechos humanos’, ‘derechos humanos fundamentales’ o ‘núcleo duro’?**

Los avances en materia de derecho humanitario y derechos humanos han llevado a que en el Derecho Internacional de Extranjería se consolide la noción del “estándar internacional de derechos humanos”. Estos avances podrían llevar a afirmar que cada derecho contenido en los instrumentos internacionales de derechos humanos de aceptación general (por ejemplo PIDCP, PIDESC, CEDH, CADH) forma parte del estándar mínimo internacional de derechos humanos que se debe otorgar a todas las personas, sin importar si son nacionales o extranjeras. Sin embargo, como alguna vez señaló García Amador, no todos los derechos y libertades internacionalmente reconocidos en los instrumentos de derechos

---

<sup>57</sup> Lázaro González, Isabel E., Noción de extranjero: Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería, en Adroher Biosca, Salomé, Charro Baena, Pilar (coord.), *La inmigración: derecho español e internacional*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 33.

<sup>58</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, p. 214-215.

<sup>59</sup> CIDH, *Opinión Consultiva respecto al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana (arts. 74 y 75)*, de 24 de septiembre de 1982, Serie A, no. 2, p. 33.

humanos, en caso de violación, guardan el mismo interés para la institución de la responsabilidad internacional por daños a extranjeros y muchos ni siquiera se relacionan con ella.<sup>60</sup> De ahí, como señala el profesor Jiménez Piernas,

“la necesidad funcional de reducir [...] la relación de derechos y libertades protegidos a su expresión mínima pero formalmente exigible *erga omnes* y en parte inderogable, con vistas a su más rigurosa determinación, formulación y aplicación como normas primarias del Derecho de la Responsabilidad contemporáneo. En la inteligencia de que ese catálogo mínimo será válido en cualquier caso y para cualquier cultura, salvando todos los particularismos”.<sup>61</sup>

La noción del “estándar internacional de derechos humanos” se encuentra estrechamente ligada a las nociones de “núcleo duro” y “derechos humanos fundamentales”. Los tres conceptos son usados para designar a un conjunto de derechos que deben ser respetados a *todas* las personas, en todo lugar y, sin que admitan excepción o derogación en caso alguno. El concepto de “estándar internacional de derechos humanos” es común que se use en el Derecho Internacional de Extranjería, mientras que los conceptos de “núcleo duro” y “derechos humanos fundamentales” suelen ser usados por los internacionalistas para aludir al grupo especial de derechos humanos asentado en las normas imperativas.<sup>62</sup> Ilustran lo anterior los siguientes ejemplos:

El juez Cançado señala que “existe una categoría de derechos que no admiten ningún tipo de derogación, que son [...], los derechos no derogables y no susceptibles de suspensión; esos derechos tienen una formulación distinta en diferentes tratados de derechos humanos, pero *grosso modo*, si se comparan los tratados de derechos humanos, se pueden identificar tres derechos como denominador común de todos los tratados o convenciones, que forman el llamado “núcleo duro” que no admite derogaciones, a saber: el derecho a la vida, a no ser

---

<sup>60</sup> Segundo informe sobre responsabilidad internacional, F. V. García Amador, *op.cit.*, nota 52, p. 115-116.

<sup>61</sup> Jiménez Piernas, Carlos B., 1989, *op.cit.*, nota 51, p. 79-85; Jiménez Piernas, Carlos B., La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, No. 1, 1993, p. 23.

<sup>62</sup> La CIJ en su sentencia del caso Barcelona Traction utiliza el término derechos fundamentales de la persona humana para referirse a aquellos derechos que gozan de obligaciones *erga omnes*. CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)*, Nueva Demanda: 1962, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, párr. 33-34. La sentencia es criticada por el profesor Meron por las confusiones que puede provocar: “El pronunciamiento reseñado (los párrafos 33 y 34 de la sentencia de Barcelona Traction de la CIJ) no lo hace claro, aunque, si ‘los derechos básicos de la persona humana’, los cuales se elevan a obligaciones *erga omnes*, son sinónimos con los derechos humanos *tout court*, o están limitados a los derechos íntimamente asociados con la persona humana o la dignidad humana y generalmente aceptados, tales como la protección de la esclavitud y la discriminación racial. Además, la distinción entre derechos básicos de la persona humana y derechos humanos ‘ordinarios’ no es autoevidente. Si la CIJ intentó fijar un criterio de los derechos básicos de la persona humana, la inclusión de algunos derechos humanos entre ellos quizás dependería en su aceptación dentro del cuerpo del Derecho Internacional general o su incorporación dentro instrumentos de un carácter universal o cuasi universal, pero una caracterización más subjetiva y difícil tendría también que ser hecha, por ejemplo en la naturaleza de su asociación con la persona humana y la dignidad humana”. Meron, Theodore, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 185.



sometido a tortura, trato cruel, inhumano o degradante, y a no ser inculpado, mediante aplicación retroactiva de las penas”.<sup>63</sup>

El profesor Carrillo Salcedo entiende que: “los derechos humanos fundamentales, esto es, aquéllos que son absolutos y no puede ser derogados en ninguna circunstancia (como los enunciados, por ejemplo, en el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, y algunos de los proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos), integran el *núcleo duro* de los derechos humanos, en tanto que expresión jurídica de una convicción jurídica universal: la del rechazo a la barbarie”.<sup>64</sup>

De igual modo, Villán Durán pone de relieve que “existen ciertos derechos fundamentales que constituyen un “*núcleo duro*” inderogable bajo cualquier circunstancia o excepción, que están protegidos por normas imperativas del DIDH (normas de *ius cogens*) que generan para los Estados obligaciones *erga omnes* cuya violación en gran escala haría incurrir al Estado infractor en un crimen internacional ante la CI de Estados en su conjunto [...]. Pues bien, en DIDH este “*núcleo duro*” de normas imperativas de DI general se identifica con las que no deben ser derogadas en ninguna circunstancia, ni siquiera bajo la vigencia de un estado de excepción”.<sup>65</sup>

Según la doctrina, el establecimiento de cierta jerarquía entre los derechos humanos permite garantizar mejor un “*núcleo*” de esos derechos, que a juicio de la Comunidad Internacional es fundamental para todas las personas. El concepto de “*núcleo duro*” se emplea tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho Internacional Humanitario para designar un conjunto de derechos que no admite ninguna excepción. Su lista varía según las convenciones, pero coinciden en un pequeño número que constituye un conjunto mínimo destinado a proteger la integridad y la seguridad de la persona. También se les denomina derechos intangibles, y se habla entonces de núcleo intangible.<sup>66</sup>

En este sentido, Cohen-Jonathan afirma que “se ha dotado a ciertas normas de una fuerza particular y de un reconocimiento consuetudinario. Forman el ‘*núcleo duro*’ de derechos humanos. Este núcleo comprende [...] los derechos denominados intangibles, que no admiten ninguna excepción, ni siquiera en caso de guerra”.<sup>67</sup> Bennouna llega a la conclusión de que “en cualquier caso, existe un *núcleo duro* dentro de los derechos humanos que garantizan el respeto de la dignidad y la integridad física del ser humano que es exigible en todo momento a cualquier autoridad. Se trata en realidad de la garantía de los

---

<sup>63</sup> Trindade, Antonio Augusto Cançado, La protección de los derechos humanos en el Sistema de la Organización de Estados Americanos y el derecho interno de los Estados, en *Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres*, San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 114.

<sup>64</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 105.

<sup>65</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta, 2002, p. 90-91.

<sup>66</sup> Le Guyader, Alain, La question philosophique d’un noyau dur des droits de l’homme, en Maugenest, Denis, Pougoué, Paul-Gérard, (dir.), *Les droits de l’homme en Afrique centrale*, París: Karthala, 1995, p. 249.

<sup>67</sup> Cohen-Jonathan, Gérard, Les droits de l’homme, une valeur internationalisée, *Droits fondamentaux*, No. 1, julio-diciembre de 2001, p. 159, Revista electrónica publicada en [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org).

valores en que se funda la civilización de lo universal, lo que el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998) denomina ‘el patrimonio común de todas las culturas, un delicado mosaico que puede romperse en cualquier momento’<sup>68</sup>.

La hipótesis de un ‘núcleo duro’, en el que los derechos humanos ubicados en ese espacio prevalecen sobre los demás, en tanto resultan más valiosos o más fuertes para la categoría, plantea ineludiblemente la cuestión de si se estaría constituyendo una jerarquía de los derechos humanos. Como apunta Hierro:

“Consistiría en saber si, dado un catálogo de los “derechos humanos”, hay entre ellos algunos que tienen una especial jerarquía o una especial resistencia, de modo que, en caso de conflicto, unos (los más fuertes) prevalecerían sobre los otros (los más débiles). De ser esto así, podríamos decir que los primeros, los derechos más fuertes, más resistentes o —por decirlo más claramente— “más valiosos” constituirían el núcleo duro de los derechos humanos y los otros, los más débiles, menos resistentes o “menos valiosos”, constituirían su periferia”.<sup>69</sup>

Como se verá a continuación, no existe unanimidad de criterios en la doctrina al respecto:

Por un lado, se sostiene que no existe una construcción dogmática que pueda justificar la existencia de categorías entre los derechos que genere un valor preferencial.<sup>70</sup> Y que este enfoque contradice directamente los principios fundadores de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.<sup>71</sup> Por ello, se rechaza la formulación de una jerarquía desde el núcleo duro de los derechos humanos porque vulnera el principio de indivisibilidad e interdependencia de esos derechos, el cual dispone que en principio no existen diferencias valorativas al interior de estos derechos, todos gozan de similar valor. En este sentido Van Boven señala:

“Tal distinción podría implicar la existencia de una jerarquía entre diversos derechos humanos, en razón de su carácter fundamental o no. Con todo, en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados uno sobre otro en una escala jerárquica”.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Bennouna, Mohamed, *La Déclaration universelle des droits de l’homme 1948-1988. Avenir d’un idéal commun*, París: La Documentation française, 1999, p. 245.

<sup>69</sup> Hierro, Liborio, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001, p. 19.

<sup>70</sup> Freixes Sanjuán, Teresa, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001, p. 205.

<sup>71</sup> Véase, por ejemplo, Meyer-Bisch, P., Le problème des limitations du noyau intangible des droits de l’Homme, en Meyer-Bisch, P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l’Homme*, Fribourg: Editions universitaires, 1991, p. 101.

<sup>72</sup> Van Boven, Theodor C., Criterios distintivos de los derechos humanos, en Vasak, Karel (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, París: Serbal/UNESCO, 1984, Vol. 1, p. 78. También en este sentido véase Sottas, Eric, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001, p. 98-99.

García Manrique, por otro lado, apunta: “los derechos humanos forman un entramado único al servicio de la autodeterminación individual; cualquier pieza del entramado es necesaria para dicha autodeterminación, y sólo el conjunto podría considerarse suficiente (a veces se habla de “indivisibilidad” de los derechos humanos para expresar esta idea). Si defendemos la mayor importancia de unos u otros derechos, estaremos favoreciendo la autodeterminación de unos individuos y perjudicando al tiempo la de otros, y ello no está autorizado por el presupuesto igualitario de toda teoría de los derechos humanos”.<sup>73</sup>

Asimismo, se sostiene que la noción de núcleo duro, *literalmente entendida*, es empíricamente falsa y un absurdo lógico porque plantea la diferenciación de los derechos humanos entre necesarios y contingentes. Al respecto, Rubio Llorente señala:

“*Literalmente entendido* [el núcleo duro de derechos] parte implícitamente de dos hipótesis inaceptables por ser una empíricamente falsa y la otra lógicamente absurda: la de que el conjunto de los derechos humanos es un conjunto cerrado y estable y la de que entre los elementos que los integran existe al menos una diferencia que permite agruparlos en dos subconjuntos distintos, unos de los cuales al menos ha de ser también cerrado y estable; en éste se integrarían derechos necesarios, en el otro los que no lo son, es decir, derechos que eventualmente cabe violar, ignorar o desconocer. La primera de estas hipótesis, la de la existencia de un elenco definido y estable de derechos humanos, contrasta manifiestamente en el plano puramente teórico con la diversidad de construcciones filosóficas, una diversidad que va desde la negación rotunda de la existencia de tales derechos al establecimiento de repertorios diversos de estos, o a la afirmación de que es imposible establecer a priori repertorio alguno de derechos humanos porque el número y contenido de éstos va aumentando y ensanchándose con el progreso moral y político de la humanidad [...]. La segunda de las hipótesis, la que supone la existencia de dos subconjuntos distintos de derechos humanos, unos necesarios y otros, por así decir, contingentes o graciabiles es, como antes se indica, lógicamente absurda, pues un derecho subjetivo cuya existencia depende de la voluntad del obligado es, pura y simplemente, un derecho inexistente”.<sup>74</sup>

Otros autores rechazan la noción del núcleo duro al señalar que en el Derecho Internacional general no hay ninguna jerarquía de manera análoga a la que existe en el derecho nacional. Alexidze es el mejor representante de esta posición. Argumenta que toda jerarquía presume la existencia de varios niveles entre las normas legales, donde una está encima de la otra, y que en el Derecho Internacional general no hay ninguna jerarquía de manera análoga a la jerarquía que existe en el derecho nacional. Esto último depende del nivel de competencia del órgano que ha aprobado o sancionado una norma legal —el parlamento, el gobierno, la corte, etc. Los tratados internacionales y la costumbre descansan sobre igual fundamento, y la costumbre tiene el mismo nivel de vinculación legal con respecto a las formas de expresión de la voluntad de los Estados. Sólo el carácter de las normas y el alcance del reconocimiento dentro de la comunidad internacional de los Estados puede darnos un indicio para determinar el nivel de vinculación legal”.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> García Manrique, Ricardo, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001, p. 62-63.

<sup>74</sup> Rubio Llorente, Francisco, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001, p. 69-70.

<sup>75</sup> Alexidze, Levan, Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 172, No. 3, 1981, p. 259.

Al respecto, hay que recordar que la Carta de las Naciones Unidas formula una prevalencia entre las obligaciones impuestas por el tratado fundacional del organismo internacional respecto a cualquier otra obligación proveniente de una norma convencional, lo que sería la plasmación de una jerarquía entre normas convencionales del ordenamiento internacional.<sup>76</sup> De igual modo, la existencia de las normas imperativas, conforme a lo señalado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, plasmaría un segundo criterio de jerarquización entre las normas del ordenamiento internacional. Las normas de *jus cogens* declaran la nulidad *ab initio* de las normas convencionales o consuetudinarias que están en contradicción con ella.<sup>77</sup> Estos dos criterios evidencian que es posible afirmar que existe una jerarquía entre las normas del ordenamiento internacional. Por un lado, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas; y, por otro, los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969.

A lo anterior se refiere el juez Cançado cuando sostiene que “la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían”.<sup>78</sup>

Desde otro punto de vista, algunos juristas sostienen que no existe contradicción entre aceptar la existencia de un “núcleo duro” de derechos humanos y rechazar la fórmula de una jerarquía entre ellos. La indivisibilidad de los derechos humanos no supone desconocer que algunos derechos humanos son inderogables porque constituyen una categoría establecida desde el Derecho Positivo. Como apunta Blanc Altemir:

“Precisamente desde esta perspectiva es posible aceptar como compatible, por una parte, el hecho de que, en general, los derechos humanos presenten la característica de la indivisibilidad y, por otra, el que se identifique entre ellos un núcleo duro o intangible de derechos, que presentan además la característica de la inderogabilidad. O dicho de otro modo, el hecho de que no pueda considerarse como jerárquicamente superior a una determinada categoría de derechos sobre las demás, no impide que exista una serie restringida de derechos que el derecho positivo reconoce como inderogables precisamente por su carácter fundamental, básico e intangible. Este plus de “fundamentalidad”, que determina que su violación grave y sistemática genere una responsabilidad internacional agravada, se deriva de su carácter suprapositivo, metajurídico e incluso prejurídico, en la medida en que preexisten a todo orden jurídico y en que son oponibles a todos los Estados con independencia de toda aceptación o consentimiento expreso, lo cual les confiere el carácter de

---

<sup>76</sup> El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Véase también Meron, Theodore, *International Law in the age of Human Rights*, *Recueil des Cours*, Vol. 301, 2003, p. 415.

<sup>77</sup> El profesor Mariño, refiriéndose a uno de los dos fenómenos fundamentales que manifiesta la jerarquización dentro del ordenamiento internacional, señala como primer ejemplo las normas imperativas: “Por un lado, la admisión por la Comunidad Internacional de los Estados de que ciertas normas generales deben prevalecer sobre toda norma contraria (general o especial, anterior o posterior), porque su contenido es imperativo (*jus cogens*) e imponen obligaciones *erga omnes*”. Mariño Menéndez, Fernando M., 2005, *op.cit.*, nota 58, p. 435.

<sup>78</sup> CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, de 17 de septiembre de 2003, Voto concurrente del Juez Cançado, p. 73.

normas de *ius cogens*, desde el momento en que han sido aceptadas como tales por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”.<sup>79</sup>

Rubio Llorente, al analizar los derechos constitucionales, señala que se pueden identificar tres criterios de orden o preferencia: a. Diferencias en el grado de protección; b. Diferencias en el enunciado de derechos; y, c. Posibilidades de suspensión del ejercicio de un derecho.<sup>80</sup> Esto es, si en un ordenamiento jurídico se plantean algunos de estos criterios dentro de derechos del mismo rango, tendríamos en realidad una diferenciación entre ellos. Al trasladar estos criterios a los derechos humanos significaría que aquellos derechos que gozan de alguna de estas características podrían ser reconocidos en el ámbito del núcleo duro. En el caso que nos ocupa sería su no suspensión o inderogabilidad. Luego, agrega como nuevo elemento de diferenciación entre los derechos la universalidad de la titularidad del derecho. Cuanto más extendido la titularidad mayor debe ser la importancia del derecho humano.<sup>81</sup>

Desde mi perspectiva, la característica de indivisibilidad de los derechos humanos no entra en contradicción con la existencia entre ellos de un núcleo duro de derechos inderogables. Ciertamente la indivisibilidad es uno de sus rasgos, teniendo como consecuencia que no pueda considerarse como jerárquicamente superior a una determinada categoría de derechos humanos sobre otra (por ejemplo la de los civiles y políticos sobre la de los económicos, culturales y sociales). Sin embargo, eso no evita que pueda haber un grupo de derechos que deba ser respetado a todas las personas en cualquier caso, salvando todos los particularismos, por ejemplo su calidad de nacional o extranjero o, en este último caso, su condición migratoria regular o irregular.

Y tanto existe dicho grupo de derechos que el Derecho Positivo los reconoce como inderogables por la importancia que tienen para la salvaguarda de la vida, libertad y seguridad de las personas. Por ello es que las normas de derechos humanos “no establecen el mismo régimen jurídico para todos los derechos proclamados, y es posible acordar un principio de aplicación acumulativa y complementaria de los derechos proclamados”.<sup>82</sup> A diferencia de lo que podría sugerir en un primer momento, la idea del “núcleo duro” permite hacer frente al relativismo cultural que justifica las excepciones a las normas universales, o incluso su menoscabo, y cuestiona la universalidad en materia de derechos

---

<sup>79</sup> Blanc Altemir, Antonio, Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, en Blanc Altemir, Antonio (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 33-34.

<sup>80</sup> Rubio Llorente, *op.cit.*, nota 74, p. 83-85.

<sup>81</sup> Los opositores a la noción de núcleo duro sostienen que este tipo de diferenciaciones son simplemente niveles distintos de garantías entre los derechos o establecimiento de límites entre ellos y no un criterio sólido que justifique una diferencia entre los derechos humanos. Por ejemplo, Freixes señala: “en los sistemas constitucionales europeos, los derechos no están clasificados dogmáticamente sobre la base de preferencias y lo que en constituciones aparece como distinto es el nivel de garantías o los límites que la norma suprema establece para cada derecho o para varios grupos de derechos”. Freixes Sanjuán, Teresa, *op.cit.*, nota 70, p. 205.

<sup>82</sup> Sudre, Frédéric, Quel noyau intangible des droits de l’homme?, en Maugeness, D., Pougoué, P. G., (dir.), *Les droits de l’homme en Afrique centrale*, París: Karthala, 1995 (a), p. 271.

humanos. En efecto, desde ese punto de vista lo universal se presenta como un núcleo duro.<sup>83</sup>

En esta idea de “núcleo duro” de derechos humanos subyacen los derechos llamados universales: “la cuestión del ‘núcleo duro’ plantea la existencia de un fondo común irreductible de derechos humanos sobre el que habría un acuerdo generalizado, si se admite implícitamente que existen diversas concepciones en materia de derechos humanos [...]”<sup>84</sup> Y desde el punto de vista de la aplicación de los derechos humanos, la idea del núcleo duro es una consecuencia pragmática del hecho de que muchos Estados hacen caso omiso de la lista de derechos humanos, en continua evolución, o la consideran una mera declaración de principio y que, por tanto, conviene “asegurar que se garantice un mínimo indispensable, una suerte de estándar por debajo del cual no cabría hablar de derechos humanos”.<sup>85</sup>

Ahora bien, si se acepta la existencia del ‘núcleo duro’, el problema que surge es acotar un criterio de identificación que permita definir su contenido, esto es, ¿qué derechos son incluidos o excluidos del listado? Porque, como señala Meron, “en cierto sentido, todos los derechos humanos pueden ser considerados como fundamentales, pero el inconsistente uso de los términos ‘derechos humanos’ o ‘derechos humanos fundamentales’ pueden elevar las dificultades en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos”.<sup>86</sup> En este sentido, cabe preguntarse cuál sería el criterio de identificación de los derechos que formarían parte de dicho núcleo.

El profesor Sudre señala que el examen de las convenciones internacionales de derechos humanos pone de manifiesto, con la única excepción de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que existe un “desdoblamiento del régimen jurídico de los derechos humanos”: algunos derechos que este autor denomina “*derechos condicionales*”<sup>87</sup> “pueden ser objeto de restricciones o excepciones y, por tanto, su aplicación puede ser imperfecta o pueden dejar de aplicarse temporalmente; por el contrario, otros derechos (los *derechos intangibles*) no pueden ser objeto de esas limitaciones: son derechos absolutos, aplicables a todas las personas en todo momento y lugar”.<sup>88</sup> El criterio operativo para identificar el núcleo duro de derechos humanos puede ser, por tanto, la *intangibilidad* de los derechos en cuestión.

En efecto, de un análisis de los instrumentos jurídicos internacionales de aceptación general se puede comprobar que contienen un núcleo duro de derechos intangibles que gozan de una protección absoluta, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27, párrafo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4, párrafo 2), y los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Bélico, siendo la única excepción la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

---

<sup>83</sup> Le Guyader, Alain, *op.cit.*, nota 66, p. 266.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>85</sup> *Ídem*.

<sup>86</sup> Meron, Theodore, 1986, *op.cit.*, nota 62, p. 180-181.

<sup>87</sup> Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2ª ed., París: PUF, 1995 (b), No. 120.

<sup>88</sup> Sudre, F, 1995 (a), *op.cit.*, nota 82, p. 272.

### **3.2.2.3 Contenido**

La doctrina que postula un “núcleo duro de derechos humanos” ubica dentro de este núcleo a los derechos absolutos que no pueden ser suspendidos o derogados bajo ninguna circunstancia.<sup>89</sup> Esta afirmación se basa en el hecho de que ciertos derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de aceptación general nunca pueden ser suspendidos, según lo disponen los propios instrumentos: a) el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra; c) el artículo 15.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos; y, d) el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Y esto prueba, a juicio de la doctrina, la existencia del núcleo duro. En este sentido, Van Boven apunta:

“El hecho de que en varios instrumentos generales de derechos humanos a nivel universal y regional se salvaguarden específicamente ciertos derechos y se señale que mantienen su pleno vigor y validez, especialmente en situaciones de grave emergencia, es un poderoso argumento a favor de la opinión de que existe al menos un catálogo mínimo de derechos humanos fundamentales o elementales”.<sup>90</sup>

Al respecto, cabe recordar lo que disponen los *principales* instrumentos de derechos humanos de aceptación general:

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>91</sup> señala en su primer párrafo: “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,<sup>92</sup> 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”. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado que:

---

<sup>89</sup> Véase la sección anterior para referencias de la doctrina.

<sup>90</sup> Van Boven, Theodor C., *op.cit.*, nota 72, p. 82. Véanse también Blanc Altemir, *op.cit.*, nota 79, p. 27-28; Carrillo Salcedo, J. A., 1995, *op.cit.*, nota 64, p. 133; Villán Durán, Carlos, *op.cit.*, nota 65, p. 230-231; Marks, Stephen P., Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados, Vasak, Karel, Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984, p. 297-299.

<sup>91</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

<sup>92</sup> Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha enfatizado que: “Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de invocar el artículo 4 es necesario que se reúnan dos condiciones fundamentales: que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción. Este último requisito es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. [...]”. Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General No. 29, del 31 de agosto de 2001, 72º período de sesiones, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 2.

“Aún cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no *discriminación* (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna. En particular, se debe dar cumplimiento a esta disposición del párrafo 1 del artículo 4 cuando se hagan cualesquiera distinciones entre las personas al recurrir a medidas que suspenden la aplicación de determinados artículos del Pacto”.<sup>93</sup>

El párrafo 2 establece que la disposición precedente no autoriza la suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18, que aluden al derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la servidumbre, la prohibición de encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, el principio de legalidad, la prohibición de la retroactividad peyorativa de la norma, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que: “El hecho de que algunas de las disposiciones del Pacto se hayan enumerado en el párrafo 2 del artículo 4 como disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión *no significa que otros artículos del Pacto puedan ser suspendidos discrecionalmente*, aún cuando exista una amenaza a la vida de la nación [...]”.<sup>94</sup>

En el caso del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Bélico,<sup>95</sup> junto con sus Protocolos Adicionales I y II,<sup>96</sup> se establece que en cualquier tipo de conflicto se debe respetar como mínimo a las personas que no participen del conflicto. Asimismo, se prohíben: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Finalmente, se establece que los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.<sup>97</sup>

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950<sup>98</sup> establece en su artículo 15, párrafo 1, la derogación de derechos consagrados en el

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, párr. 8.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párr. 6.

<sup>95</sup> Aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

<sup>96</sup> Protocolos Adicionales I y II, aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978 de acuerdo con el artículo 95.

<sup>97</sup> Al respecto, también cabe recordar la opinión consultiva de la CIJ sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (1951) en la que reconoció los principios *humanitarios* subyacentes a la Convención de 1948 como “obligatorios para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional” (p. 23).

<sup>98</sup> Adoptado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950. Revisado de conformidad con el Protocolo no. 11, completado por los Protocolos no. y 6. Completado por los Protocolos no.12, 13, 14 y 14 bis que entraron en vigor el 1/4/2005, 1/7/2003, 1/6/2010, 1/10/2009, respectivamente. El texto del Convenio fue modificado de conformidad con las disposiciones del Protocolo no. 3 (STE no. 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, del Protocolo no. 5 (STE no. 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del



texto ante situaciones de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, pero en su párrafo 2 prescribe que la disposición anterior no autoriza ninguna derogación del artículo 2 salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra y a los artículos 3, 4 párrafo 1 y 7. Con lo que no se puede derogar bajo ninguna circunstancia en el caso europeo: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, el principio de la legalidad y la prohibición de la retroactividad normativa peyorativa.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>99</sup> señala en su artículo 27, párrafo 1, la suspensión —y no la derogación como en el caso europeo— de las obligaciones contraídas con la Convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. No obstante, el numeral 2 establece: “la disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de la legalidad y prohibición de la retroactividad normativa peyorativa); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derecho del niño); 20 (derecho de nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

Como se puede apreciar, el contenido exacto del núcleo duro o estándar mínimo internacional de derechos humanos no es un tema del todo pacífico porque si bien los *principales* instrumentos protectores coinciden en postular un conjunto de derechos humanos inderogables, también lo es que no concuerdan completamente en su determinación. Ante esta situación, los defensores del núcleo duro señalan un mínimo común denominador de los derechos que los distintos instrumentos internacionales califican como inderogables. En este sentido, Blanc apunta: “[...] será necesario, en mi opinión, buscar el mínimo común denominador de los derechos que los distintos instrumentos internacionales califican como inderogables, lo que, unido a su aceptación y reconocimiento como tales por la comunidad internacional en su conjunto, determinará su conceptualización como normas de *ius cogens*. Dicho standard minimum, vendrá determinado por los derechos que protegen lo que se ha venido en llamar “el núcleo indestructible de la dignidad humana [...] El criterio para la inclusión de un derecho a este núcleo duro, será, además de su inderogabilidad formal, que su violación haga imposible el disfrute de los demás derechos incorporados al mismo”.<sup>100</sup>

---

Protocolo no. 8 (STE no. 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990. Asimismo, incluía el texto del Protocolo no. 2 (STE no. 44) que, de conformidad a su artículo 5, párrafo 3, formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo no. 11 (STE no. 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1 de Noviembre de 1998. A partir de esa fecha, el Protocolo no. 9 (STE no. 140), que entró en vigor el 1 de Octubre de 1994, quedó abrogado.

<sup>99</sup> Adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor: 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2.

<sup>100</sup> Blanc Altemir, *op.cit.*, nota 79, p. 28-29.

De manera general se considera que los derechos fundamentales que integran el “núcleo duro” de derechos humanos son: el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, las penas y tratos inhumanos, la esclavitud y la servidumbre. Algunos autores añaden los principios de igualdad y no retroactividad de la ley. Pero este contenido puede variar en el tiempo e incluso en el espacio. Cabe señalar a este respecto que el Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado el 22 de noviembre de 1984, añade un nuevo derecho a la lista de derechos intangibles que figura en el Convenio Europeo de 1950: el principio *non bis in idem* (artículo 4). En ese mismo sentido, se ha señalado que la lista de los derechos que integran el “núcleo duro” no es la misma de un continente a otro. Si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene derechos que no admiten excepción, el número de esos derechos asciende a cinco en Europa, once en América y siete en el plano universal.<sup>101</sup>

El Profesor Cohen-Jonathan propone una lista aún más amplia. En su opinión, de la comparación entre el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se desprende que el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes y la prohibición de la esclavitud son derechos llamados intangibles, lo que corresponde aproximadamente al tenor del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.<sup>102</sup> Pero añade que, según la jurisprudencia internacional, ha de agregarse la prohibición de la denegación flagrante de justicia y la detención arbitraria. Es más, el autor estima que también ha de incluirse en esa lista la prohibición de discriminación contra la mujer y por motivos de raza, que se menciona específicamente en el apartado c) del Artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, sin olvidar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que también es considerada un derecho intangible por el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>103</sup>

Para el profesor Mariño, los derechos más indiscutibles contenidos dentro de este ‘catálogo mínimo’ o ‘núcleo irreductible’, considerados como inderogables e inherentes a la dignidad de la persona, son: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad, a la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.<sup>104</sup> Por su parte, Jiménez Piernas señala que hay un “conjunto de derechos y libertades [...] cuyo respeto parece estar bien establecido consuetudinaria y convencionalmente en el Derecho Internacional, a saber, el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personal, a la integridad física y moral, y el derecho a la justicia”.<sup>105</sup>

Díez de Velasco y Pastor Ridruejo, por otro lado, concuerdan en incluir: el derecho a la protección de la vida e intereses contra las acciones de violencia colectiva organizada

---

<sup>101</sup> Sudre, Frédéric, 1995 (a), *op.cit.*, nota 82, p. 274.

<sup>102</sup> Cohen-Jonathan, Gérard, *op.cit.*, nota 67, p. 159.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 160

<sup>104</sup> Mariño Menéndez, Fernando, 1995, *op.cit.*, nota 20, p. 112; Mariño Menéndez, Fernando, 2005, *op.cit.*, nota 58, p. 213-214.

<sup>105</sup> Jiménez Piernas, Carlos B., 1989, *op.cit.*, nota 51, p. 74-85; Jiménez Piernas, Carlos B., 1993, *op.cit.*, nota 61, p. 23.

contra los extranjeros; el derecho a no ser detenido arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en un tiempo razonable, dando al interesado la posibilidad de ser oído; el derecho a no ser torturado y sometido a tratamientos inhumanos; el derecho a tener asegurado el libre acceso a los tribunales y a no ser discriminado ante ellos por razón de nacionalidad; y el derecho a poder ejercitar determinados derechos civiles básicos, por ejemplo, los incluidos dentro del derecho de familia.<sup>106</sup>

A la vista de lo anterior, se puede extraer un “núcleo duro de los núcleos duros”, según la expresión del profesor Sudre, el cual comprende cuatro derechos: el derecho a la vida, el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre y el derecho a la no retroactividad de la ley penal.<sup>107</sup> Sin embargo, asumir este mínimo de derechos humanos inderogables tiene una serie de cuestionamientos.

En primer término, si bien la mayoría de derechos de este “núcleo duro de los núcleos duros” coincide con derechos recogidos en normas imperativas —el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o la servidumbre—, se deja de lado a otros derechos ya reconocidos en el ordenamiento internacional: la prohibición del genocidio, el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y los principios del Derecho Internacional Humanitario.<sup>108</sup> En otras palabras, “este ‘núcleo duro’ es más reducido que los derechos humanos recogidos en las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional”.<sup>109</sup>

En segundo término, el criterio para establecer el “núcleo duro” es tanto la intangibilidad como inderogabilidad de los derechos, según se desprende de los instrumentos generales de aceptación general; sin embargo, como Meron resalta: “mientras la mayoría de los derechos inderogables son de una importancia cardinal, algunos derechos susceptibles de suspensión pueden ser de igual importancia (por ejemplo, los derechos del debido proceso del artículo

---

<sup>106</sup> Díez de Velasco, Manuel, 2009, *op.cit.*, nota 14, p. 618-619; Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, p. 236.

<sup>107</sup> *Ídem*; Meyer-Bisch, P., *op.cit.*, nota 71, p. 101; Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, 7ª ed., París: Dalloz, 2004, p. 226.

<sup>108</sup> En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que en las disposiciones del PIDCP que no figuran en el párrafo 2 del artículo 4, hay elementos que no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4: a) Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; b) Las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión; c) La protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprende elementos que deben respetarse en toda circunstancia; d) La deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, constituye un crimen de lesa humanidad; e) 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. Comité de Derechos Humanos, Observación General no. 29, *op.cit.*, nota 92, párr. 13.

<sup>109</sup> Canessa Montejó, Miguel Francisco, *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 470-471.

14 del PIDCP).<sup>110</sup> La comunidad internacional como un todo no ha logrado establecer una uniforme lista de derechos inderogables ni derechos inderogables alineados delante de derechos derogables. Si un derecho derogable entra en conflicto con un derecho inderogable, el último no necesariamente prevalecería, a menos que, por supuesto, su estatus como norma imperativa del Derecho Internacional general sea reconocida”.<sup>111</sup>

En tercer término, la falta de inclusión de los derechos sociales más fundamentales. Al respecto, Sottas cuestiona la evidencia de un núcleo duro de derechos humanos, con base en los instrumentos internacionales de aceptación general que contienen cláusulas de no derogación, en virtud de que hay instrumentos de derechos humanos que *no* contienen ninguna posibilidad de suspensión, tales como los que protegen los derechos económicos, culturales y sociales.<sup>112</sup> Cabe recordar lo señalado en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas dirigido a la Comisión de Derechos Humanos sobre la prohibición de suspensión bajo cualquier circunstancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre la Esclavitud.<sup>113</sup> Si seguimos el criterio expuesto por el Secretario General de Naciones Unidas, el íntegro de los derechos sociales estarían incluidos en el núcleo duro y paradójicamente sólo algunos derechos civiles estarían dentro de él, como apunta Sottas.<sup>114</sup>

En este sentido, como Sepúlveda resalta, el que los instrumentos que protegen los derechos económicos, sociales y culturales no contengan normas de derogación, es decir, que expresamente no permitan a los Estados Partes derogar a los derechos que proclaman en casos de emergencia pública “es una apropiada omisión”.<sup>115</sup> Es cierto que la ausencia de una norma de derogación en el Pacto da origen a la posibilidad de algunas inconsistencias en relación con la aplicación del Pacto y otros instrumentos de derechos humanos. No obstante, a pesar de esa potencial inconsistencia, es también posible argumentar que la ausencia de una norma de derogación es una apropiada omisión del Pacto porque la

---

<sup>110</sup> Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado que: “A juicio del Comité, los principios de legalidad y del Estado de derecho exigen que los requisitos fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por una decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto”. Comité de Derechos Humanos, Observación General no. 29, *op.cit.*, nota 92, párr. 16.

<sup>111</sup> Meron, Theodore, 1986, *op.cit.*, nota 62, p. 193.

<sup>112</sup> Sottas, Eric, *op.cit.*, nota 72, p. 108.

<sup>113</sup> Véase Consejo Económico y Social, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Normas básicas de humanidad. Informe del Secretario General presentado de conformidad con la resolución 1998/29 de la Comisión*, 18 de diciembre de 1998, Doc. E/CN.4/1999/92, párr. 20.

<sup>114</sup> Sottas, Eric, *op.cit.*, nota 72, p. 108.

<sup>115</sup> Otros autores como Higgins consideran que esta omisión confirma implícitamente el punto de vista de que ese tipo de cláusula sólo es necesaria en aquellos casos en que hay fuertes previsiones de implementación de los derechos humanos establecidos en el instrumento internacional de que se trate. Higgins, Rosalyn, *Derogations under Human Rights Treaties*, *British Year Book of International Law*, Vol. 48, 1976-1977, p. 286.

verdadera naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales no permite la clase de derogación contemplada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>116</sup>

En conclusión, la determinación del contenido de los derechos del núcleo duro o estándar mínimo internacional es un asunto complejo en virtud de la ausencia de un criterio único de identificación. No hay duda de que determinados derechos fundamentales deben ser respetados bajo cualquier circunstancia; sin embargo, no hay un consenso sobre qué derechos gozan de tan importante característica. Además, no se puede dejar de lado la paradoja resaltada por Sottas de que normalmente los derechos sociales no se consideran comprendidos dentro del estándar mínimo internacional, a pesar de que los instrumentos que los protegen nunca contemplan su suspensión en situaciones de emergencia, a diferencia de los derechos civiles y políticos. Al respecto, Freixes ha anotado:

“Otro de los obstáculos que presenta hoy día el debate jurídico en torno a los derechos humanos es el de la configuración de la lista de instituciones jurídicas que pueden incluirse en este concepto [núcleo duro]. Si contemplamos los sistemas jurídicos de los estados, veremos rápidamente que los derechos reconocidos por cada uno de ellos no coinciden más que parcialmente. Si examinamos los tratados internacionales, tampoco. Y si comparamos la lista de los derechos internos, incluso teniendo en cuenta solamente las coincidencias que podamos determinar para los estados democráticos, con los derechos reconocidos en los textos jurídicos internacionales, constatamos la existencia de amplias divergencias”.<sup>117</sup>

#### **3.2.2.4 ¿Contenido en expansión?**

La vigencia universal e inderogabilidad de los derechos contenidos en el núcleo duro, y que a su vez configuran el estándar mínimo internacional de derechos humanos que se debe asegurar a todas las personas sin excepción alguna, se desprenden del conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que en general o de ese modo específico los protegen. Como señala el profesor Jiménez Piernas: “todo [el] conjunto de normas consuetudinarias y convencionales en vigor dedicadas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona nos permite afirmar que se ha avanzado mucho en la protección general de un mínimo de derechos fundamentales de la persona con independencia de su procedencia nacional, porque prohíben taxativa y complementariamente, ya en tiempo de paz o de conflicto interno, ciertos actos contra la misma [...]”.<sup>118</sup>

Al respecto, cabe recordar que si bien los instrumentos señalados en el apartado anterior son considerados como los principales, no se deben olvidar otros *importantes* instrumentos internacionales, también de aceptación general, que protegen el estándar mínimo internacional de derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos;<sup>119</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales;<sup>120</sup> la Carta Social

---

<sup>116</sup> Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 295.

<sup>117</sup> Freixes Sanjuán, Teresa, *op.cit.*, nota 70, p. 198.

<sup>118</sup> Jiménez Piernas, Carlos B., 1993, *op.cit.*, nota 61, p. 20.

<sup>119</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>120</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

Europea,<sup>121</sup> y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.<sup>122</sup> Además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos comprende un amplio conjunto de convenios internacionales protectores de toda persona contra ciertas prácticas ‘odiosas’ como la tortura,<sup>123</sup> genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad,<sup>124</sup> la esclavitud,<sup>125</sup> la trata de personas,<sup>126</sup> los trabajos forzados,<sup>127</sup> la discriminación por motivos de raza,<sup>128</sup> en el terreno de la educación<sup>129</sup> o en el trabajo.<sup>130</sup> También existen otros dirigidos a la protección de ciertos grupos vulnerables de personas como las mujeres,<sup>131</sup> los niños,<sup>132</sup> los

---

<sup>121</sup> Adoptada por el Consejo de Europa (CETS No. 35) en Turín el 18 de octubre de 1961. Fecha de entrada en vigor: 26 de febrero de 1965. Carta Social Europea Revisada, adoptada por el Consejo de Europa (CETS No. 163) en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Fecha de entrada en vigor: 1 de julio de 1999.

<sup>122</sup> Adoptada por la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenya el 27 de julio de 1981. Fecha de entrada en vigor: 21 de octubre de 1986.

<sup>123</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

<sup>124</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

<sup>125</sup> Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Entrada en vigor: 9 de marzo de 1927, de conformidad con el artículo 12. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957, de conformidad con el artículo 13.

<sup>126</sup> Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Entrada en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24.

<sup>127</sup> Convenio (No. 29) sobre el trabajo forzoso, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión. Entrada en vigor: 1. de mayo de 1932, de conformidad con el artículo 28. Convenio (No. 105) sobre la abolición del trabajo forzoso, adoptado el 25 de junio de 1957 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 40° reunión. Entrada en vigor: 17 de enero de 1959, de conformidad con el artículo 4.

<sup>128</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

<sup>129</sup> Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: 22 de mayo de 1962, de conformidad con el artículo 14.

<sup>130</sup> Convenio (No. 100) 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 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 34° reunión. Entrada en vigor: 23 de mayo de 1953, de conformidad con el artículo 6. Convenio (No. 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 42° reunión. Entrada en vigor: 15 de junio de 1960.

<sup>131</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

<sup>132</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Convenio (No. 138) sobre la edad mínima, adoptado el 26 de junio de 1973

discapacitados,<sup>133</sup> apátridas,<sup>134</sup> refugiados,<sup>135</sup> los pueblos indígenas,<sup>136</sup> y en general los trabajadores de distintas clases,<sup>137</sup> incluidos los migrantes,<sup>138</sup> y la protección de sus derechos fundamentales en el trabajo, como el de libertad sindical.<sup>139</sup>

Asimismo, se debe considerar que a la hora de determinar los derechos humanos *mínimos* que se deben otorgar a una persona se debe tomar en cuenta su condición específica. Así como cada instrumento internacional de derechos humanos se centra en un aspecto particular de los derechos humanos (derechos del niño, derechos de la mujer, derechos de los trabajadores migrantes, esclavitud, etc.) o únicamente en ciertos derechos y libertades, es fácil convenir en que no se pueden ejercer todos los derechos humanos al mismo tiempo y todo el tiempo. El abanico de derechos fundamentales puede variar según la condición de las personas y la situación en que se encuentren. No obstante, esa variación debe girar en torno al “núcleo duro” intangible; eso sí, siempre hacia una ampliación y nunca hacia una reducción de los derechos ya generalmente reconocidos.<sup>140</sup> La protección que resulta de la

---

por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 58° reunión. Entrada en vigor: 19 de junio de 1976. Convenio (No. 182) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado el 17 de junio de 1999 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 87° reunión. Entrada en vigor: 19 de junio de 2000.

<sup>133</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución A/61/611, de 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor: 3 de mayo de 2008, de conformidad con el artículo 45 (1).

<sup>134</sup> Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 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. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39.

<sup>135</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada 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), de 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43.

<sup>136</sup> Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 76° reunión. Entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991.

<sup>137</sup> En general véase Convenio (No. 122) sobre la política del empleo, adoptado el 9 de julio de 1964 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 48° reunión. Entrada en vigor: 15 de julio de 1966, de conformidad con el artículo 5. Los convenios elaborados en el seno de la OIT sobre los distintos tipos de trabajadores y la protección que se les ha otorgado pueden consultarse en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdispl.htm>.

<sup>138</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entrada en vigor: 1 de julio de 2003, de conformidad con el artículo 87 (1). Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que vive, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

<sup>139</sup> Convenio (no. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 31° reunión. Entrada en vigor: 4 de julio de 1950, de conformidad con el artículo 15. Convenio (No. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado el 1 de julio de 1949 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 32° reunión. Entrada en vigor: 18 de julio de 1951.

<sup>140</sup> Así, por ejemplo, para el caso de las personas extranjeras en vías de expulsión, independientemente de su condición migratoria, se deben asegurar, además de los derechos generalmente aceptados como parte del núcleo duro: el principio de no discriminación, el derecho al respeto de la integridad física de la persona en

observancia de esos derechos debe permitir materializar el derecho primigenio en materia de derechos humanos, a saber, el derecho a la dignidad.

El estándar mínimo internacional de derechos humanos que debe garantizarse efectivamente a *todas* las personas se encuentra acotado sólo a ciertos derechos y libertades. Sin embargo, a partir de este núcleo duro mínimo y universal que establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos positivo, y que corresponde al actual momento histórico de la Comunidad Internacional, la tarea hacia el futuro será ir ampliando progresivamente el contenido material del mismo, de modo que las normas imperativas — y, por consiguiente, universales— del Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcancen a todos los derechos humanos reconocidos a nivel universal. No se debe olvidar que el núcleo duro es una noción versátil y flexible que se encuentra en constante desarrollo, por lo que indudablemente nuevos derechos se pueden ir incluyendo conforme va evolucionando el Derecho Internacional. Como Quel López ha sostenido: “la irrupción de normas de protección de derechos humanos y su constante expansión y general aceptación determina una expansión potencialmente ilimitada de los derechos individuales con independencia de su nacionalidad y Estado de residencia”.<sup>141</sup>

En conclusión, como bien afirma el juez Cançado, “los derechos no susceptibles de suspensión y las normas perentorias representan un logro definitivo de la civilización, mientras que la enumeración, a su vez, de derechos y normas actualmente reconocidos como tales, no es definitiva, porque está sujeta a una evolución y expansión constantes en vista de que, en el contexto actual, el Derecho Internacional ha sido empleado para mejorar y fortalecer —nunca para debilitar— el grado de protección de los derechos reconocidos”.<sup>142</sup>

### 3.2.3 Distinción entre nacionales y extranjeros

Dejando de lado los derechos fundamentales inderogables universalmente reconocidos a *todas* las personas, el ser nacional o extranjero tiene una clara repercusión en materia de los derechos que pueden disfrutarse, en especial en los considerados como inherentes a la ciudadanía o los relativos a la realización de actividades de contenido económico. Como señala Isabel Lázaro González: “mientras que la nacionalidad implica la plenitud de derechos y, por lo tanto, igualdad jurídica, la extranjería no presupone la igualdad. En consecuencia, el estatuto de los extranjeros admite diferenciación”.<sup>143</sup> Para Javier de Lucas “los extranjeros representan hoy —en tanto que exclusión ‘natural’— un vestigio histórico de la evolución de las nociones de Estado y ciudadanía: el camino recorrido por la burguesía

---

vías de expulsión, el derecho al respeto de la vida familiar y el derecho de toda persona a no ser expulsada a un país en que peligre su vida. *Quinto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 61º periodo de sesiones, 2009, A/CN.4/611, párr. 43-44, p. 18.

<sup>141</sup> Quel López, Francisco Javier, Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (2002)*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2002, p. 344.

<sup>142</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en Cançado Trindade, Antônio Augusto, Moyer, Charles, Zeledón, Cristina (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo IV, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 21.

<sup>143</sup> Lázaro González, Isabel E., *op.cit.*, nota 57.



primero, por los asalariados después, aún no ha sido transitado por ellos, que continúan en una situación más parecida a la de súbditos -siervos- que a la de ciudadanos (soporte económico real en cuanto mano de obra y, a la par, sin derechos; poco a poco, lograrán los derechos civiles y sociales; no los políticos)”<sup>144</sup>

A pesar de que las diferencias entre la condición jurídica de los nacionales y los extranjeros, en el seno del ordenamiento de cada Estado, se han atenuado gracias al progreso en la protección de los derechos humanos a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, “la equiparación completa entre ellos es todavía, para nuestro mundo contemporáneo, propia de la utopía”.<sup>145</sup> Como se sabe, la igualdad del régimen de los extranjeros con el de los nacionales no es exigida por el Derecho Internacional general, que deja en principio a cada Estado determinar cual sea la condición de los extranjeros dentro de ciertos límites jurídicos muy generales.

Eso sí, el Derecho Internacional impone a los Estados la obligación de no discriminar a los extranjeros en el goce de derechos y libertades fundamentales, además de no discriminar a los extranjeros de una cierta nacionalidad frente a los demás extranjeros.<sup>146</sup> Así, en su Observación general N° 15, el Comité de Derechos Humanos explicó que: “los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que se sean apátridas [...] la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros”.<sup>147</sup> Por consiguiente, además de los derechos inderogables que se garantizan a los no ciudadanos en el artículo 4 del Pacto y que forman parte del estándar mínimo internacional de derechos humanos que se debe garantizar sin excepción a todas las personas, como norma general los extranjeros disfrutaban de:

“derecho a libertad de circulación y libre elección de residencia; y tienen libertad para salir del país. 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 [...] Los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ni su correspondencia. Tienen derecho a libertad de pensamiento [...] y derecho a expresar sus opiniones. Los extranjeros disfrutaban del derecho de reunión pacífica y del derecho a asociarse libremente. Pueden contraer matrimonio, si tienen edad para ello. Sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere. En los casos en que los extranjeros constituyan una minoría, según se definen éstas en el [Pacto], 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. Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto”.<sup>148</sup>

<sup>144</sup> De Lucas, Javier, *Puertas que se cierran*, Barcelona: Icaria, 1996, p. 23.

<sup>145</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1995, *op.cit.*, nota 20, p. 118.

<sup>146</sup> DUDH, art. 2; PIDCP, art. 2 y 26; CEDH, art. 1 y 14; CIDH, art. 1.1.

<sup>147</sup> Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General no. 15, del 22 de julio de 1986, 27° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7., párr. 1 y 2.

<sup>148</sup> *Ibidem*, párr. 7.

En relación con los derechos políticos, cabe señalar que el artículo 25 del PIDCP reconoce sólo a los ciudadanos el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y ser elegidos en elecciones periódicas así como a tener acceso a la función pública. En el ámbito europeo, el artículo 16 de la CEDH permite imponer restricciones a la libertad de expresión, reunión y asociación de los extranjeros y por consiguiente a su actividad política. En el ámbito americano el artículo 23 restringe los derechos políticos a los ciudadanos.

Si bien la distinción más común en cuanto al goce de derechos por nacionales y extranjeros ha sido la relativa a los derechos políticos, los extranjeros también son limitados en el goce de sus derechos económicos, culturales y sociales. El tratado universal, el PIDSC, establece una única limitación en este respecto en su artículo 2: “los países en vías de 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”. No obstante, fuera de esta disposición la idea del convenio es asimilar a nacionales y extranjeros en cuanto al disfrute de los derechos que garantiza, pues el Derecho Internacional general establece la obligación general de garantizar a todos los extranjeros los derechos y libertades fundamentales.<sup>149</sup>

En el ámbito europeo, la Carta Social Europea admite la diferencia entre nacionales y extranjeros en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, por ejemplo, en su artículo 18 se refiere a la posibilidad de restricciones al ejercicio de actividades lucrativas por los no nacionales. Otros artículos que hacen referencia a la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros son el artículo 12 sobre el derecho a la seguridad social, el artículo 19 relativo al derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a la protección y a la asistencia, así como en el anexo 1, referido al ámbito de aplicación de personas protegidas.

En el terreno americano, el Protocolo de San Salvador, adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, no hace ninguna referencia al disfrute de los extranjeros de los derechos que contiene. No obstante, el artículo 8, relativo a los derechos sindicales, admite que tales derechos sean limitados por ley “siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás”.

En realidad, la práctica demuestra que la mayoría de los Estados restringe el acceso a los extranjeros a la mayoría de los derechos políticos, a la función pública y a ciertas profesiones destinadas a ser ocupadas específicamente por nacionales. Al respecto, desde épocas tempranas se ha tratado de atenuar esta situación con la celebración de tratados internacionales, normalmente bilaterales, con cláusulas como las de “trato recíproco”, “igualdad de trato” o de “la nación más favorecida”, con el objetivo de lograr, en algunos casos, una mayor equiparación entre nacionales y extranjeros.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Véanse principalmente el artículo 2 de la DUDH y los artículos 2 y 26 del PIDCP. Para el ámbito europeo los artículos 1 y 14 de la CEDH y para el americano el artículo 1 de la CADH.

<sup>150</sup> Véase la parte 1.4 del capítulo 1 de este trabajo.

En conclusión, se puede afirmar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos admite que los Estados restrinjan a los extranjeros dentro de su orden jurídico el goce de ciertos derechos como los derechos y libertades ‘políticos’ o ejercitables por los ‘ciudadanos’, la realización de actividades laborales y profesionales, así como el movimiento de personas, como se verá a continuación.

### **3.3 Trato a los extranjeros y movimiento de personas: régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros**

En cuanto a Derecho Internacional general se refiere, se puede afirmar lo siguiente en cuanto al régimen de régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros.

#### **3.3.1 Entrada y permanencia**

En términos generales, sólo los nacionales de un Estado gozan del derecho a ser admitidos en el territorio del mismo, así como del derecho a no ser expulsados de éste.<sup>151</sup> En cuanto a los extranjeros se refiere, el ordenamiento internacional deja una amplia esfera de libertad a los Estados en esta materia. Es ampliamente aceptado el principio de que los Estados son soberanos en la admisión de extranjeros en sus territorios y, en consecuencia, en la determinación de su política migratoria.<sup>152</sup> Como proclaman en su preámbulo las Normas internacionales sobre la admisión y la expulsión de extranjeros aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional el 9 de septiembre de 1892: “para cada Estado, el derecho de admitir o no admitir extranjeros en su territorio, o de admitirlos sólo en forma condicional, o de expulsarlos, es una consecuencia lógica de su independencia”. Aunque también señalan: “considerando sin embargo que la humanidad y la justicia obligan a los Estados a no ejercer ese derecho si no es respetando, en la medida en que sea compatible con su propia seguridad, los derechos y la libertad de los extranjeros que deseen entrar en su territorio o que ya se encuentren en él”.<sup>153</sup>

En el estado actual de evolución del Derecho Internacional, no existe una obligación, fundada en el Derecho Internacional general, de admisión de extranjeros (salvo las particularidades de las solicitudes de asilo y refugio): los Estados son libres de admitir o no a un nacional de un tercer Estado, salvo que existan obligaciones convencionales. Ciertamente el artículo 13.1 de la DUDH que reza “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”, es desmentido por toda la práctica estatal en este respecto.

Eso sí, existen ciertos límites a esta facultad soberana de los Estados vinculados al principio de no discriminación, sobretodo de tipo racial. Sin embargo, si la negativa deriva del hecho de que no existen relaciones diplomáticas o consulares con el Estado de la nacionalidad del

---

<sup>151</sup> No obstante, algunos Estados deniegan el derecho a entrar a nacionales que hubieran abandonado “su propio país” y hubiesen adoptado en el extranjero comportamientos “desleales” para con él. Véanse DUDH, art. 13.2; PIDCP, art. 12.4; CEDH, Pro. 4, art. 3.2; CADH, art. 22.5.

<sup>152</sup> Oppenheim, Lassa, *International Law: a treatise*, 8ª ed., H. Lauterpacht (ed.), Vol. I, London: Longmans, 1955, p. 675-676.

<sup>153</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, T. XII, 1892, sesión de Burselas, p. 218.

extranjero o de la imposibilidad de garantizar la seguridad de los extranjeros en cuestión, no habría violación del Derecho Internacional. Pero, si la negativa obedeciese a otros motivos, pudiera pensarse que sería contraria al Derecho Internacional que en principio prohíbe las discriminaciones.<sup>154</sup> A pesar de lo anterior, los Estados que rehúsan la entrada a un extranjero no están obligados a motivar su decisión y, en todo caso, nada avala que el extranjero pueda ser titular de un derecho a entrar en el territorio de un Estado del que no es nacional sólo porque otros extranjeros de características similares sí son autorizados a acceder a él.<sup>155</sup>

En realidad 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 de un amplio poder discrecional que les permite negar la autorización para la entrada de modo individualizado a los solicitantes no deseados. Para ello pueden utilizar medidas directas e indirectas. Entre las primeras se pueden citar la implantación de barreras físicas en sus fronteras, el otorgamiento de permisos de entrada, estancia, residencia, trabajo, estudio, turismo, etc., así como el establecimiento de cuotas que limitan el número y la nacionalidad de la gente que puede entrar a su territorio. Entre las segundas se hallan, por ejemplo, la imposición de límites en el acceso al empleo y la denegación de ciertos beneficios públicos, así como la negación de ciertos derechos (por ejemplo los políticos porque su titularidad y ejercicio se encuentran fuertemente vinculados a la noción de nacionalidad). Todos estos aspectos son regulados por el Derecho interno y, en su caso, por los tratados internacionales bilaterales o multilaterales que se hubieren suscrito.

En general, se puede distinguir si un extranjero ha entrado y permanece de forma regular en un Estado o, por el contrario, de forma irregular:

*i. Entrada, estancia y residencia regulares.* La *entrada regular* es cuando un extranjero ha accedido al territorio de un Estado por la frontera designada para tal efecto, con documentos de viaje reconocidos como válidos por las autoridades del Estado de que se trate. La *estancia regular*, por otro lado, significa que un extranjero permanece en el territorio de un Estado de conformidad con la legislación o la reglamentación de ese país sobre las condiciones de estancia. La *residencia regular* es cuando el extranjero que ha cruzado legalmente la frontera reúne las condiciones de residencia, es decir, de presencia continua en el país de que se trate previstas por su derecho nacional. No obstante, no siempre es necesario que la entrada del extranjero al territorio del Estado de acogida sea regular para que su estancia o residencia también lo sea. En algunos países, una persona que haya accedido de forma irregular al territorio del Estado de acogida puede obtener posteriormente una estancia regular o, incluso, la condición de residente regular por medio de la regularización de su situación migratoria.

*ii. Entrada, estancia y residencia irregulares.* Se entiende que un extranjero ha *entrado* de forma *irregular* en un Estado cuando no lo ha hecho por las fronteras designadas para tal efecto o, cuando habiéndolo hecho, ha presentado documentación falsa o alterada, violando en ambos casos la legislación de ese Estado en materia de entrada o admisión de

---

<sup>154</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio, *op.cit.*, nota 106, p. 234.

<sup>155</sup> Remiro Brotóns, Antonio, *et.al.*, *Derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 833.

extranjeros. La *estancia y residencia irregulares*, por otro lado, se dan cuando un extranjero no reúne o ha dejado de reunir las condiciones de estancia y/o residencia impuestas por la legislación o la reglamentación de ese país. De este modo, aunque el extranjero haya cruzado de forma regular la frontera del Estado y haya sido admitido legalmente, no reúne después las condiciones de estancia o residencia. Así ocurre por ejemplo cuando el extranjero regularmente admitido prolonga su estancia o residencia en el territorio de ese Estado más allá del período fijado por las autoridades competentes del Estado en cuestión.

### **3.3.2 Salida**

La *salida voluntaria* de los extranjeros que no tienen ninguna cuenta pendiente con el Derecho Interno no puede ser impedida en ningún caso.<sup>156</sup> En cuanto a la *salida forzosa* se refiere, conviene distinguir las particularidades que tiene respecto a distintos tipos de extranjeros.

#### **3.3.2.1 Expulsión de los extranjeros que ya habían sido admitidos regularmente en el territorio del Estado**

Desde el punto de vista del Derecho Interno, se puede comprender por expulsión una medida de policía administrativa por la cual se ordena a un extranjero abandonar el territorio en el cual se encuentra.<sup>157</sup> Desde la perspectiva del Derecho Internacional, se puede entender como expulsión del extranjero el acto jurídico por el cual un Estado obliga a una persona o grupo de personas nacionales de otro Estado a abandonar su territorio.<sup>158</sup> Es un acto que recae en el poder discrecional de los Estados. Como señaló Shigeru Oda: “el derecho de un Estado de expulsar de manera discrecional a los extranjeros cuya presencia en su territorio juzgue indeseable se considera un atributo de la soberanía, al igual que el derecho de negar la admisión de extranjeros en su territorio”.<sup>159</sup>

La existencia del derecho de un Estado a expulsar a un extranjero que se encuentre en su territorio no se discute en Derecho Internacional.<sup>160</sup> En este sentido, el Relator Especial Kamto señala que la expulsión:

“es un derecho natural del Estado, que se desprende de su propia condición de ente jurídico soberano dotado de competencia plena sobre su territorio y que sólo puede verse limitada en la esfera internacional por los compromisos que ese Estado contraiga voluntariamente o por ciertas normas *erga omnes* [...] el derecho a expulsar es un derecho inherente a la soberanía (territorial) del Estado, aunque no se trata de un derecho

---

<sup>156</sup> También se abre camino la prohibición de impedir esa salida a los propios nacionales, en esas mismas circunstancias. Véanse DUDH, art. 13.2; PIDCP, art. 12.2; CADH, art. 22.2; CEDH, Prot. 4, art. 2.2 a 4.

<sup>157</sup> *Dictionnaire de Droit International Public*, Jean Salmon (dir.), *op.cit.*, nota 9, p. 488.

<sup>158</sup> CDI, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 57º período de sesiones, 2005, A/CN.4/554, párr. 13, p. 6.

<sup>159</sup> Oda, Shigeru, *The individual in International Law*, en Sorensen, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, London: Macmillan, 1968, p. 482.

<sup>160</sup> Gaja, Giorgio, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, *Cursosos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. 3, 1999, p. 295.

absoluto, en la medida en que debe ejercerse dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional”.<sup>161</sup>

Como señala el Relator Kamto, la expulsión de extranjeros no se trata de un derecho absoluto del Estado. Desde sus primeros trabajos sobre la expulsión de extranjeros (1891), el Instituto de Derecho Internacional delimitó las condiciones en las que un extranjero podía ser expulsado en sus *Reglas para la Admisión y Expulsión de Extranjeros*,<sup>162</sup> las cuales establecieron varias garantías: nadie debe ser expulsado por intereses privados;<sup>163</sup> las expulsiones masivas definitivas deben ser establecidas en una ley especial y se debe dar tiempo suficiente a los afectados;<sup>164</sup> la expulsión no es una pena o un castigo y el expulsado no debe ser tratado como criminal;<sup>165</sup> si la expulsión es contraria a una ley o a un tratado internacional, el afectado tiene derecho a interponer un recurso contra ella;<sup>166</sup> el Tribunal que juzga el recurso no debe analizar la conducta de la persona sino que la expulsión sea conforme a Derecho nacional o internacional;<sup>167</sup> entre otras.

De este modo, las reglas indicaron que el ejercicio del derecho de expulsión está sujeto a ciertas restricciones entre las que destaca la idea de que “la expulsión debe llevarse a cabo con todas las garantías que exigen la humanidad y el respeto de los derechos adquiridos”.<sup>168</sup> En el mismo sentido, el relator del Instituto sobre este tema, Sr. De Bar, reconoció que no puede discutirse la existencia de un derecho soberano de los Estados en esta materia, aunque también reconoció que “por muy lejos que se llegue, este derecho soberano no puede extenderse hasta el punto de aniquilar cualquier derecho individual del extranjero”.<sup>169</sup>

Actualmente el tema de la expulsión de extranjeros se encuentra en proceso de estudio en la Comisión de Derecho Internacional.<sup>170</sup> El Sr. Kamto, Relator Especial sobre el tema, ha

---

<sup>161</sup> CDI, *Tercer Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 59º periodo de sesiones, 2007, A/CN.4/581, párr. 7, p. 4-5. Y considerando esto plantea su proyecto de artículo 3: “1. Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. 2. Sin embargo, la expulsión deberá llevarse a cabo respetando los principios fundamentales del derecho internacional. En particular, el Estado debe actuar de buena fe y respetando sus obligaciones internacionales” (párr. 23, p. 11).

<sup>162</sup> Véanse los artículos 14 a 41 en los que se recogen los diferentes tipos de expulsión, las personas que pueden ser expulsadas, la forma de la expulsión, los recursos y, particularmente, la expulsión de los extranjeros domiciliados. Estas reglas se encuentran recopiladas en el *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. XII, 1892. También en línea: [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1892\\_gen\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1892_gen_01_fr.pdf).

<sup>163</sup> Artículos 14-16.

<sup>164</sup> Artículo 26.

<sup>165</sup> Artículo 17.

<sup>166</sup> Artículo 21.

<sup>167</sup> Artículo 35.

<sup>168</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. X, 1888-1889, sesión de Lausana, p. 236.

<sup>169</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. XI, 1889-1892, sesión de Hamburgo, p. 316.

<sup>170</sup> En su 56º período de sesiones, en la sesión del 6 de agosto de 2004, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema “La expulsión de los extranjeros” en su programa de trabajo en curso y nombró como Relator Especial del tema al Sr. Maurice Kamto (A/59/10, párr. 364). En el párrafo 5 de su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, la Asamblea General adoptó esa decisión de la Comisión. A la fecha, el Relator Especial ha presentado seis informes sobre el tema: *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 57º periodo de sesiones, 2005, A/CN.4/554; *Segundo*

puesto especial énfasis en que este derecho de los Estados debe considerar los ‘límites intrínsecos del ordenamiento jurídico internacional’: “el principio *pacta sunt servanda*, el principio de la buena fe y la obligación de respetar el *jus cogens*, de la que se infiere el principio de que ninguna norma de Derecho Internacional puede contravenir una norma imperativa. Se trata de principios que permiten afirmar que el derecho de expulsión es indiscutible, aunque no es una norma absoluta; constituyen la otra cara de la norma”.<sup>171</sup>

Las legislaciones nacionales, la jurisprudencia internacional y la doctrina coinciden en señalar que la expulsión no es un derecho absoluto.<sup>172</sup> El Estado que recurre a la expulsión queda obligado a invocar los motivos determinantes de la medida.<sup>173</sup> Aunque, como bien apunta el Relator Kamto: “existe siempre una razón para la expulsión de un extranjero por un Estado, ya sea ésta confesable o inconfesable. Se admite que determinadas razones de expulsión no son contrarias al Derecho Internacional. Así ocurre generalmente en el caso de atentado al 'orden público', a 'la seguridad pública' o la 'seguridad nacional'. El hecho es que una noción tan vaga como la de orden público da lugar a veces a las interpretaciones más diversas y a menudo más amplias, incluyendo actos en los cuales no se podría fundar la licitud de la expulsión”.<sup>174</sup>

De este modo, si bien todo Estado tiene el derecho de determinar libremente, según sus propios criterios, los motivos de expulsión de un extranjero, “no es menos cierto que no debe hacer un uso abusivo del derecho de expulsión”.<sup>175</sup> El derecho de expulsión del extranjero por parte del Estado se sitúa por tanto bajo el imperio del Derecho Internacional, el cual exige, además de la invocación de los motivos de la medida, que la expulsión no esté acompañada de malos tratos, daños, vejaciones o sufrimientos innecesarios que pudieran considerarse inhumanos. Asimismo, que esté fundada en normas legales, es decir que no sea arbitraria, y que se articule y conceda un trámite de audiencia y un derecho de recurso a favor del súbdito extranjero.<sup>176</sup> En este sentido, el artículo 13 del PIDCP dispone:

---

*Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto Relator Especial*, 58° periodo de sesiones, 2006, A/CN.4/573; *Tercer Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 59° periodo de sesiones, 2007, A/CN.4/581; *Cuarto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 60° periodo de sesiones, 2008, A/CN.4/594; *Quinto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 61° periodo de sesiones, 2009, A/CN.4/611; *Sexto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, 62° periodo de sesiones, 2010, A/CN.4/625.

<sup>171</sup> *Tercer Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, op.cit.*, nota 161, párr. 22, p. 10-11.

<sup>172</sup> Bluntschli, Johann Caspar, *Le droit international codifié*, 4ª ed., París: Guillaumin, 1886, art. 383; Oppenheim, Lassa, 1992, *op.cit.*, nota 48, p. 940.

<sup>173</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Caso Paquet (expulsión) (Bélgica vs. Venezuela)*, 1903, Vol. IX, p. 323-325; *Caso Boffolo (Italia vs. Venezuela)*, 1903, Vol. X, p. 528-538.

<sup>174</sup> *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, op.cit.*, nota 158, párr. 17, p. 8. Para un análisis detallado sobre la noción de orden público como motivo de expulsión, véase el *Sexto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, op.cit.*, nota 170, párr. 78-118, p. 29-46.

<sup>175</sup> Oda, Shigeru, *op.cit.*, nota 159, p. 482.

<sup>176</sup> A nivel universal, véanse los artículos 13 del PIDCP, y 22 de la CIDTM. Y en el ámbito regional: los artículos 3.1 y 4 del Protocolo 4 y artículo 1 del Protocolo 7, ambos de la CEDH, así como el artículo 22.6 de

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

Esta exigencia de respeto de los procedimientos previstos por la ley puede ser por tanto considerada como una obligación de Derecho Internacional general y no estrictamente como una obligación derivada de convenciones o convenios o puramente de derecho interno, ya que, de no haber una convención o un convenio que la recogiera, podría reivindicarse válidamente un fundamento consuetudinario o ser considerada como un principio general del derecho.<sup>177</sup> El mismo argumento se puede aplicar en el caso de la prohibición de las expulsiones colectivas.

En cuanto a los derechos de la persona que se deben respetar en caso de expulsión, el Derecho Internacional, como se sabe, tiene un conjunto de normas de Derecho Consuetudinario que se ha acordado llamar ‘estándar mínimo internacional de derechos humanos’ que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Además, como se ha señalado antes, se debe considerar la condición específica de la persona de que se trate a la hora de asegurar los derechos del estándar mínimo. Como proponía el Instituto de Derecho Internacional desde finales del siglo XIX en el artículo 17 de su resolución aprobada en Ginebra el 9 de septiembre de 1892 sobre las *Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers*, “la expulsión no es una pena y debe ejecutarse con todas las precauciones posibles, *teniendo en cuenta la situación particular de la persona*”.<sup>178</sup> En este sentido, el proyecto del artículo 8 que el Relator Kamto presentó en su tercer informe sobre la expulsión de extranjeros señala:

“toda persona expulsada o en vías de expulsión tendrá derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y todos los demás derechos que vengan impuestos por su condición específica”.<sup>179</sup>

En el caso de las personas sujetas a una expulsión, además de la protección general de la que gozan con el *estándar mínimo internacional*, es de especial relevancia la exigencia del respeto de su *dignidad*. En cuanto los bienes del extranjero sujeto a expulsión se refiere, éstos se hallan protegidos por las normas de Derecho Internacional general en la materia. Además, la protección del extranjero expulsado o en situación de expulsión así como la de sus bienes puede verse aumentada por las normas de convenciones y convenios internacionales, tanto las que figuran en las convenciones y convenios internacionales en materia de derechos humanos en que sea parte el Estado de expulsión, como las previstas por las convenciones y convenios especiales en materia de protección de bienes e

---

la CIDH. También véase Oda, Shigeru, El individuo en el Derecho Internacional, en Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 462-463.

<sup>177</sup> Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *op.cit.*, nota 158, párr. 23, p. 9.

<sup>178</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1894, 2a parte, p. 222.

<sup>179</sup> Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *op.cit.*, nota 140, párr. 50, p. 21.



inversiones en que sean parte el Estado de expulsión y el Estado de origen del extranjero, cuando dichas convenciones y convenios existan.<sup>180</sup>

El Relator Especial Kamto resume como derechos que se deben respetar invariablemente a todas las personas sujetas a expulsión: el derecho a la vida; el derecho a la dignidad; el derecho a la integridad de la persona; la no discriminación; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; y el derecho a la vida familiar.<sup>181</sup> El incumplimiento por un Estado de sus obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos puede entrañar la responsabilidad de ese Estado respecto de todos los demás Estados partes en el tratado en cuestión, cuando se trate de una obligación convencional, o respecto de todos los Estados cuando la obligación incumplida forme parte del Derecho Internacional general y exista en relación con la Comunidad Internacional en su conjunto. Esta obligación internacional general de respetar los derechos humanos es más importante aún en el caso de las personas que se encuentran en condición precaria debido a su situación jurídica, como ocurre con los extranjeros en vías de expulsión.

Además, como se sabe, los Estados están obligados a no realizar expulsiones colectivas de extranjeros. El principio que se desprende del Derecho Internacional convencional es su prohibición: artículo 22.9 de la CADH; el artículo 12.5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 22.1 de la CIDTM y el artículo 4 del protocolo No. 4 del CEDH.<sup>182</sup> En congruencia, el Relator Especial Kamto propuso en su tercer informe sobre expulsión de extranjeros, como proyecto de artículo 7, lo siguiente:

“1. Se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares. Sin embargo, un Estado podrá expulsar simultáneamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que integran el grupo.

2. Se entiende por expulsión colectiva todo acto o comportamiento por el cual un Estado obliga a un grupo de extranjeros a abandonar su territorio”.<sup>183</sup>

El caso de los trabajadores migratorios es objeto de un régimen particular establecido por la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores

---

<sup>180</sup> Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *op.cit.*, nota 158, párr. 23, p. 9-10.

<sup>181</sup> Véanse los proyectos de artículos 9 a 14, plasmados en su Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros, *op.cit.*, nota 140, párr. 53-156, p. 21-57.

<sup>182</sup> Véase sobre un recuento sobre la prohibición consuetudinaria de la expulsión colectiva en: Chueca Sancho, Ángel G., El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 1, noviembre de 2002. Cabe señalar que determinados Estados aún siguen practicando las expulsiones colectivas, lo que no significa que esta práctica estatal sea admisible en Derecho Internacional. Por ejemplo, la expulsión colectiva de los indopakistaníes de Uganda bajo Idi Amin Dada en los años 70'; véase Twaddle, Michael (ed.), *Expulsion of a minority: essays on Ugandan Asians*, Londres: Athlone Press, 1975, p. 240. La expulsión de Nigeria de grupos de africanos de diferentes nacionalidades, en particular ciudadanos de Benin y de Ghana en los años 80'; véase Afolayan, A. A., Immigration and expulsion of ECOWAS aliens in Nigeria, *International Migration Review*, Vol. 22, 1988, p. 4-17. Asimismo, el caso de la expulsión colectiva de Guinea Ecuatorial de centenares de cameruneses en marzo de 2004. Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *op.cit.*, nota 158, párr. 24, p. 10.

<sup>183</sup> Tercer informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *op.cit.*, nota 161, párr. 135, p. 45.

migratorios y de sus familiares de 1990. Su artículo 22 fija las condiciones de expulsión de las personas en cuestión, pero prohíbe las medidas de expulsión colectiva de los trabajadores migratorios y sus familiares, además de que ordena el examen individual de cada caso de expulsión. El procedimiento que se ha de seguir en caso de expulsión y que en él se expone refuerza las garantías de protección de los derechos de los expulsados, protegiéndolos en particular contra simples decisiones administrativas y garantizando su derecho a la información, a presentar sus argumentos en contra de la expulsión y a recibir una indemnización en caso de anulación posterior de una decisión de expulsión ya ejecutada.<sup>184</sup>

En conclusión, la tendencia en el Derecho Internacional es admitir que si bien la expulsión es un derecho soberano de los Estados, también está sujeto a ciertos límites, en especial en lo relativo a la exigencia del respeto de los derechos humanos. Lo que claramente prohíbe el Derecho Internacional a los Estados son las expulsiones colectivas de extranjeros y la arbitrariedad en el caso de las expulsiones individuales. Sin embargo, como señala el profesor Mariño,<sup>185</sup> el cumplimiento de estas normas generales en la mayor parte de los casos sólo puede ser exigido por medio de la protección diplomática (véase el *Caso Diallo*<sup>186</sup> llevado ante la CIJ) porque la interposición del recurso contra una orden motivada de expulsión no paraliza obligatoriamente la ejecución de ésta y no siempre el expulsado está en condiciones o tiene interés o posibilidad jurídica de recurrir ante los tribunales internos del país que le ha expulsado.

### **3.3.2.2 Supuestos en que los Estados ven limitado su derecho discrecional de expulsión de extranjeros**

---

<sup>184</sup> El artículo 22 de la CIDTM dispone: “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente. 2. los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley. 3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento. 4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión. 5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate. 6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes. 7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen. 8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje. 9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden”.

<sup>185</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1995, *op.cit.*, nota 20, p. 115.

<sup>186</sup> *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática del Congo)*, objeciones preliminares, sentencia del 24 de mayo de 2007; sentencia de 30 de noviembre de 2010.

### 3.3.2.2.1 Refugiados

La facultad discrecional de los Estados de expulsar a los extranjeros no deseados de sus territorios tiene un límite: la norma de *jus cogens* que prohíbe el rechazo, la expulsión o la devolución a un tercer Estado de un extranjero, cuando corra peligro cierto su vida o su integridad física y moral. Al respecto, cabe recordar que la declaración quinta de la parte III de la *Declaración de Cartagena de Indias Sobre Refugiados* de 1984 reitera “la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del Derecho Internacional, como un principio de *jus cogens*”.<sup>187</sup>

El refugiado es en general la persona que se ve obligada a abandonar su país para buscar refugio en otro. De acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (art. 1.A.2) es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

El deber de *non refoulement* tiene apoyo, directo e indirecto, en diferentes instrumentos internacionales. Entre los de naturaleza no convencional destacan la Declaración sobre el Asilo Territorial, contenida en la Resolución 2312/XXII de 1967 de la Asamblea General (art. 3) y la Declaración de Cartagena de Indias Sobre Refugiados de 1984 (conclusión quinta). Entre los de naturaleza convencional, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (art. 3.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 22.8); la Convención de la OUA sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África de 1969 (art. 2.3); la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial (art. 3); y el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. En este último caso, la jurisprudencia de los órganos de control creados por el Convenio de 1950, directa e indirectamente, ha precisado el valor del principio en el contexto de la aplicación del artículo 2, relativo al derecho a la vida; del artículo 3, sobre la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; del artículo 8, aplicable en materia de protección de la unidad familiar; y del artículo 13, sobre el derecho a un recurso interno efectivo ante casos de violación de la Convención.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> La *Declaración de Cartagena de Indias Sobre Refugiados* fue adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Para abundar sobre la consideración del deber de *non refoulement* como norma de *jus cogens*, véase Trindade Cançado, Antônio Augusto, *International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law, Recueil des Cours*, Vol. 317, 2005, p. 160-166.

<sup>188</sup> Véanse las secciones 5.8.1.3 y 5.8.1.4 del capítulo 5 de este trabajo. También abúndese sobre el tema en Gortázar Rotaeché, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Madrid: Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, 1997, p. 227-237.

No obstante los instrumentos internacionales anteriores, la disposición más importante contenida en un tratado internacional de alcance universal, ampliamente ratificado, y que protege el derecho del extranjero a no ser “rechazado”, “devuelto” o “reconducido”, según lo anteriormente señalado, es el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado que establece el deber de *non refoulement*. Este convenio trata de proteger los derechos humanos de los extranjeros como tales por medio del otorgamiento del refugio. Así, el artículo 33 titulado “Prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*)” dispone en su párrafo 1º: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

La existencia de límites a la obligación de *non refoulement* está claramente reconocida desde el artículo 32, párrafo 1, de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el cual dispone: “los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, *a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.*” Como se desprende de esta disposición, puede afirmarse la existencia de un principio de no expulsión de los refugiados, aunque por deducción. En efecto, si se analiza la estructura de esta disposición, se observa que la fórmula “[...] no [...] a no ser [...]” introduce un límite extremo al principio según el cual no puede expulsarse a los refugiados. Dicho de otro modo, en principio los refugiados no pueden ser objeto de medidas de expulsión, salvo por dos razones: la seguridad nacional y el orden público.<sup>189</sup>

El párrafo 2º del propio artículo 33 que establece el deber de *non refoulement* lo pone de modo más claro: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. También pueden señalarse como límites a la obligación de *non refoulement* los artículos 3.2 y 3 de la Resolución sobre Asilo Territorial (2312/XXII) de 1967 y el párrafo 3 de la Resolución 14 (1967) sobre Asilo a personas en peligro de persecución, de 29 de junio de 1967, adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa.

En síntesis, sólo puede expulsarse a un refugiado del territorio del Estado de acogida por razones relacionadas con la seguridad o el orden público. En este sentido, el proyecto del artículo 5 que el Relator Kamto presentó en su *Tercer Informe sobre la Expulsión de Extranjeros* señala:

“1. Un Estado no podrá expulsar a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tal Estado, a no ser por razones de seguridad nacional, de orden público [o de terrorismo], o si el interesado, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de tal Estado.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán igualmente a cualquier persona que se halle ilegalmente en el territorio del Estado de acogida y haya solicitado el estatuto de refugiado, salvo que

---

<sup>189</sup> *Tercer Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, op.cit.*, nota 161, párr. 63, p. 24.

sea manifiesto que el único objetivo de esta solicitud es evitar cualquier medida de expulsión que pueda adoptarse contra ella [contra esa persona].”<sup>190</sup>

Finalmente, cabe señalar que existe una tendencia a considerar que el Estado que recibe refugiados, no en el sentido estricto definido en la Convención de 1951, sino en uno más amplio que abarca a “personas que se ven obligadas a abandonar su país porque resultan afectadas por conflictos armados o acontecimientos que perturban el orden público en todo el territorio de su país de origen, de nacionalidad o de residencia habitual, o en parte de él”,<sup>191</sup> debe admitirlos en su territorio y respetar escrupulosamente el principio fundamental de no devolución en las fronteras.<sup>192</sup> Esta idea parte de la presunción de que cualquier miembro de un grupo de personas que han huido de su país por los motivos antes indicados debe considerarse *prima facie* como refugiado salvo prueba en contrario. En este orden de ideas, se ha escrito que los Estados tienen “una obligación de carácter consuetudinario” de no devolver a las víctimas de conflictos armados o de situaciones de violencia generalizada.<sup>193</sup>

Al respecto, cabe señalar que este tipo de ‘refugiados’ ya han sido considerados en instrumentos internacionales regionales. En África y Latinoamérica se han adoptado definiciones del término “refugiado” más amplias que la contenida en la Convención de 1951: en la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969 y en la Declaración de Cartagena de Indias de 1984, respectivamente. Las definiciones del término “refugiado” contenidas en estos instrumentos se ajustan a las respectivas realidades de estas regiones, las cuales han sufrido los flujos masivos de personas que huyen hacia los países vecinos por causas bélicas, conflictos civiles internos, inestabilidad política, agitación económica y desastres naturales.

Por un lado, la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969 considera como refugiados no sólo a los individuos que dejaron su país de origen por causa de persecución, sino también a aquellos que se vieron obligados a salir “debido a la agresión externa, la ocupación, la dominación extranjera, o a eventos que alteraban seriamente el orden público, ya sea en parte o en todo su país de origen o nacionalidad”.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, párr. 81, p. 29.

<sup>191</sup> Véase la declaración adoptada en Sevilla en febrero de 1994 en el marco de una jornada de estudios sobre “Refugiados: derecho y solidaridad”, citada por Casanovas i la Rosa, Oriol, *La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés*, *Recueil des Cours*, Vol. 306, 2003, p. 82.

<sup>192</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusiones del Comité Ejecutivo No. 22 (XXXII), 1981, *Protección de personas en busca de asilo en caso de llegada en masa*, párr. II A 1); y No. 19 (XXXI), 1980, *Asilo temporal*, párr. b) 1. Hailbronner, K., *Non-refoulement and ‘humanitarian’ refugees: customary International law or wishful legal thinking?*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 26, 1985-1986, p. 857.

<sup>193</sup> Egli, Anne V., *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2002, p. 165.

<sup>194</sup> Artículo 1, párrafo 2, de la Convención de la OUA por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África fue aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones en Addis Abeba, el 10 de septiembre de 1969. Entró en vigor el 20 de junio de 1974, conforme con lo dispuesto en el artículo 2 de la misma.

Esta definición tiene dos características especiales. La primera, que los motivos para buscar protección y, por ende, la condición de refugiado, no aparecen en otros instrumentos internacionales como la Convención de 1951, el Protocolo de 1967 y el Estatuto del ACNUR, a saber: la agresión externa, la ocupación, la dominación extranjera y eventos que perturben gravemente el orden público en parte o en la totalidad del país de origen o nacionalidad. La segunda, que el nexo entre los hechos perturbadores y la condición de refugiado se manifiesta a través de estar obligado a abandonar el lugar de residencia habitual por los motivos que expone la definición. Y se advierte, por una parte, el contraste con los motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y, por otra, la causa inmediata de la búsqueda de la condición de refugiado consistente en temores fundados de persecución.<sup>195</sup>

De este modo, la definición de refugiado de la Convención de la OUA abarca los casos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 y, además, situaciones que escapan a estos instrumentos. Bajo esta definición pueden existir o no temores fundados de persecución. El elemento siempre presente consiste en una situación agudamente anómala que priva a las personas de las garantías normales y las obliga a abandonar su país.

Por otro lado, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados,<sup>196</sup> adoptada por México, Panamá y América Central una década después de la Convención de la OUA, se basó en la definición del término “refugiado” de la Convención de la OUA. Según la Conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena:

“[...] en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

Como se aprecia, las definiciones del término ‘refugiado’ de la Convención de la OUA y de la Declaración de Cartagena de Indias son muy parecidas en espíritu y objetivo, pero tienen algunas diferencias que responden a realidades regionales diferentes. Sin entrar a un análisis detallado de ambas, se advierte una diferencia en términos del alcance territorial de las razones que motivan la salida del país para buscar protección en el extranjero. De acuerdo con la Convención de la OUA, las razones que dan lugar a la condición de refugiado pueden ocurrir “en una parte o en la totalidad del país de origen”, mientras que la Declaración de Cartagena no incluye esta disposición. Resalta el carácter regional de estas

---

<sup>195</sup> Galindo Velez, Francisco, Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado, en Namihas, Sandra (coord.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ACNUR, 2001, p. 56.

<sup>196</sup> La Declaración de Cartagena sobre Refugiados fue adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

definiciones y la posibilidad de brindar protección a personas que la necesitan, pero que no califican *strictu sensu*, bajo los términos de las otras definiciones. Además, destaca el hecho de que sólo una de ellas es parte de un tratado internacional.

La tendencia de considerar refugiados en sentido amplio también se ve apoyada por el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, titulado “Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio”, el cual dispone:

“1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales”.

De esta forma, se impone a los Estados la obligación de no expulsar a los refugiados que aún no han adquirido el estatuto de refugiado y que, por tanto, podrían encontrarse irregularmente en el territorio de refugio, al menos antes de que su situación haya sido examinada por las autoridades nacionales competentes.

Asimismo, dicha tendencia se ve respaldada por los trabajos recientes de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales.<sup>197</sup> La Comisión declara que en sus esfuerzos por prevenir las migraciones irregulares, los Estados deben respetar sus obligaciones de Derecho Internacional en lo relativo a los derechos humanos de los migrantes, a la institución del asilo y a los principios de protección de los refugiados.<sup>198</sup> A este respecto, la Comisión sigue el principio establecido por el “Programa de Protección” del ACNUR de que la institución del asilo no debe ser socavada por los esfuerzos destinados a prevenir la migración irregular. La Comisión exhorta a todos los Estados a establecer procesos rápidos, justos y eficientes para determinar el estatuto de refugiado e informar con prontitud a los solicitantes de asilo sobre el resultado de su pedido. En concreto, la Comisión recomienda que:

“En situaciones de afluencia masiva, los Estados deben considerar la admisión *prima facie* del estatuto de refugiado para los recién llegados, práctica que desde hace muchos años genera buenos resultados en África y otras regiones en desarrollo”.<sup>199</sup>

La no expulsión de los interesados durante el examen de su situación se asemeja a la “protección temporal”, que se distingue de la “protección subsidiaria”. El informe Lauterpacht y Bethlehem, elaborado en el marco de las consultas mundiales celebradas bajo los auspicios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, considera que la “protección temporal, que es una respuesta específica y provisional de protección

---

<sup>197</sup> Creada en diciembre de 2003 a iniciativa del Secretario General y en respuesta a la petición de la Asamblea General, que, en su resolución 58/208 de 23 de diciembre de 2003, había decidido celebrar un diálogo de alto nivel dedicado a la migración internacional y el desarrollo durante su sexagésimo primer período de sesiones en 2006 (véase A/60/205).

<sup>198</sup> Véase “Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar, informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales”, octubre de 2005, cap. III. El informe está disponible en [www.gcim.org](http://www.gcim.org).

<sup>199</sup> *Idem*.

frente a situaciones de afluencia masiva que ofrece una protección de urgencia inmediata contra la devolución, debe distinguirse necesariamente de las demás formas complementarias de protección que se otorgan tras determinar el estatuto y otorgar un estatuto definitivo”.<sup>200</sup> Tal protección se concede a personas que forman parte de un grupo determinado en virtud de una decisión política. Por el contrario, la “protección subsidiaria”, que se encuentra sobre todo en la legislación de los países de la Unión Europea, es un estatuto reconocido legalmente que se concede en casos individuales.<sup>201</sup>

### 3.3.2.2 Asilados

El artículo 14 de la DUDH dispone: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. A pesar de lo anterior, ni el PIDCP ni la CADH regulan ese hipotético derecho humano al asilo territorial en caso de “persecución”.<sup>202</sup> No obstante, se pueden señalar como instrumentos internacionales que sí lo contemplan: la DADH (art. XXVII); la CADH (art. 22.7); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en 2007 y de entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, (art. 18); y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 12.3). A pesar de las regulaciones anteriores, como señala el profesor Mariño<sup>203</sup>, “la eficacia de esta disposición [art. 22.7 de la CADH] es puramente formal, si se tiene en cuenta la situación de los derechos estatales en la materia, de los que verdaderamente depende la existencia de dicho ‘derecho a recibir asilo’”. En realidad, los Estados son soberanos en la admisión en su territorio a los extranjeros perseguidos por motivos, *lato sensu*, políticos, contrarios a sus derechos humanos y concederles así asilo territorial o “refugio” (permanente o temporal). En términos generales, el derecho humano al asilo territorial es todavía de *lege ferenda*.

Al mismo tiempo, según lo señalado, toda persona posee el derecho humano a no ser expulsado o devuelto a un país de persecución, es decir, la obligación de de *non refoulement* se impone a los Estados frente a toda persona y no sólo frente a un extranjero que solicite asilo o, más específicamente, “refugio” en los términos de la Convención de Ginebra de 1951 y esté esa persona en el territorio del Estado o en la “frontera” del mismo.<sup>204</sup> De este modo, la situación de quien solicita asilo se asemeja a la del refugiado en la medida en que la devolución de uno u otro está sujeta a ciertos límites que no se aplican en caso de expulsión de un extranjero que no solicita el derecho de asilo o el estatuto de refugiado. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 prohíbe a las partes contratantes “poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran” (art. 33.1). De igual manera, el extranjero que solicita el

---

<sup>200</sup> Lauterpacht, Elihu & Bethlehem, Daniel, Formas complementarias de protección, en *Consultas Mundiales sobre la Protección Internacional*, documento EC/GC/01/18 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 4 de septiembre de 2001, párr. 11 g).

<sup>201</sup> Véase Casanovas i la Rosa, Oriol, *op.cit.*, nota 191, p. 127. Véase también Chetail, Vincent, Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants, *Revue belge de droit international*, No. 1, 2004, p. 155-210.

<sup>202</sup> Tampoco fue incluido en la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967.

<sup>203</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1995, *op.cit.*, nota 20, p. 117.

<sup>204</sup> *Ídem*.



derecho de asilo está autorizado a permanecer provisionalmente en el territorio, hasta que se haya resuelto su solicitud.<sup>205</sup>

### **3.3.2.2.3 Desplazados**

El refugiado es diferente de una persona desplazada. Si se encuentra por fuerza de las circunstancias en territorio extranjero, fuera de su Estado de origen o de nacionalidad, la persona se encuentra en una situación comparable a la del refugiado. Pero no podrá ser asimilada a este último aunque tenga, en general, la misma necesidad de protección. El elemento que permite distinguir entre las dos situaciones es la razón del refugio en el extranjero. Las personas que se han desplazado fuera del territorio de su país de origen o de nacionalidad lo han hecho por razones diferentes de las enumeradas en la definición de refugiado del Derecho Internacional. Se trata de personas que se encuentran fuera de su país a causa de catástrofes, ya sea naturales o provocadas por el ser humano. Esta categoría de personas está compuesta básicamente de las víctimas de esas catástrofes que se denominan “refugiados ecológicos” o “ambientales”.<sup>206</sup>

De este modo, tenemos que también extranjeros “no perseguidos” en el sentido señalado, reclaman legítimamente asilo territorial o “refugio” por razones que ampliamente cabe calificar de “humanitarias”: supervivencia frente a unas condiciones económicas insoportables, frente a catástrofes naturales, o frente a conflictos armados que provocan su huida. La obligación de los Estados de acoger a los que solicitan asilo-refugio por razones “humanitarias” (distintas en todo caso de la “persecución” política) podría estar en vías de formación en el Derecho Internacional general, particularmente si tal obligación de acogida se entiende con carácter temporal y vinculante mientras dure el grave peligro para la supervivencia de los solicitantes.<sup>207</sup>

### **3.3.2.2.4 Apátridas**

Aunque el apátrida y el refugiado tengan estatutos jurídicos distintos, a menudo ambas situaciones tienen una misma causa: la huida de esas personas debido a un conflicto armado o a persecuciones por motivos raciales o políticos. En su resolución sobre el “Estatuto jurídico de los apátridas y de los refugiados”, aprobada en su sesión de Bruselas en 1936, el Instituto de Derecho Internacional afirmaba que “el término ‘apátrida’ designa a todo individuo al que ningún Estado considera como nacional suyo”.<sup>208</sup> El párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Nueva York sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, dispone que: “A los efectos de la presente Convención, el término ‘apátrida’ designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.”<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> Segundo Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *op.cit.*, nota 7, párr. 99, p. 31.

<sup>206</sup> *Ibidem*, párr. 72, p. 25.

<sup>207</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 1995, *op.cit.*, nota 20, p. 117.

<sup>208</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 39, tomo II, 1936, sesión de Bruselas, p. 294.

<sup>209</sup> Organización de las Naciones Unidas, Treaty Series, Vol. 360, No. 5158, p. 117.

El principio de no expulsión de los apátridas ya estaba presente en uno de los artículos que figuraban en las *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion de l'étranger*, aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional el 12 de septiembre de 1892, cuyo tenor era el siguiente: “En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio o la residencia en él a sus súbditos, ni a quienes, después de haber perdido la nacionalidad en ese Estado, no han adquirido ninguna otra”.<sup>210</sup>

Esta norma no se formuló expresamente ni se codificó sino hasta la Convención de Nueva York de 1954, la cual reproduce la estructura de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y confirma la aproximación entre la situación de los apátridas y la de los refugiados. Por lo que se refiere más concretamente a la expulsión, las disposiciones que regulan esta cuestión en ambas Convenciones son idénticas. El artículo 31 de la Convención de 1954, que reproduce literalmente los tres párrafos del artículo 32 de la Convención de 1951, establece lo siguiente:

“1. Los Estados Contratantes no expulsarán a apátrida alguno que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del apátrida únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al apátrida presentar pruebas en su descargo, interponer recursos y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al apátrida, un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.”

Al igual que en el caso de los refugiados, estas disposiciones sólo se refieren a los apátridas en situación regular. El problema surge en el caso de las personas que, no convirtiéndose en apátridas cuando ya están en el territorio del Estado de acogida, entran en el territorio de dicho Estado de manera irregular, puesto que por regla general carecen de los documentos oficiales de un Estado necesarios para solicitar la admisión en otro país. En este sentido, los refugiados y los apátridas se encuentran en situaciones muy diferentes. El refugiado tiene una nacionalidad conocida. Se halla, en general, en una situación de peligro provocada por una violencia irresistible que, por regla general, no es obra suya. Por esta razón, su situación de víctima inspira cierta compasión, o simplemente comprensión, lo que puede abrirle las puertas de un Estado de acogida. No ocurre lo mismo con el apátrida. Al carecer de nacionalidad, no puede viajar al extranjero, salvo que el Estado de acogida considere que es titular de los derechos y obligaciones derivados de la posesión de la nacionalidad de dicho Estado y le expida el correspondiente pasaporte.

En caso contrario, el Estado de acogida que sea parte en la Convención de 28 de septiembre de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas sólo está obligado a otorgarle “el mismo trato que otorgue a los extranjeros en general”.<sup>211</sup> Es fácil imaginar que una persona que carezca

---

<sup>210</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 12, 1892-1894, sesión de Ginebra, p. 219.

<sup>211</sup> Véase el artículo 7 de la Convención.

de nacionalidad y que, en principio, sólo goce en el país de acogida de los derechos que se reconocen a los extranjeros posiblemente tendrá grandes dificultades para encontrar un Estado de acogida, tanto más cuanto que, si es expulsada, lo será por haber menoscabado la seguridad nacional del Estado autor de la expulsión o constituir una amenaza para esa seguridad, o por haber menoscabado el orden público o constituir una amenaza grave para éste. A menos que haya estado en contacto con una potencia extranjera que esté dispuesta, en principio, a acogerlo, sería difícil que dicha persona pudiera “gestionar su admisión legal en otro país”.<sup>212</sup>

En opinión del Relator Especial, parece necesario que el Estado autor de la expulsión intervenga en la búsqueda de un Estado de acogida para el apátrida expulsado. Podría contemplarse una intervención de este tipo cuando conste que el apátrida ha realizado gestiones para su admisión legal en otro país y éstas no hayan dado sus frutos. La protección de los derechos del expulsado exige no obstante que éste de su conformidad respecto del país hacia el que será expulsado.<sup>213</sup> En consecuencia, y en miras a un desarrollo progresivo del Derecho Internacional, propuso en su Tercer Informe sobre Expulsión de Extranjeros lo siguiente como proyecto de artículo 6:

“1. Un Estado no podrá expulsar a apátrida alguno que se halle [legalmente] en el territorio de tal Estado, a no ser por razones de seguridad nacional, de orden público [o de terrorismo], o si el interesado, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de tal Estado.

2. El Estado que expulse a un apátrida en las condiciones previstas en el presente proyecto de artículos le concederá un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. [No obstante, si transcurrido ese plazo el apátrida no ha logrado ser admitido en ningún país de acogida, el Estado podrá [, con el consentimiento del apátrida,] expulsarlo a cualquier Estado que acepte acogerlo.]”<sup>214</sup>

### **3.3.2.3 Expulsión de los extranjeros en situación migratoria irregular**

La violación de las leyes de inmigración del Estado de recepción se ha reconocido como un motivo válido para expulsar a un extranjero, tanto en la práctica de los Estados como en la doctrina. El incumplimiento puede derivar tanto de la infracción de las reglas de entrada como de las de permanencia, pasando la situación migratoria del extranjero de legal a ilegal. En este sentido Plender nota que: “muy frecuentemente puede ordenarse la deportación de un extranjero [...] por incumplimiento de la ley de inmigración”.<sup>215</sup>

#### **3.3.2.3.1 Entrada irregular**

Autores como Gaja señalan que la expulsión es una medida que los Estados generalmente usan para combatir la migración ‘ilegal’, aunque también puede afectar a los migrantes

---

<sup>212</sup> Tercer informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *op.cit.*, nota 161, párr. 94, p. 33.

<sup>213</sup> *Ídem.*

<sup>214</sup> *Ibidem*, párr. 96, p. 33-34.

<sup>215</sup> Plender, Richard, *International Migration Law*, 2a ed. rev., Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 467 y 468.

legales.<sup>216</sup> Ciertamente, la entrada irregular se considera como un motivo válido para expulsar a alguien que se encuentra en un Estado o es residente en éste sin haber recibido autorización previa, o que por alguna otra razón no es susceptible de admisión.<sup>217</sup> En este sentido, Goodwin-Gill señala: “en los ordenamientos jurídicos internos se observa una gran uniformidad en cuanto a la determinación de los motivos de expulsión. En general, cualquier extranjero podrá ser deportado si entra al territorio del Estado de recepción infringiendo la legislación de inmigración”.<sup>218</sup> Doehring nota: “la entrada de forma ilegal puede dar lugar a la expulsión del extranjero dado que la entrada no estaba justificada”.<sup>219</sup> Y Sohn apunta: “el extranjero podrá ser expulsado o deportado en cualquier momento si se descubre posteriormente que entró en el país de forma ilegal, a menos que el extranjero pueda acogerse a una ley interna de limitación, amnistía o perdón”.<sup>220</sup>

Entre los motivos específicos de expulsión relacionados con la entrada ilegal se encuentran las situaciones en las que un extranjero: 1) entra o intenta entrar cuando las fronteras se han cerrado temporalmente para los extranjeros o para un grupo específico de extranjeros, o a través de un lugar o en un momento en que no está autorizada la entrada; 2) elude, obstruye o intenta eludir u obstruir los controles de inmigración o a las autoridades encargadas de estos controles incluida una inspección de entrada o el pago de una tasa obligatoria; 3) carece de los documentos necesarios<sup>221</sup> o presenta documentos que están dañados o son inutilizables;<sup>222</sup> 4) presenta documentos falsos o equívocos o cualquier otro tipo de información de esas características; 5) no obtiene, por cualquier razón, tras cruzar la frontera, los documentos de entrada necesarios, no corrige una infracción o no regulariza su condición de extranjero; 6) infringe las condiciones de su presencia transitoria en el territorio del Estado; o 7) es considerado persona indeseable o inadecuada por cualquier otro motivo para entrar en el territorio del Estado por su estilo de vida o sus presuntas

---

<sup>216</sup> Gaja, Giorgio, *op.cit.*, nota 160, p. 289.

<sup>217</sup> La entrada ilegal *de forma no intencionada* de un extranjero, o la admisión accidental de alguien que entra ilegalmente en un Estado, puede o no dar lugar, con arreglo a la legislación nacional, a que el Estado de legitimidad a la entrada. Los polizones, estén definidos o no como una categoría especial de extranjeros en la legislación pertinente, podrán ser objeto de expulsión bien por su condición o bien por los mismos motivos que los demás extranjeros. Para una abundante muestra de legislaciones nacionales donde se contemplan los supuestos señalados, véanse el *Sexto Informe sobre la expulsión de los extranjeros*, *op.cit.*, nota 170, párr. 184, p. 80 y Naciones Unidas, Asamblea General, *Expulsión de extranjeros*, Memorando de la Secretaría, Doc. A/CN.4/565, 10 de julio de 2006.

<sup>218</sup> Goodwin-Gill, Guy S., *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 255.

<sup>219</sup> Doehring, Karl, Aliens, Expulsion and Deportation, en Bernhardt, Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam: Elsevier Science Publishers, Vol. I, 1992, p. 108.

<sup>220</sup> Sohn, Louis B. & Buergenthal, T. (eds.), *The Movement of Persons across Borders. Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 23, Washington, D.C.: American Society of International Law, 1992, p. 90.

<sup>221</sup> El extranjero puede no estar en posesión de parte o la totalidad de la documentación necesaria, incluidos pasaportes o visados, no presentarla o no cumplir los requisitos para disponer de ella, o bien no facilitar parte o la totalidad de la información requerida. La entrada del extranjero también puede ser ilegal por disponer éste de un visado o cualquier otro documento necesario que haya sido cancelado o sea susceptible de serlo antes de su entrada, aún cuando esta se produzca durante una estancia que, por lo demás, sea legal, o en el supuesto de que el visado del extranjero tenga una duración insuficiente para cubrir la totalidad de la estancia prevista de éste. Para una muestra de derecho comparado véase *Sexto Informe sobre la expulsión de los extranjeros*, *op.cit.*, nota 170, párr. 185, p. 80-81.

<sup>222</sup> Dichos documentos pueden ser ilegibles, estar dañados o incompletos por cualquier otro motivo, o tratarse de documentos a los que el Estado no haya añadido las autorizaciones o marcas necesarias.

características personales,<sup>223</sup> o por haber infringido en el pasado las condiciones de entrada o permanencia en dicho Estado.<sup>224</sup>

La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por: 1) la ruta de llegada del extranjero; 2) consideraciones internacionales, como la existencia de un acuerdo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado al que éste entró, cualquier acuerdo o convención internacional pertinente o la solicitud o el requerimiento de un órgano internacional; 3) consideraciones intertemporales, como el momento de entrada del extranjero en relación con la entrada en vigor de la legislación pertinente, o la ley en vigor en el momento de la entrada del extranjero; o 4) el tiempo transcurrido desde la entrada del extranjero en el territorio del Estado.<sup>225</sup>

La legislación nacional pertinente puede permitir de manera expresa la aplicación de sanciones penales además de la expulsión en caso de que existan motivos vinculados a la entrada ilegal. Asimismo, puede especificar que la expulsión tendrá lugar una vez cumplida la condena impuesta. Los Estados podrán aplicar a los familiares a cargo del extranjero los motivos de expulsión que se apliquen a éste en relación con la entrada ilegal.<sup>226</sup>

Ahora, en los casos en que hubo una entrada irregular, pero el extranjero ha permanecido en un Estado por un período largo, algunos tribunales han considerado que la mera presencia irregular no es suficiente para justificar una decisión de expulsión.<sup>227</sup> No obstante, en buena parte de Estados la práctica establecida, puesta de manifiesto en las decisiones de los tribunales nacionales, confirma la validez de la expulsión por motivos de entrada o presencia ilegales.<sup>228</sup>

### **3.3.2.3.2 Permanencia irregular**

Un extranjero que entró de forma regular o legal al territorio de un Estado, de conformidad con su legislación en materia de inmigración y con sujeción a determinadas condiciones relativas a la admisión o la permanencia del extranjero en el Estado, pero que no respeta esas condiciones durante su estancia, también puede ser expulsado por permanecer de forma irregular en el territorio del Estado de recepción.<sup>229</sup> Como señala Sohn: “la facultad

---

<sup>223</sup> Por ejemplo, el extranjero podría practicar la poligamia (Francia, Código Penal, artículo L521-2 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 10) A)), o considerarse por cualquiera otra razón que no cumple los requisitos para establecerse en el país u obtener la ciudadanía.

<sup>224</sup> Por ejemplo, el extranjero podría haber incumplido en una estancia anterior los requisitos establecidos para salir del país por el Estado expulsor o, de manera más general, las leyes u obligaciones establecidas para los extranjeros.

<sup>225</sup> *Sexto Informe sobre la expulsión de los extranjeros*, op.cit., nota 170, párr. 186, p. 82-83.

<sup>226</sup> *Ibidem*, párr. 187, p. 83.

<sup>227</sup> Véase, por ejemplo, *In re Rojas et al.*, *Caso del extranjero apátrida* (Alemania), República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo de Apelaciones, 30 de septiembre de 1958.

<sup>228</sup> Véanse, por ejemplo: Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, 2º circuito, *Estados Unidos ex rel. Tom Man vs. Murff*, *Director de Distrito INS*, 264 F.2d 926, 3 de marzo de 1959; Tribunal Supremo de Sudáfrica, Sala de Apelaciones, *Khan vs. Oficial Principal de Inmigración*, 10 de diciembre de 1951.

<sup>229</sup> Los tribunales nacionales de varios Estados han sostenido que el incumplimiento de las condiciones de admisión es un motivo válido para expulsar a los extranjeros. Véanse, por ejemplo, *INS vs. Stevic*, Corte Suprema de EE.UU., 467 U.S. 407, 104 S.Ct. 2489, 81L.Ed.2d 321, 5 de junio de 1984 (apelación contra un

de expulsar o deportar podrá ejercerse cuando el comportamiento o las actividades del extranjero tras haber sido admitido en un Estado infrinjan determinadas normas básicas. Entre estos comportamientos o actividades cabe mencionar: 1. La residencia o permanencia en el territorio en infracción de las condiciones de entrada [..].<sup>230</sup> Y Goodwin-Gill: “La práctica de los Estados acepta que la expulsión está justificada [... ] b) por incumplimiento de las condiciones de admisión [...]”.<sup>231</sup>

La legislación nacional de varios Estados dispone la expulsión de los extranjeros que hayan infringido las condiciones de admisión, como las relativas a la duración de la estancia, la finalidad de ésta y las actividades permisibles durante la estancia en el territorio de ese Estado (por ejemplo, trabajar sin el permiso correspondiente).<sup>232</sup> El incumplimiento de las condiciones de admisión como motivo de expulsión puede referirse de manera general a la estancia o residencia irregular, la falta de motivos que justifiquen la estancia del extranjero, la condición de indeseable del extranjero, la infracción de cualquier aspecto de la legislación pertinente o el incumplimiento de alguna de las condiciones de estancia o residencia.<sup>233</sup>

Entre los motivos específicos de expulsión cabe citar: el incumplimiento por parte del extranjero de la obligación de salir del país tras el vencimiento del permiso o del período de estancia autorizado, el carácter defectuoso del permiso, la revocación del permiso o su denegación cuando no afecta a la condición de ciudadano protegido, el hecho de que el extranjero no solicite o cumpla los requisitos para obtener el permiso necesario o no disponga de él, la existencia de obstáculos para que el extranjero se establezca en el Estado, el hecho de que el matrimonio del extranjero no sea suficiente para determinar el derecho a

---

procedimiento de deportación iniciado cuando el demandado superó la estancia de seis semanas que se le autorizó cuando fue admitido); *Hitai vs. INS*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, 2º Circuito, 343 F. 2d 466, 29 de marzo de 1965 (el apelante violó las condiciones del permiso de entrada en territorio de los Estados Unidos al aceptar un empleo); *Estados Unidos ex rel. Zapp et al. vs. Director de Distrito de Inmigración y Naturalización*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 6 de junio de 1941 (los apelantes fueron expulsados por violar las condiciones de admisión al dejar de ejercer una profesión para la que fueron admitidos); *Urban vs. Ministerio del Interior*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953 (extranjero expulsado por dedicarse a un trabajo en los tres primeros años de residencia en Sudáfrica que no estaba autorizado en la solicitud de admisión); *Simsek vs. Ministerio de Inmigración y Asuntos Étnicos y otros*, Tribunal Superior de Australia, 10 de marzo de 1982 (el apelante fue expulsado por superar el período del permiso de entrada temporal de tres meses). Además, hay una serie de causas en las que miembros de tripulaciones de buques han violado las condiciones de admisión al Estado territorial permaneciendo en éste tras la partida del buque. Véanse por ejemplo, *Re Immigration Act Re Vergakis*, Tribunal Supremo de British Columbia, 11 de agosto de 1964, Lauterpacht, H. (ed.), *International Law Reports*, Vol. 42, Cambridge: Cambridge University Press, 1950-1957, p. 219 a 226; *Estados Unidos ex rel. Tie Sing Eng vs. Murff, Director de Distrito, INS*, Distrito Sur de Nueva York, 6 de octubre de 1958, 165 F. Supp. 633, confirmada *per curiam*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), denegada *certiorari*, 361 U.S. 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959), Lauterpach H., (ed.), *International Law Reports*, Vol. 26, Cambridge: Cambridge University Press, 1958-II, p. 509-512; *Sovich vs. Esperdy*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, 2º circuito, 15 de mayo de 1963, etc.

<sup>230</sup> Sohn, Louis B. & Buergenthal, T. (eds.), *op. cit.*, nota 220, p. 90-91.

<sup>231</sup> Goodwin-Gill, Guy S., *op. cit.*, nota 218, p. 262.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>233</sup> Para una abundante muestra de legislaciones nacionales donde se contemplan los supuestos señalados, véanse el *Sexto Informe sobre la expulsión de los extranjeros*, *op. cit.*, nota 170, párr. 190, p. 83-85 y “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría” (A/CN.4/565).

permanecer, o la presentación de documentos e información falsos o equívocos con cualquier fin dirigido a la permanencia al margen del matrimonio.<sup>234</sup>

También puede haber motivos relacionados con el incumplimiento de las condiciones de admisión cuando el extranjero no se ajuste a los requisitos o expectativas de integración o asimilación, exista una restricción relativa a la residencia o al lugar de la estancia o una obligación o previsión establecida para todos los extranjeros o para ese extranjero en particular o en su calidad de miembro de un grupo, como la de inscribirse o notificar a las autoridades cuando así se requiera, como en el caso de pérdida de los documentos pertinentes o cuando el extranjero cambie de residencia, domicilio o nacionalidad, la de presentar pruebas de identificación o de la autorización de su presencia en el territorio del Estado cuando se le requiera, la de abstenerse de viajar a zonas prohibidas, la de no recibir ni obtener permiso de residencia fuera del Estado, o la de no salir del Estado durante un período superior al determinado o sin autorización.<sup>235</sup>

La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por lo dispuesto en un arreglo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado en que éste se encuentre, o en cualquier acuerdo o instrumento internacional pertinente. La legislación correspondiente puede permitir expresamente la aplicación de sanciones penales, además de la expulsión cuando existan motivos que lo justifiquen. Asimismo, puede especificarse que la expulsión se producirá tras el cumplimiento de la condena impuesta.<sup>236</sup>

### **3.3.2.3.3 Condición jurídica de los extranjeros irregulares sujetos a un proceso de expulsión**

Como se vio en los dos apartados anteriores, es generalmente admitido que un extranjero que se halla en situación irregular en el Estado de acogida, ya sea por haber entrado o permanecer de forma irregular, puede ser lícitamente objeto de expulsión o, en el primer caso, de un “rechazamiento” en la frontera o bien ser “reconducido” a ella y ser objeto de “devolución” a su país de origen o a un tercer país.<sup>237</sup> La cuestión radica en determinar el trato y los derechos que se deben conferir a las personas que se encuentran en dicha situación de obvia vulnerabilidad, así como si la discrecionalidad de los Estados en esta materia es ilimitada.

El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, si bien reconoció en términos generales el derecho de un Estado a exigir que los extranjeros en situación migratoria irregular salieran de su territorio, también señaló que no deberían ser tratados como delincuentes: “hay un margen significativo para que los Estados apliquen su política de inmigración y exijan la salida de las personas que se hallen presentes en forma

---

<sup>234</sup> *Ídem.*

<sup>235</sup> *Ibidem*, párr. 191, p. 85-86.

<sup>236</sup> *Ibidem*, párr. 192, p. 86.

<sup>237</sup> A este respecto, cabe recordar que son frecuentes los acuerdos de readmisión a través de los cuales los Estados por los que han transitado los migrantes o frustrados solicitantes de asilo antes de ser rechazados en las fronteras se comprometen a readmitirlos o incluso a reportarlos a sus países de origen.

‘ilegal’. Esa discrecionalidad, sin embargo, no es ilimitada y no podrá ejercerse de manera arbitraria”.<sup>238</sup>

La jurisprudencia internacional también ha aceptado lo anterior. Así, por ejemplo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en relación con el caso *Amnesty International c. Zambie*, ha reconocido que la presencia irregular de un extranjero en el territorio de un Estado es un motivo válido de expulsión, pero que: “es inaceptable deportar a las personas sin darles la posibilidad de defenderse ante el tribunal nacional competente, ya que ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al Derecho Internacional”.<sup>239</sup>

Como apunta Dupuy, toda persona sujeta a una expulsión, cualesquiera que sean los motivos, es un ser humano que, como tal, debe seguir disfrutando de todos sus derechos fundamentales. Esa persona goza de los mismos atributos y aspira a las mismas libertades con independencia de su raza, etnia, sexo, creencias o nacionalidad; es lo que se ha denominado “*la identidad universal del ser humano*”.<sup>240</sup>

La expulsión del extranjero que reside legalmente en el territorio del Estado que expulsa ha sido a menudo la única hipótesis prevista por la mayoría de los tratados. De ese modo, diversas convenciones y convenios internacionales que contienen disposiciones sobre la expulsión sólo se aplican a esa hipótesis.

No obstante lo anterior, cabe recordar que el Instituto de Derecho Internacional, desde sus primeros trabajos sobre la expulsión de los extranjeros, previó en el artículo 28.1 de sus *Reglas para la Admisión y Expulsión de Extranjeros* de 1892 la situación de los extranjeros que entraron irregularmente al Estado de acogida: “*Peuvent être expulsés: 1° Les étrangers qui son entrés sur le territoire fraudeusement, en violation des règlements sur l’admission des étrangers; mais, s’il n’y a pas d’autre motif d’expulsion, ils ne peuvent plus être expulsés après avoir séjourné six mois dans le pays*”. Esta disposición ofrece una garantía contra la expulsión a aquellos extranjeros que entraron de forma irregular a un Estado, pero que ya llevaban viviendo 6 meses en éste, siempre que no hubieran cometido un delito. Seguramente el espíritu de esta disposición era proteger a aquellos extranjeros que, a pesar de haber entrado de forma irregular, ya tenían un trabajo honrado y una vida familiar o social.

Asimismo, cabe señalar que si bien el artículo 13 del PIDCP en principio sólo tiene aplicación a los extranjeros que se hallaban de manera legal o regular en el Estado de acogida, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que si la cuestión controvertida es la

---

<sup>238</sup> Informe final del Relator Especial David Weissbrodt, “*Les droits des non-ressortissants*”, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, de la resolución 2000/104 de la Comisión y de la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social, párr. 29.

<sup>239</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación núm. 159/96, *Union Interfricaine des Droits de l’Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme, Rencontre Africaine des Droits de l’Homme, Organisation Nationale des Droits de l’Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l’Homme c. Angola*, undécimo informe anual de actividades, 1997-1998, párr. 20.

<sup>240</sup> Dupuy, Pierre-Marie, *op.cit.*, nota 107, p. 208.



licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo al artículo 13.<sup>241</sup>

La condición de extranjero irregular no coloca a la persona en una situación de inferioridad en relación con la protección que confieren los derechos humanos. La irregularidad de la estancia de una persona en el territorio de un Estado nunca puede ser motivo para menoscabar sus derechos más fundamentales, incluso en el marco de un procedimiento de expulsión. La Corte Europea de Derechos Humanos recordó en su sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*<sup>242</sup> que la competencia soberana de los Estados para controlar las fronteras, el acceso al territorio y la estancia de los extranjeros debe ejercerse respetando los compromisos internacionales contraídos, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 3, 5 y 8) y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 noviembre de 1989 (artículos 3, 10 y 37). En otras palabras, respetando los *derechos fundamentales* de los extranjeros y, en particular, de los niños. Según la Corte, “la preocupación de los Estados por frustrar los intentos de eludir las restricciones a la inmigración no debe privar a los extranjeros de la protección otorgada por las convenciones, como tampoco debe privar a los menores extranjeros, en especial si no están acompañados, de la protección que se deriva de su condición”.<sup>243</sup>

La protección idéntica de todos los seres humanos es la piedra angular de todos los sistemas de protección de los derechos humanos y se desprende tanto de los textos fundamentales de carácter universal como de los instrumentos jurídicos regionales. En este sentido, cabe señalar como derechos mínimos a respetar a los extranjeros irregulares los mismos señalados por el Relator Especial Kamto como derechos que se deben respetar invariablemente a todas las personas sujetas a expulsión: el derecho a la vida; el derecho a la dignidad; el derecho a la integridad de la persona; la no discriminación; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; y el derecho a la vida familiar.<sup>244</sup>

El respeto de la dignidad de los extranjeros irregulares sujetos a expulsión tiene una relevancia primordial. La dignidad aparece a la vez como justificación y como principio primigenio que sirve de base a otros derechos. El principio del respeto de la dignidad humana es la base de todos los demás derechos del ser humano.<sup>245</sup> Se trata de un derecho básico del que son titulares todos los seres humanos. Este derecho reviste especial

---

<sup>241</sup> Observación General No.15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, *op.cit.*, nota 147, párr. 9.

<sup>242</sup> CEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda no. 13178/03, sentencia de 12 de octubre de 2006.

<sup>243</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>244</sup> Véanse los proyectos de artículos 9 a 14, plasmados en su *Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, *op.cit.*, nota 140, párr. 53-156, p. 21-57.

<sup>245</sup> La Carta de las Naciones Unidas fue el primer instrumento en hacer referencia a este concepto al manifestar, ya en el segundo párrafo de su preámbulo, la resolución de los “pueblos de las Naciones Unidas” a “reafirmar [su] 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 (...)”. A semejanza de la Carta, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 enuncia, en el primer párrafo de su preámbulo, 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”.

importancia para las personas en vías de expulsión, debido a los riesgos de abusos que corren los extranjeros, en particular los que se encuentran en situación irregular en el Estado que los expulsa.

La jurisprudencia internacional ha confirmado el carácter positivo del concepto de dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, además, ha proporcionado elementos de su contenido. La decisión de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Furundzija* aporta elementos de interés a este respecto:

“La esencia de las normas del Derecho Internacional Humanitario y de las normas de derechos humanos es la protección de la dignidad de la persona, ya sea de sexo masculino o femenino. El principio general del respeto de la dignidad humana es la base del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos y es, de hecho, su razón de ser: en la actualidad ha alcanzado tal importancia que impregna el Derecho Internacional en su conjunto. La finalidad de este principio es proteger al ser humano de todo menoscabo de su dignidad personal, con independencia de que resulte de violencia física, humillaciones o ataques contra el honor, la autoestima o la salud mental de una persona”.<sup>246</sup>

Es necesario proteger a las personas que un Estado ha decidido expulsar y que se encuentran en situación irregular toda vez que son vulnerables no sólo por su condición de extranjeras, sino por su irregularidad y por la perspectiva de su expulsión. Al respecto, hay que recordar, por un lado, que a todas las personas sujetas a un proceso de expulsión se les deben respetar al menos los derechos contenidos en el estándar mínimo internacional de derechos humanos, independientemente de su situación migratoria. Y, por otro, que la legislación del Estado que expulsa, con independencia de su situación jurídica o de las condiciones en que haya entrado en el territorio del Estado en cuestión, puede contener garantías protectoras para las personas en esta situación.

### **3.4 Condición jurídica internacional de los extranjeros en estatus irregular en el territorio del Estado de recepción**

#### **3.4.1 Migrante irregular: terminología**

Aunque el fenómeno de la migración irregular ha existido por más de un siglo -desde que se emitieron las primeras regulaciones de la migración internacional moderna a finales del siglo XIX<sup>247</sup> - aún no existe un estándar o término uniformemente aceptado para referirse ni a las personas que la realizan ni a este tipo de migración. Según el *Glosario sobre Migración*, no hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es *ilegal* el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío, la *irregularidad* se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos

---

<sup>246</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Le Procureur vs. Furundzija*, causa No. IT-95-17/1, Sala de Primera Instancia, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 183.

<sup>247</sup> Véase el capítulo 7 de este trabajo.

exigidos para salir del país. Hay, sin embargo, una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de “migración ilegal” a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.<sup>248</sup>

La terminología usada para referirse a los migrantes irregulares ha cambiado considerablemente a lo largo del tiempo. Ngai y Caestecker concuerdan en que los términos ‘migración ilegal’ y ‘migrantes ilegales’ se empezaron a usar y tomar importancia desde la década de 1920. Anteriormente se llamó de distintas formas a los extranjeros que migraban de este modo: ‘polizones’, ‘inmigrantes no deseados’, ‘extranjeros problema’, etc.<sup>249</sup> La terminología adoptada actualmente por los investigadores de migración, los gobiernos y los medios de comunicación para referirse a los migrantes irregulares difiere sustancialmente, y frecuentemente se encuentra cargada de consideraciones políticas.<sup>250</sup> Por ejemplo, se les llama “ilegales”,<sup>251</sup> “extranjeros criminales”,<sup>252</sup> “extranjeros ilícitos”,<sup>253</sup> “clandestinos”,<sup>254</sup> “inmigrantes indocumentados”,<sup>255</sup> etc., y rara vez se basa en una justificación sustantiva de

---

<sup>248</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre Migración*, Derecho Internacional sobre Migración, No. 7, Ginebra: OIM, 2006, p. 40.

<sup>249</sup> Véanse Ngai, Mae M., The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965, *Law and History Review*, Vol. 21, No. 1, Spring 2003, p. 69-107 y Caestecker, Frank, *Alien Policy in Belgium, 1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens*, New York, Berghahn, 2000, 330 p.

<sup>250</sup> Guild, Elspeth, Who is an irregular migrant?, en Bogusz, Barbara, *et.al.* (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 3.

<sup>251</sup> Véanse, por ejemplo, Barnes, Edward, Slaves of New York: how crime and mismanaged laws have made the city the biggest magnet for Chinese illegals, *Time* (New York City), 2 de noviembre de 1998, p. 72; Mckinley Jr., James C., A Mexican Manual for Illegal Migrants Upsets Some in U.S., *New York Times*, 6 de enero de 2005, disponible en <http://cryptome.quintessenz.at/mirror/mx/mx-migrants.htm>; Más patrullas contra la inmigración ilegal en Gambia, *El País*, 9 de marzo de 2009, disponible en [http://www.elpais.com/articulo/espana/patrullas/inmigracion/ilegal/Gambia/elpepuesp/20090309elpepunac\\_1/1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/patrullas/inmigracion/ilegal/Gambia/elpepuesp/20090309elpepunac_1/1/Tes).

<sup>252</sup> Por ejemplo, Seper, Jerry, Illegal criminal aliens abound in the US, *The Washington Times*, 26 de enero de 2004, A01.

<sup>253</sup> Este término se usa sobretodo en el ámbito australiano, por ejemplo la *Migration Act* de 1958 señala en su sección 14, titulada “unlawful non-citizens”: “(1) A non-citizen in the migration zone who is not a lawful non-citizen is an unlawful non-citizen”. También véase, por ejemplo, ‘Suicidal boy didn’t need a psychiatrist, Court told’, *The Sidney Morning Herald*, 28 de julio de 2003, disponible en <http://smh.com.au/articles/2003/07/28/1059244548741.html>, en el que se hizo referencia a un niño suicida como un “unlawful non-citizen”.

<sup>254</sup> El *Glosario sobre Migración* define a la ‘migración clandestina’ como aquella “migración secreta, oculta o disimulada en violación de los requisitos de inmigración. Ocurre cuando un extranjero viola las regulaciones de ingreso a un país; o cuando habiendo ingresado al país legalmente prolonga su estadía en violación de las normas de inmigración”. *Glosario sobre Migración, op.cit.*, nota 248, p. 39. Por ejemplo, David Spener usa el término en su libro *Clandestine Crossings: Migrants and Coyotes on the Texas-Mexico Border*, Ithaca: Cornell University Press, 2009, 298 p.

<sup>255</sup> Por ejemplo, véase la nota publicada en el País: “Canarias recibe más de 1.400 inmigrantes indocumentados sólo durante el fin de semana”, *El País*, 3 de septiembre de 2006, disponible en [http://www.elpais.com/articulo/espana/Canarias/recibe/1400/inmigrantes/indocumentados/solo/durante/fin/semana/elpporesp/20060903elpepunac\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Canarias/recibe/1400/inmigrantes/indocumentados/solo/durante/fin/semana/elpporesp/20060903elpepunac_1/Tes).

la selección de un término sobre otro. De hecho, se ha observado que “la colección de términos peyorativos, insultos raciales y epítetos denigrantes parece no tener fin”.<sup>256</sup>

El impacto de los medios de comunicación en promover una terminología determinada no puede ser subestimado. Como ha expuesto Paspalanova, una breve revisión de la prensa estadounidense, que puede ser considerada como uno de los instrumentos más poderosos para promover una terminología popular en el idioma inglés, revela que los diarios consistentemente adoptan y defienden la expresión “migrante ilegal” sobre “migrante irregular” o “migrante indocumentado”.<sup>257</sup> Sin embargo, la elección de los medios de comunicación o de los gobiernos de cierto término para describir a los migrantes sin la posesión de una estancia y/o residencia legales y/o documentos de trabajo no implica que dicho término sea correcto, si bien no se puede negar el poder que tienen para institucionalizar cierta terminología, incluso si ésta es incorrecta.

Habiendo presenciado y previsto los problemas terminológicos arriba señalados, en 1975 la Asamblea General de Naciones Unidas recomendó a todos los cuerpos de Naciones Unidas el uso del término “indocumentado” o “irregular” como estándar.<sup>258</sup> Y en 1994 la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo recomendó el uso del término “indocumentado”.<sup>259</sup> Sin embargo, el problema con este término, como alguna vez ya fue señalado, es que “no cubre a los migrantes que entraron en el Estado receptor legalmente con documentos de turistas pero que más tarde violaron sus condiciones de entrada al tomar un trabajo”.<sup>260</sup> El Glosario sobre Migración de la OIM de 2006, tratando de subsanar esta deficiencia, ha definido al ‘extranjero indocumentado’ como aquél que “entra o permanece en un país sin la documentación requerida. Ello incluye, entre otros, (a) quien sin documentación para entrar al país, ingresa clandestinamente;<sup>261</sup> (b) quien entra utilizando documentación falsa; (c) quien después de haber ingresado con documentación legal permanece en el país después del tiempo autorizado o, si habiendo violado las condiciones de entrada, permanece en él sin autorización”.<sup>262</sup> A pesar de esto, el término “migrante indocumentado” no deja de parecer incompleto al dar la idea solamente de una entrada al Estado de recepción sin la documentación requerida.

---

<sup>256</sup> Vargas, Jorge A., *US Border Patrol Abuses, Undocumented Mexican Workers and International Human Rights*, *San Diego International Law Journal*, Vol. 2, No. 1, 2002, p. 29.

<sup>257</sup> Por ejemplo, desde 1981 (hasta abril de 2007) en los artículos del *New York Times* el término 'migrante indocumentado' ha sido usado 168 veces, 'migrante ilegal' 896 veces y 'extranjero/s ilegal/es' 5,635 veces. Paspalanova, Mila, *Undocumented v. Illegal Migrant: Towards terminological coherence*, *Migraciones Internacionales*, Vol. 4, No. 3, 2008, p. 80.

<sup>258</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, *Measures to ensure the human rights and dignity of all migrants workers*, Resolución AG 3449/XXX, 9 de diciembre de 1975, punto no. 2.

<sup>259</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo en su 92ª sesión, Reporte VI, Punto de la Agenda no. 6, Ginebra, 1-17 de junio de 2004, p. 11.

<sup>260</sup> *Ídem*.

<sup>261</sup> El Glosario sobre Migración define el ‘ingreso ilegal’ como el: “acto de atravesar una frontera sin cumplir con los requisitos necesarios para una entrada legal en otro Estado. (Art. 3 (b) del Protocolo Adicional contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000)”. *Glosario sobre Migración*, *op.cit.*, nota 248, p. 32.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 26.

En sus *Recomendaciones sobre las Estadísticas de la Migración Internacional* de 1998, Naciones Unidas definió a “los extranjeros que violan las reglas de admisión del país receptor y son deportables, así como también a las personas extranjeras que intentan buscar asilo pero que no se les permite llenar una aplicación para ello y que no tienen permitido permanecer en el país receptor sobre algún otro supuesto” como “los ciudadanos que parten sin los documentos de admisión requeridos por el país de destino” y “los extranjeros cuya entrada o estancia no es sancionada”.<sup>263</sup> Dentro de la misma publicación, Naciones Unidas sólo usó los términos “migrantes indocumentados”<sup>264</sup> o “extranjeros en situación irregular”.<sup>265</sup>

El Simposio Internacional sobre Migración celebrado en Bangkok en 1999 recomendó el uso del término “irregular”.<sup>266</sup> Esto con el fin de abarcar el hecho que “las irregularidades en la migración pueden surgir en varios puntos – salida, tránsito, entrada y regreso- y pueden ser cometidos en contra del migrante o por el migrante”.<sup>267</sup> El *Glosario sobre Migración* señala que los ‘migrantes irregulares’ son personas que “habiendo ingresado ilegalmente o tras el vencimiento de su visado, dejan de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular)”.<sup>268</sup> Según la Convención de Trabajadores Migratorios serán trabajadores migratorios en situación irregular aquellos que no 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 (art. 5, inciso b).

Las recomendaciones de Naciones Unidas tienen una influencia limitada fuera de su ámbito y sólo han sido adoptadas por ciertas organizaciones internacionales (por ejemplo la OIM)<sup>269</sup> y organizaciones no gubernamentales (por ejemplo Amnistía Internacional).<sup>270</sup> Fuera del ámbito de Naciones Unidas, los términos más usados, tanto en los medios de comunicación y los gobiernos como en la academia, incluyen, como ya se señaló, “migrantes/inmigrantes ilegales”, “ilegales”, “extranjeros ilegales”, “clandestinos”, “migrantes/inmigrantes irregulares”, “extranjeros irregulares”, “inmigrantes indocumentados”, etc.

El uso arbitrario de estos términos y la falta de acuerdo en lo relativo a la coherencia metodológica están ejemplificados en numerosas publicaciones científicas en el campo de

---

<sup>263</sup> UN, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *Recommendations on Statistics of International Migration*, Revision 1, Statistical Papers Series M, No. 58, Rev. 1, p. 23.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>265</sup> *Ibidem*, por ejemplo p. 24, 32, 62 y 93.

<sup>266</sup> *Ídem*.

<sup>267</sup> *Ídem*.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>269</sup> Por ejemplo, entre otros, *Bordering on Control. Combating Irregular Migration in North America and Europe*, *IOM Migration Research Series*, No. 13, 2003.

<sup>270</sup> Amnistía Internacional, *Vivir en las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2006, p. 22.

la migración irregular. Una revisión de dos de las revistas especializadas más importantes sobre migración internacional, la *International Migration Review* y el *Journal of Ethnic and Migration Studies*, muestra que la mayoría de publicaciones sobre migración irregular denominó al referido grupo de migrantes como “migrantes ilegales” o “extranjeros ilegales” (en más del 45% de los casos). Aproximadamente, 30% de los autores clasificó a los migrantes como “indocumentados” y, finalmente, en promedio, un 14% de los autores usó el término “ilegal” e “indocumentado” como sinónimos. Rara vez un autor justifica el uso de un término sobre otro. Usualmente los términos son usados indistintamente, aunque hay una tendencia a no usar los términos “ilegal” y “extranjero” en el mismo texto con “indocumentados” o “sin papeles”.<sup>271</sup>

A lo largo de este trabajo se utilizará el término “trabajador/es migrante/s irregular/es” para referirse a las personas que han entrado a un Estado distinto del suyo con fines laborales, ya sea: 1) transgrediendo sus fronteras o presentando documentos falsos; 2) permaneciendo en dicho Estado una vez que ha expirado la vigencia de su permiso de trabajo; 3) entrando en dicho Estado con fines de turismo o con arreglo a un plan de reunificación familiar que no les permite trabajar, pero permaneciendo en dicho Estado con el objeto de trabajar; o 4) permaneciendo en dicho Estado para trabajar una vez que ha sido rechazada su solicitud de asilo, en violación de las leyes de extranjería. No se usarán otros términos como “indocumentado/s”, toda vez que se considera que es un término incompleto al no abarcar a los migrantes que entran legalmente en el país de destino con un pasaporte de turista, y que violan luego sus condiciones de entrada al ocupar un puesto de trabajo, o a los que cuentan con documentos falsos.

En especial, no se usará el término “ilegal” toda vez que tiene una connotación normativa y se relaciona con la idea de delincuencia. La mayor crítica que se hace a este término se basa en que sólo un acto puede ser “ilegal” y no una persona. Es el acto cometido el que cae en los supuestos previstos por las legislaciones penales (en caso de que sea calificado como un delito/crimen) o administrativas (si es que es calificado como una falta administrativa) del Estado en cuestión y el que es castigado, no la persona *per se*. Este razonamiento legal es uno de los elementos que distingue a los Estados democráticos y constitucionales, que tienen un Derecho Penal derivado del acto, de los regímenes totalitarios, que tienen un Derecho Penal derivado de la persona, tales como el Nacional Socialismo alemán, o el régimen stalinista ruso, en los cuales los individuos -más que los actos- eran perseguidos.<sup>272</sup>

Otro argumento en contra del uso del término “migrantes ilegales” puede ser formulado a través de un examen de la definición de “ilegal”. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, ilegal es *algo* “que es contra la ley”.<sup>273</sup> Entre los sinónimos de ilegal se encuentran “ilegítimo”, “ilícito”, “criminal”, “indebido”, adjetivos que evidentemente no pueden ser usados para referirse a una *persona*. Por los dos argumentos anteriores se debe

---

<sup>271</sup> Paspalanova, Mila, *op.cit.*, nota 257, p. 81.

<sup>272</sup> Véanse, entre otros, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta, 2001; Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munich: Beck, 1992.

<sup>273</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª edición,  
[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=ilegal](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ilegal)

reconsiderar el uso del término “migrantes ilegales” por el de “migrantes irregulares” para describir a los extranjeros que se encuentran sin un estatus legal en el Estado de recepción.

Los medios de comunicación y las figuras políticas, como poderosos actores que influyen la opinión pública, creando prejuicios, y formando opiniones desinformadas (especialmente en el caso de temas socialmente sensibles), tienen una mayor tendencia a usar términos cargados de connotaciones negativas al referirse a los migrantes irregulares o a temas relacionados con la migración irregular. Es bien conocido el hecho de que el tema de la migración irregular es una de las principales ‘armas’ usadas en las campañas políticas de los partidos de extrema derecha alrededor del mundo.<sup>274</sup> Asimismo, lo es el hecho de los migrantes irregulares son usados como trabajadores “desechables”: son usados como ‘chivos expiatorios’ en tiempos de recesión económica, y al mismo tiempo, en períodos de crecimiento industrial y en la agricultura, como mano de obra barata, son tolerados, no perseguidos y hasta activamente reclutados.<sup>275</sup>

En este contexto, el etiquetar a un migrante irregular en una forma peyorativa, que implica criminalidad, tiene consecuencias negativas para el migrante, especialmente cuando la sociedad experimenta o tiene sentimientos antimigrantes. Esto fue señalado por Claude-Valentine Marie, quien condenó el uso de la palabra “clandestino” para referirse a los extranjeros viviendo sin un estatus legal en cierto país no sólo por “buenas razones semánticas”, sino porque las palabras usadas para referirse a una población determinada o en cierta situación influyen la forma en es considerada y, más importante, la política que usada para manejarla. El autor recalca que: “[...] el término ‘clandestino’ tiene el mayor efecto en reforzar la percepción pública que los migrantes generan crimen y son una potencial ‘amenaza’, justificando entonces su situación y el que sean manejados solamente por la policía, y la política en la que la seguridad nacional prevalece sobre todo lo demás”.<sup>276</sup>

El siguiente ejemplo ilustra como términos despectivos referidos a los migrantes irregulares son promovidos en el ámbito europeo por los más altos cargos, en el caso de ejemplo por Antonio Vitorino, antiguo Comisario de Justicia y Asuntos del Interior de la Comisión Europea, ya sea como una negligencia lingüística o como parte de una estrategia intencional para equiparar de forma inapropiada a los migrantes irregulares con los criminales:

---

<sup>274</sup> Por poner sólo un ejemplo está el caso de Silvio Berlusconi. Después de ganar la elección general como Primer Ministro de Italia en 2008, etiquetó a los migrantes irregulares como “armas del demonio” en su primer día como Primer Ministro (de su tercer período). Cabe recordar que su campaña para ganar esta elección no dejó pasar por alto el tema de la migración irregular en Italia y el “combate” que haría contra ésta si es que ganaba las elecciones. Véase, Silvio Berlusconi says illegal migrants are 'army of evil', *Telegraph*, 16 de abril de 2008, disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/1895799/Silvio-Berlusconi-says-illegal-migrants-are-army-of-evil.html>.

<sup>275</sup> Véase, por ejemplo, Stoddard, Ellwyn, Conceptual analysis of the 'alien invasion'. Institutionalized support of illegal Mexican aliens in the US, *International Migration Review*, Vol. 10, No. 2, 1976. También véase el capítulo 7 de este trabajo.

<sup>276</sup> Marie, Claude Valentine, *Preventing illegal immigration. Juggling Economic Imperatives, Political Risks and Individual Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 2003, p. 9.

“La lucha en contra del *tráfico de seres humanos* y la *migración ilegal* sólo puede ser efectiva si fijamos objetivos y aplicamos instrumentos legales y administrativos a nivel comunitario. Los *criminales que cometen estos actos odiosos* están organizados en redes transnacionales y no debemos permitirles explotar las diferencias entre –o de hecho insuficiencias en- la legislación nacional con el fin de escapar de la justicia”.<sup>277</sup>

El resultado de esta preferencia lingüística, “migrante/s ilegal/es” es que en todos los casos en que las personas que tanto deliberadamente como involuntariamente permanecen en situación irregular en el país de destino (por ejemplo que permanezcan a pesar de que el Estado de recepción les haya negado asilo cuando las condiciones de su país de origen son inseguras) es considerado como un acto criminal. Esto tiene como consecuencia la tendencia a criminalizar el acto de residir en un Estado sin la documentación necesaria. Aún más, esto se hace sin evaluar las circunstancias del migrante irregular que ha violado las leyes migratorias del Estado receptor, por ejemplo, cuando ha sido víctima de un sistema de recepción ineficiente que, de hecho, lo ha transformado en un migrante indocumentado durante el procesamiento de su solicitud de asilo o en un migrante irregular una vez que su solicitud fue rechazada. El último caso se refiere al hecho de que el trabajo indocumentado es una respuesta natural a la duración del tiempo requerido para evaluar una solicitud de asilo.<sup>278</sup>

Por las razones señaladas, a lo largo de este trabajo se prefiere el término ‘migrante/s irregular/es’ debido a que abarca todas las situaciones posibles, es un término más neutral y no conlleva connotaciones ni estigmatizaciones marcadamente negativas como las otras dos acepciones. Además, es el término que se usa en la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios y el mayormente utilizado por las organizaciones internacionales que trabajan en temas migratorios.

### **3.4.2 Migrantes irregulares: extranjeros vulnerables y marginalizados**

Los migrantes irregulares pertenecen a los llamados ‘grupos vulnerables’, los cuales son sectores de la sociedad con mayores posibilidades, en relación con otros grupos dentro del Estado, de ser sometidos a prácticas discriminatorias, violencia, desastres naturales o ambientales o penuria económica.<sup>279</sup> Se considera que son extranjeros especialmente vulnerables en virtud de que arriesgan -y muchos pierden- sus vidas al intentar cruzar las fronteras de forma irregular<sup>280</sup> (cuando su irregularidad es originaria y no sobrevenida); porque su condición migratoria los hace un blanco fácil de explotación laboral; porque no tienen acceso a los servicios de salud y educación; y porque sus hijos son privados de los mismos servicios y muchas veces son convertidos en apátridas. Otros motivos que los

---

<sup>277</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a Community Return Policy on Illegal Residents*, Com. (2002) 564 final, Bruselas, 14 de octubre de 2002.

<sup>278</sup> Paspalanova, Mila, *op.cit.*, nota 257, p. 85-86.

<sup>279</sup> *Glosario sobre Migración*, *op.cit.*, nota 248, p. 30.

<sup>280</sup> Por ejemplo, se estima que al menos 14,797 migrantes fallecieron en los últimos 10 años al intentar llegar a Europa. Datos de *Fortress Europe*; informes anuales disponibles en línea en <http://fortresseurope.blogspot.com>. Las mujeres y los niños son particularmente vulnerables en los viajes a Europa por tierra y por mar, y constituyen un número desproporcionado de los muertos debidos al cruce irregular de fronteras. Véase *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa 2009*, Bruselas: PICUM, 2009, p. 14.



hacen un grupo vulnerable son la falta de una vivienda adecuada, forzándolos a la indigencia forzosa; así como la criminalización de su condición migratoria, lo cual hace que vivan en la ‘invisibilidad’ y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el constante miedo de ser deportados.<sup>281</sup>

Como se señaló en el apartado anterior, gran parte del debate público sobre migración irregular se expresa en términos tendenciosos y despectivos que transmiten la impresión no sólo de que estas personas no tienen derecho de estar en el Estado de empleo o recepción, sino de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden explícitamente a excluir a los migrantes irregulares del acceso a los derechos civiles y laborales, así como a las prestaciones o beneficios sociales, adoptando una retórica que equipara a los migrantes y a los solicitantes de asilo con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.<sup>282</sup> Por ejemplo, después del 11 de septiembre de 2001, John Ashcroft, el entonces Procurador General de los Estados Unidos, declaró: “que los *terroristas* entre nosotros estén advertidos [...] si se quedan más allá del tiempo permitido en sus visas incluso por un día, los arrestaremos”.<sup>283</sup> En consecuencia, no es sorprendente que los migrantes irregulares frecuentemente se resistan a hacer valer sus derechos por miedo a exponerse ante las autoridades.

Los migrantes irregulares –en especial las personas objeto de tráfico ilícito, sometidas a trabajo cautivo o en régimen de servidumbre, o trabajadores domésticos<sup>284</sup>– raras veces figuran en las estadísticas oficiales. Resulta difícil identificarlos o localizarlos, pues con

---

<sup>281</sup> En general véase, *PICUM's Main Concerns About the Fundamental Rights of Undocumented Migrants in Europe in 2006*, Bruselas: PICUM, 2007.

<sup>282</sup> Koser, Khalid, *Irregular migration, state security and human security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

<sup>283</sup> Eggen, Dan, “Tough Anti-Terror Campaign Pledged; Ashcroft tells Mayor he will use new laws to fullest extent”, *The Washington Post*, 26 de octubre de 2001, p. A01.

<sup>284</sup> Entre los problemas a que se enfrentan los trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico pueden mencionarse: *a) Irregularidades en la contratación*: honorarios exorbitantes e inadecuados; incitación al endeudamiento; contratación y contratos de trabajo fraudulentos o inexistentes. *b) Vulnerabilidad y abusos con participación de los empleadores*: contratos de trabajo fraudulentos o inexistentes (incluyendo la sustitución de los contratos a su llegada, los contratos en los idiomas que el trabajador no entiende; tergiversación de las condiciones materiales del contrato, firma forzada, etc.); dependencia del empleador (por ejemplo, pasaporte y documentos de empleo y de identidad en poder del empleador; condición legal del empleado vinculada a determinado empleador; abuso de la ley y los procedimientos de inmigración por parte del empleador); restricciones a la circulación impuestas por el empleador, que a menudo son equiparables a prisión virtual; retención o desvío de la remuneración; horarios de trabajo prolongados, con pausas, tiempos de descanso o días libres escasos o inexistentes; maltrato físico y emocional, incluidas amenazas abusivas de encarcelamiento y/o deportación. *c) Deficiencias en la protección concedida por las leyes y procedimientos nacionales*: la legislación laboral a menudo no se aplica al trabajo doméstico; no se han acordado salarios mínimos para el trabajo doméstico; no se pagan las horas extraordinarias; no existe cobertura de los regímenes de seguridad social; no se tiene acceso a mecanismos de denuncia y proceso con las debidas garantías; existen prejuicios culturales y de procedimiento contra los trabajadores migratorios y/o empleados domésticos. Al respecto, véanse Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, *Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, del 30 de noviembre de 2010, 13º período de sesiones, CMW/C/12/CRP.2/ Rev.2, párr. 7-27; *Día de debate general sobre los trabajadores migratorios en el servicio doméstico. 14 de octubre de 2009. Nota de antecedentes*, 17 de julio de 2009, CMW/C/11/CRP.1; OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe IV (2).

frecuencia se les despoja de sus documentos de identidad y tienen miedo de ponerse en contacto con las autoridades. En ocasiones, los propios migrantes buscan la invisibilidad para escapar de la atención oficial o de amenazas contra ellos o sus familiares. Estas personas ‘invisibles’ son las más vulnerables a la explotación o a los abusos. Al carecer de condición jurídica o de documentación, les resulta extremadamente difícil reclamar sus derechos. Empleadores sin escrúpulos son conscientes de esto y a menudo se aprovechan de la situación.<sup>285</sup> Aún más, las personas migrantes a menudo se encuentran aisladas de su familia o de su entorno social en el país de destino, del cual además muchas veces desconocen el idioma, con todas las dificultades inherentes a ello. El aislamiento social puede dejarlas particularmente expuestas a la explotación y los abusos. Cuando se hallan en una situación irregular, los migrantes temen que buscar servicios o redes sociales o comunitarias que podrían ayudarlos a superar su aislamiento atraerá sobre ellos la atención de las autoridades y los pondrá en peligro de ser detenidos o expulsados.<sup>286</sup>

Los problemas a los que se enfrentan los migrantes irregulares se deben principalmente a su falta de condición jurídica regular y a que en su mayoría están empleados en el sector informal o la economía sumergida. Sin condición ni protección jurídicas, corren el riesgo de sufrir explotación o abusos por parte de empleadores sin escrúpulos. Quienes cometen tales abusos saben que es improbable que se les obligue a rendir cuentas porque las personas migrantes en situación irregular suelen ser reacias a presentarse ante las autoridades para que se hagan cumplir sus derechos laborales u otros derechos humanos.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> Por ejemplo, véase Honsberg, Bernd, *Undocumented Migrants in the Construction Sector in Europe*, en LeVoy, Michele, Verbruggen, Nele, Wets, Johan (eds.), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, Bruselas: PICUM, 2003, p. 47 y ss.

<sup>286</sup> “El resguardo de un talón de pago, un recibo telefónico, el recibo de una transferencia de dinero: todo lo que necesitaban era un papel que demostrase la existencia de sus seres queridos. Sin embargo, para las familias de los migrantes mexicanos muertos en los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos que solicitaban una indemnización o simplemente un certificado de defunción, ha sido imposible satisfacer incluso esos requisitos mínimos, sobre todo si las víctimas se encontraban en Estados Unidos en situación irregular. Sin número de afiliación a la seguridad social o expediente fiscal –y, en algunos casos, sin acta de nacimiento– los familiares en duelo no han podido confirmar que sus seres queridos estaban en el lugar de los atentados de 2001, ni presentar los documentos necesarios para recibir la parte correspondiente de un fondo que ha concedido una media de algo más de dos millones de dólares estadounidenses por víctima. «Cuando una persona está en situación irregular en un país, es como si viviera en las sombras», afirmó Norberto Terrazas, cónsul de protección (asesor para la protección jurídica de ciudadanos mexicanos) del consulado de México en Nueva York. ‘Nadie la ve. Nadie se fija. Ven el trabajo de esa persona, se dan cuenta de que contribuye a la economía y consume bienes, pero, en realidad, esa persona no existe’. Se cree que en los atentados del 11 de septiembre perecieron 16 ciudadanos y ciudadanas mexicanos –en todos los casos, migrantes irregulares–. Sin embargo, sólo los familiares de cinco de ellos pudieron demostrar las muertes de sus seres queridos en los ataques y, por tanto, tener acceso a una indemnización. “*No Answers for Kin of Mexican 9/11 Victims*”, Associated Press, 10 de septiembre de 2004.

<sup>287</sup> Margulies, Peter, Stranger and Afraid, *Undocumented Workers and Federal Employment Law*, *DePaul Law Review*, Vol. 38, 1989, p. 567 y ss; Foo, Lora Jo, The Vulnerable and Exploitable Immigrant Workforce and the Need for Strengthening Worker Protective Legislation, *Yale Law Journal*, Vol. 103, 1993 – 1994, p. 2179 – 2212; Dunne, Elizabeth, The Embarrassing Secret of Immigration Policy: Understanding Why Congress Should Enact an Enforcement Statute for Undocumented Workers, *Emory Law Journal*, Vol. 49, 2000, p. 623-674; Lyon, Beth, When More Security Equals Less Workplace Safety: Reconsidering U.S. Laws that Disadvantage Unauthorized Workers, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, Vol. 6, 2004, p. 595 y ss.

Por lo general, temen atraer la atención oficial sobre ellos mismos, pues podrían arriesgarse a ser detenidos o expulsados. Como ha señalado la OIT:

“Habida cuenta de su situación legal precaria en el país de acogida, los trabajadores migrantes irregulares se prestan fácilmente a la extorsión y están indefensos frente a los abusos y la explotación por obra de empleadores, agentes de migración, burócratas corrompidos y delincuentes organizados”.<sup>288</sup>

Al vivir al margen de la sociedad, los migrantes irregulares llevan una vida extremadamente precaria en los Estados de empleo. En muchas partes del mundo se encuentran en el eslabón más bajo de la fuerza laboral: no sólo son de los trabajadores con los salarios más bajos, sino los que realizan las labores más duras.<sup>289</sup> El Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes ha reportado que estas personas sufren de condiciones laborales abusivas, tales como largas jornadas de trabajo sin descanso, negativa de pagarles los salarios debidos, malos tratos y confinamiento, que equivale, en algunos casos, a trabajos forzados.<sup>290</sup>

Otro grave problema que enfrentan los migrantes irregulares es la falta de servicios de salud. Un elemento importante del derecho a la salud es que tanto la asistencia sanitaria como las otras condiciones esenciales para la salud sean asequibles para todos sin discriminación. No obstante, para los migrantes irregulares no siempre se cumple. En algunos países,<sup>291</sup> toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) sólo es de pago, y los tratamientos suelen ser inasequibles para los migrante indocumentados.<sup>292</sup> Esta situación no sólo afecta a los migrantes irregulares, sino a la sociedad receptora en su conjunto. Asimismo, los migrantes irregulares están excluidos por la ley de muchos servicios estatales, incluida la vivienda social. Generalmente las viviendas privadas se alquilan a migrantes irregulares por precios abusivos y en muy mal estado. Aún más, existen casos de pisos compartidos con varias otras personas que, teniendo distintos horarios de trabajo, utilizan la misma cama para ocho o nueve horas de sueño (entre cinco y diez camas por habitación).<sup>293</sup>

### **3.4.2.1 Niños migrantes irregulares**

---

<sup>288</sup> OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004, Informe VI, párr. 195. En línea: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf>.

<sup>289</sup> Bosniak, Linda, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers under the International Migrant Workers Convention, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, p. 737; Reynieri, E., Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union, *International Migration Paper*, No. 41, OIT, 2001.

<sup>290</sup> *Reporte del Relator Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes*, Jorge, Bustamante, de 30 de diciembre de 2005, E/CN.4/2006/73, p. 47. También véase Taran, Patrick A., Globalization, migration and exploitation: irregular migrants and fundamental rights at work, en LeVoy, Michele, Verbruggen, Nele, Wets, Johan (eds.), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, Bruselas: PICUM, 2003, p. 10 y ss.

<sup>291</sup> Véase el informe de PICUM sobre *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas: PICUM, 2007. Disponible en línea en: <http://picum.org/data/Access%20to%20Health%20Care%20for%20Undocumented%20Migrants.pdf>.

<sup>292</sup> *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa 2009, op.cit.*, nota 280, p. 21.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 24.

Los niños migrantes irregulares constituyen un grupo variado y multifacético. Este grupo puede incluir a menores que llegan al país de destino para reunirse con sus familias pero que no se inscriben en los esquemas oficiales de reunificación familiar; los que entran irregularmente con uno o varios parientes o no acompañados; los que han escapado de sus familias y se encuentran solos; así como a los niños nacidos en el Estado receptor cuyos padres son irregulares. Cualquiera que sea su situación, se encuentran afectados por las políticas de control de la migración irregular, como las de detención y repatriación de migrantes irregulares. Esto ha sido resaltado, entre otros, por las ONG,<sup>294</sup> la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>295</sup> y organismos internacionales como la UNICEF, la cual ha señalado:

“al carecer de los documentos apropiados, [los menores] pueden experimentar dificultades en el acceso a los servicios básicos y problemas con la ley. Es posible que sean separados de su(s) progenitor(es) en caso de detención o reclusión; en algunas circunstancias se ha repatriado a menores sin adultos”.<sup>296</sup>

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha enfatizado que el trato de los niños migrantes como adultos puede conducir a prácticas nocivas para los menores. Una de ellas es la consideración de la migración irregular como delito,<sup>297</sup> lo cual ha demostrado ser causa de malos tratos y otras violaciones de los derechos humanos y es motivo de especial preocupación en el caso de los niños, especialmente los no acompañados e irregulares que se encuentran en países de tránsito y destino en los que la migración irregular se castiga con penas de prisión y en los que las políticas migratorias aún no tienen incorporado un enfoque compatible con los derechos del niño. Otra de las prácticas en detrimento de los niños es que en los procedimientos de internamiento y deportación no se cumplan las medidas de protección que deben aplicarse a los menores en esas circunstancias.<sup>298</sup> El Derecho Internacional dispone que en general deberá evitarse la detención de niños, incluidos los niños en el contexto de la migración.<sup>299</sup> El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha afirmado que el internamiento de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior.<sup>300</sup> Y el Comité de los Derechos

---

<sup>294</sup> Por ejemplo, véase Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados, *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas: PICUM, 2008, p. 5-6.

<sup>295</sup> Véase el caso de Tabitha Mitunga, en el cual la CEDH condenó al gobierno belga por tratamientos inhumanos en contra de un niño: *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, *op.cit.*, nota 242.

<sup>296</sup> UNICEF, *A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective*, Informe presentado en la Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004, p. 55.

<sup>297</sup> Al respecto, véase *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12, párr. 13-59.

<sup>298</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7, párr. 24-25.

<sup>299</sup> Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Véase también Comité de los Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Observación general No. 10, de 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10.

<sup>300</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, A/HRC/11/7, *op.cit.*, nota 298, párr. 62.

del Niño ha señalado que los niños no podrán ser privados de su libertad solamente por su condición migratoria ni por haber entrado irregularmente en el país.<sup>301</sup>

El verdadero estatus de los jóvenes migrantes irregulares en su condición de niños se encuentra amenazado una y otra vez por las autoridades nacionales de control de la inmigración, quienes tratan de sacar partido de la aparente madurez de muchos adolescentes. La ausencia de documentación en forma de certificados de nacimiento o de documentos de identidad auténticos brinda a los funcionarios la ocasión de declarar una edad más alta de los jóvenes, reduciendo cualquier tipo de protección a la que podrían tener derecho como personas menores de dieciocho años.<sup>302</sup> Como ha resaltado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

“El hecho de que no se adopte una perspectiva que tenga en cuenta las necesidades de los niños y los adolescentes en las políticas de detención relacionadas con la migración significa a menudo que los niños son tratados, y detenidos, como adultos, lo que incluye situaciones de detención punitiva con el propósito de disuadirlos de futuras entradas irregulares. En algunas situaciones, los niños son detenidos como inmigrantes como recurso para sustituir mecanismos de atención”.<sup>303</sup>

Los niños migrantes se enfrentan al riesgo creciente de pobreza y de exclusión social,<sup>304</sup> pero estos riesgos están exacerbados para quienes se encuentran en situación irregular. Al respecto, Thomas Hammarberg, Comisario del Consejo de Europa, refiriéndose a la condición de los niños migrantes irregulares, ha manifestado que:

“Hoy en día, los niños migrantes son uno de los grupos más vulnerables en Europa. Algunos de ellos se han escapado de la persecución o de la guerra, otros huyeron de la pobreza y de la indigencia extrema. Existen también los que son víctimas de tráfico. Los que se encuentran especialmente en peligro son los que están separados de sus familias y no tienen, o a veces sólo temporalmente, un permiso de residencia. Muchos de estos niños sufren la explotación y abusos. Su situación es uno de los retos principales de los principios humanitarios que defendemos”.<sup>305</sup>

---

<sup>301</sup> Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen*, Observación General No. 6, de 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6, párr. 61.

<sup>302</sup> *Ibidem*, párr. 23; *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración, op.cit.*, nota 294, p. 5.

<sup>303</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29, párr. 50.

<sup>304</sup> El Comité de Protección Social de la Comisión Europea publicó un informe sobre “Pobreza y bienestar de los niños en la UE” en enero de 2008. En este informe, hablando de la situación de los niños migrantes y su riesgo de pobreza en la UE, el Comité dice que: “Los niños que viven en un ámbito familiar migrante se enfrentan a riesgos de pobreza más altos de aquellos cuyos padres nacieron en el país de acogida. En la mayoría de los países, el riesgo de pobreza al que se enfrentan llega al 30%, y es entre dos y cinco veces más alto del que tienen los niños cuyos padres han nacido en el país de residencia”. Véase, Directorio General para el Empleo, los Asuntos Sociales y las Oportunidades Equitativas de la Comisión Europea, *Child Poverty and Well-Being in the EU*, Luxemburgo: Oficina para las publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, enero de 2008. Disponible en:

[http://ec.europa.eu/employment\\_social/publications/2008/ke3008251\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2008/ke3008251_en.pdf).

<sup>305</sup> Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, *Children in Migration Should Get Better Protection*, 6 de agosto de 2007. Disponible en:

[http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/070806\\_en.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/070806_en.asp).

Los niños migrantes irregulares ocupan una posición particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de tener acceso a derechos y a protección. Las políticas de control de la migración irregular empeoran su situación de enorme vulnerabilidad, viéndose gravemente afectado su desarrollo en los países de tránsito y destino por las restricciones impuestas a sus derechos o a los de sus padres.<sup>306</sup> De hecho, se encuentran en una situación de triple vulnerabilidad: primero como niños, luego como migrantes y, por último, como irregulares. Corren el riesgo de convertirse en apátridas y sistemáticamente se les niegan sus derechos a la educación, la asistencia sanitaria y la vivienda.<sup>307</sup> Las barreras que enfrentan pueden ser de tipo práctico como la falta de identificación ante la imposibilidad de registrar sus nacimientos,<sup>308</sup> institucional como las legislaciones discriminatorias, o bien de tipo social como el miedo a ser identificados. Como resultado, el acceso a estos derechos básicos puede ser difícil para los niños y jóvenes migrantes irregulares. El peligro de ser identificados por las autoridades y, como consecuencia, ser detenidos y expulsados, hace que en muchos de estos casos de discriminación prefieren callarse y no contar lo ocurrido y exponerse a un riesgo tan grande.<sup>309</sup>

Finalmente, los niños migrantes irregulares son extremadamente vulnerables a la explotación y la trata. Cada vez buscan con mayor frecuencia la posibilidad de migrar de forma autónoma y sin compañía. Problemas como convertirse en presa de la delincuencia organizada transnacional y ser objeto de prácticas de explotación como el contrabando, la trata de personas y las formas contemporáneas de la esclavitud, que en algunos casos se describen como formas abusivas de migración,<sup>310</sup> pueden formar parte también de la experiencia migratoria de muchos niños.<sup>311</sup> Se ha documentado que los niños no acompañados, especialmente las categorías más vulnerables como las víctimas de la venta

---

<sup>306</sup> *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración, op.cit., nota 303, párr. 26, 33.*

<sup>307</sup> Sobre el problema del acceso a estos derechos de los menores irregulares en Europa, véase el informe de PICUM “*Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*”, *op.cit.*, nota 294.

<sup>308</sup> Es posible que la ley no otorgue a los migrantes irregulares que no poseen documentos de identidad válidos el derecho de registrar a sus hijos en el país de acogida, o que los padres no inscriban a sus hijos en la práctica por temor a ser detectados por las autoridades y deportados como consecuencia. Entre los obstáculos administrativos y prácticos que se presentan para el registro de los nacimientos figuran también la falta de conocimiento del idioma utilizado en los impresos y procedimientos de inscripción y las elevadas tasas de registro. Esta situación puede tener consecuencias graves para el niño y, si no se resuelve, dejarle vulnerable durante muchos años a las violaciones de los derechos humanos. Se estima que anualmente dejan de registrarse unos 50 millones de nacimientos, de los cuales una proporción considerable la integran los niños nacidos en el contexto de la migración. Unión Interparlamentaria, *Protección de la niñez y la adolescencia*, Manual para parlamentarios no. 7, Suiza: SRO-Kundig, 2008, p. 47.

<sup>309</sup> Al respecto, véase *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, A/HRC/11/7, *op.cit.*, nota 298, párr. 22.

<sup>310</sup> Véase, por ejemplo, la introducción del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a los *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, de 20 de mayo de 2002, E/2002/68/Add.1.

<sup>311</sup> *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen*, Observación General No. 6, *op.cit.*, nota 301, párr. 52; *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, A/HRC/11/7, *op.cit.*, nota 298, párr. 19.

de niños o de la trata de personas, reciben a menudo el mismo trato que los migrantes irregulares adultos.<sup>312</sup>

### **3.4.2.2 Mujeres migrantes irregulares**

Las mujeres migrantes irregulares constituyen un grupo de migrantes irregulares especialmente vulnerable. Tienen necesidades particulares y se enfrentan a obstáculos específicos relacionados con su condición de mujeres y de irregulares, condición que exacerba su exclusión y el riesgo de explotación. Su situación es diferente a la de los hombres en lo que respecta a los cauces legales de migración, los sectores laborales en los que se desenvuelven, los abusos de que son víctimas y las consecuencias que sufren por su irregularidad.

La discriminación contra las mujeres en algunos programas de migración regular empuja a buena parte a la migración irregular, ya que las vías legales no les son accesibles por distintos motivos: la prohibición total o la restricción del derecho de la mujer a emigrar en razón del sexo, o del sexo en combinación con la edad, el estado civil, el embarazo o la maternidad, así como restricciones o requisitos específicos en materia de empleo que obligan a la mujer a recabar la autorización por escrito de familiares varones para obtener un pasaporte que les permita viajar o emigrar.<sup>313</sup>

Las desventajas de las trabajadoras inmigrantes a menudo son diferentes a las de los hombres debido a su condición, la naturaleza del sector laboral, los tipos de requisitos de formación y los roles estereotipados. La falta de políticas orientadas hacia las necesidades específicas y los limitados canales legales de las trabajadoras migrantes, además de otras causas de exclusión de la legislación, hacen que las mujeres sean especialmente vulnerables a la discriminación y explotación. En el peor de los casos, corren el riesgo de convertirse en víctimas de la trata de personas.

Las oportunidades de empleo de las trabajadoras irregulares se limitan en buena medida a las actividades que tradicionalmente les han sido asignadas a las mujeres: el cuidado del hogar, el servicio doméstico o el sector no estructurado.<sup>314</sup> Es decir, sectores poco protegidos por las leyes laborales en los que se facilita la violación de sus derechos.<sup>315</sup> El

---

<sup>312</sup> Al respecto, véase *Derechos del Niño. Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, Sra. Ofelia Calcetas Santos*, 29 de enero de 1999, E/CN.4/1999/71.

<sup>313</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Trabajadoras migratorias*, Recomendación general No. 26, de 5 de diciembre de 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R, párr. 10; *Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, CMW/C/12/CRP.2/ Rev.2, *op.cit.*, nota 284, párr. 61.

<sup>314</sup> *Ibidem* CEDAW/C/2009/WP.1/R, párr. 5; *Ibidem* CMW/C/12/CRP.2/ Rev.2, párr. 19.

<sup>315</sup> Por ejemplo véase esta historia: “N. R., ciudadana india de 28 años, contó a Amnistía Internacional que había estado empleada como trabajadora doméstica en Kuwait tres años, durante los cuales su empleador kuwaití no le había permitido salir de la casa. N. R. afirmó que se le había pedido que trabajara para un pariente de su patrón durante tres días. El familiar la violó y la dejó embarazada. Tras dar a luz, fue llevada a la sección de expulsiones de la prisión de mujeres, donde permaneció detenida con su hija recién nacida. Su empleador entregó el pasaporte y el pasaje de avión de N.R. a la policía, pero las autoridades policiales adujeron que N. R. no podría abandonar el país con su hija sin el consentimiento del padre de la niña. N. R.

Comité para la Protección de los Trabajadores Migrantes ha reconocido que las mujeres y las niñas constituyen la mayoría de los trabajadores empleados en el servicio doméstico,<sup>316</sup> el cual atrae a las migrantes irregulares debido a que carecen de oportunidades para entrar al mercado laboral de manera regular y a que hay una creciente demanda de servicios y cuidados domésticos. Las mujeres que trabajan en el servicio doméstico sufren riesgos adicionales relacionados con su género, incluida la violencia de género. Estos riesgos se ven agravados si son irregulares. Desde que se encuentran en países de tránsito, niñas y mujeres se encuentran en un riesgo particular de ser objeto de abuso físico y sexual por agentes e intermediarios.<sup>317</sup> Una vez en el país de destino, sufren diversos abusos y discriminación en el desempeño de su trabajo y tienen un acceso limitado o nulo a los derechos laborales básicos. Además, como resultado del constante miedo a la deportación, se ocultan de los inspectores de policía y laborales y a menudo quedan excluidas de la protección jurídica y aisladas de las redes de ayuda.<sup>318</sup>

Las mujeres y las niñas son particularmente vulnerables a la explotación laboral y sexual y al abuso a manos de empleadores y funcionarios del Estado. Existe un claro nexo entre el estatus migratorio de una mujer y su vulnerabilidad a este tipo de atropellos. Las migrantes irregulares sufren abusos como la retención de su pasaporte, la realización de trabajos forzados o no remunerados, la terminación de su empleo sin la debida antelación o causa justificada, así como amenazas de violencia física y sexual y violencia.<sup>319</sup> A veces también son acosadas por la policía. Si son detenidas, suelen ser procesadas por violación de las leyes migratorias y recluidas en centros de detención, donde están expuestas a abusos sexuales, y luego deportadas.<sup>320</sup> Aún más, numerosas mujeres que no pueden sufragar los costos del viaje caen, a menudo sin ser conscientes, en redes de trata. La promesa de un nivel de vida más elevado para sus familias con frecuencia desemboca en explotación y abusos, como el trabajo cautivo o en régimen de servidumbre, o en condiciones de esclavitud o análogas a la esclavitud.<sup>321</sup>

El estatus irregular de las mujeres también tiene consecuencias negativas sobre su salud. La falta de un estatus regular aumenta los riesgos de violencia y agresión sexual, embarazos no deseados y enfermedades sexualmente transmisibles, y reduce el acceso a la atención

---

refirió a Amnistía Internacional que no había podido decir a la policía dónde vivía el hombre porque nunca la habían dejado salir de la casa de su empleador, por lo que desconocía la ubicación de la casa en la que la habían violado. Cuando Amnistía Internacional la entrevistó en julio de 2004, ella y su hija llevaban recluidas en el centro de expulsiones desde diciembre de 2003 y su condición jurídica seguía sin aclararse". Amnistía Internacional, *Gulf Cooperation Council (GCC) countries: Women deserve dignity and respect*, MDE 04/004/2005, 10 de mayo 2005, p. 52.

<sup>316</sup> *Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, *op.cit.*, nota 284, párr. 1.

<sup>317</sup> *Ibidem*, párr. 7, 10.

<sup>318</sup> Gallotti, Maria, The Gender Dimension of Domestic Work in Western Europe, *International Migration Papers*, No. 96, OIT, 2009, p. 31-32.

<sup>319</sup> Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, *Guide on Gender-Sensitive Labour Migration Policies*, Viena: OSCE, 2009, p. 41.

<sup>320</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Trabajadoras migratorias*, *op.cit.*, nota 313, párr. 22.

<sup>321</sup> Al respecto, véase Amnistía Internacional, *Vivir entre las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2006, p. 24.



prenatal y a otros tipos de atención que no son de urgencia. Las migrantes irregulares tienen más probabilidades que otras mujeres de tener embarazos no deseados ya que no tienen acceso a servicios sociales, sanitarios y educativos en materia de planificación familiar y suelen ser objeto de violencia de carácter sexual. Asimismo, tienen tasas más altas de infección de enfermedades de transmisión sexual y de SIDA.<sup>322</sup> Una vez embarazadas, las migrantes irregulares están expuestas a más violencia durante su estado y tienen poco o nulo acceso a cuidados materno – infantiles, lo cual provoca que sus hijos sean más susceptibles a partos prematuros y a tener problemas de crecimiento y desarrollo.<sup>323</sup> La falta de medios económicos y el temor a la deportación o la expulsión impiden que muchas migrantes embarazadas en situación irregular recurran a los servicios de salud.<sup>324</sup> Lo máximo a lo que pueden aspirar en los países de destino es a asistencia médica de emergencia, categoría en la que no entra la salud materno – infantil, salvo cuando es ya demasiado tarde.

### **3.4.3 Argumentos a favor de la necesidad de proteger a los migrantes irregulares**

El tratamiento de los extranjeros que permanecen en un Estado de forma irregular es una cuestión que genera acalorados debates. Por un lado, destaca la postura de los gobiernos de los Estados de empleo/recepción. Claramente, se considera que el otorgamiento de derechos sustanciales a los migrantes irregulares es algo en extremo problemático.<sup>325</sup> En general, se ve como un asunto de hacer cumplir la ley a personas que se rehúsan a respetarla al permanecer o trabajar sin autorización en un Estado extranjero. El objetivo debe ser que se obedezcan las leyes migratorias del Estado receptor y no otorgar derechos a estas personas porque se les alienta a llegar y quedarse. Por ello, los esfuerzos se deben dirigir a reforzar los controles fronterizos<sup>326</sup> y a endurecer las sanciones, lo cual, a su vez, tendrá un doble efecto: disuadir este tipo de migración y, además, proteger a los

---

<sup>322</sup> Véanse los siguientes estudios: Wolff, Hans, *et.al.*, Undocumented migrants lack access to pregnancy care and prevention, *BMC Public Health*, 19 de marzo de 2008; Wolff, Hans, *et.al.*, Chlamydia trachomatis prevalence in undocumented migrants undergoing voluntary termination of pregnancy: a prospective cohort study, *BMC Public Health*, 24 de noviembre de 2008; Pezzoli, Maria Chiara, *et al.*, HIV Infection Among 'Illegal' Migrants, Italy, 2004 –2007, *Emerging Infectious Diseases*, Vol. 15, 2009.

<sup>323</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *La Vulnerabilidad de las Migrantes se ve Exacerbada porque no Tienen Acceso a Cuidados de Salud Materno – Infantil*, 6 de marzo de 2009, disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/media/news-releases/newsArticleEU/cache/offonce?entryId=23934>.

<sup>324</sup> *Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, *op.cit.*, nota 284, párr. 43.

<sup>325</sup> Desde la perspectiva de Schuck y Rogers, los migrantes irregulares que entran en el territorio de un Estado sin consentimiento son ajenos al contrato social que une a la comunidad nacional. Schuck, Peter & Smith, Rogers, *Citizenship without consent: Illegal aliens in the American polity*, New Haven, London: Yale University Press, 1985, p. 130-140.

<sup>326</sup> El reforzar los controles migratorios en las fronteras para evitar la entrada ilegal de migrantes también es una postura defendida por los defensores de otorgar derechos sustanciales a los migrantes irregulares. Por ejemplo, Suecia apoyó este argumento durante los trabajos preparatorios de la Convención de la ONU sobre Trabajadores Migratorios. Bosniak, Linda S., Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers, en Bogusz, Barbara *et.al.*, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 325.

trabajadores migrantes de las formas de explotación características del estatus irregular.<sup>327</sup> De este modo, el otorgamiento de derechos a los migrantes irregulares se ve como una recompensa indebida a sus violaciones de las fronteras territoriales y leyes migratorias. Medidas gravosas de control migratorio, por el otro lado, se cree que disuaden más migración irregular, eliminando, por tanto, la potencial explotación de los migrantes irregulares.

Por otro lado, está la postura centrada en función de los intereses y necesidades de los migrantes irregulares. La premisa es que el sistema económico-político explota y marginaliza a estas personas, cuyo único defecto es carecer de documentación. Así, el objetivo debe ser encontrar formas de reducir su vulnerabilidad y desafiar su exclusión oficial de la comunidad con acceso al menos a ciertos derechos básicos en el Estado receptor.<sup>328</sup> Al respecto es preciso recordar que es innegable que estas personas, en virtud de su entrada, empleo o presencia irregulares, se convierten en blanco natural de explotación humana y laboral y de violación de sus derechos humanos. De este modo, carecen, en su mayoría, de derechos civiles, laborales y beneficios sociales y en muchos casos no exigen el cumplimiento de los derechos más básicos a los que internacionalmente tienen derecho como todo ser humano, por miedo a exponerse a las autoridades migratorias y a la consecuente deportación o expulsión. Y es de especial preocupación su situación en materia laboral: son trabajadores especialmente vulnerables que desempeñan las labores más duras y riesgosas y perciben los salarios más bajos.<sup>329</sup>

Los abogados en materia de derechos humanos predeciblemente invocan los valores universales que sustentan el régimen de derechos humanos.<sup>330</sup> Algunos resaltan la extrema vulnerabilidad social de este grupo humano que desempeña las labores más sucias, degradantes y peligrosas que los trabajadores nacionales y los migrantes regulares evitan.<sup>331</sup> Los sectores que usualmente emplean a trabajadores migrantes, por lo general, son aquellos en los que existe poca o nula regulación en cuanto a la seguridad laboral, la salud y las condiciones de trabajo que deberían ser aseguradas para tener un “trabajo decente”.<sup>332</sup> Aquellos que articulan reclamos a favor del otorgamiento de derechos de los migrantes

---

<sup>327</sup> Esta postura fue sostenida por diversos países durante los trabajos preparatorios de la Convención de Trabajadores Migratorios. Al respecto, véase Böhring, Roger, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, Special Issue: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (Winter, 1991), p. 701.

<sup>328</sup> Carens, Joseph H., *The Rights of Irregular Migrants*, *Ethics & International Affairs*, Vol. 22, No. 2 (2008), p. 163.

<sup>329</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos los migrantes irregulares desempeñan las ocupaciones más riesgosas y de bajo salario tales como la agricultura, la construcción, los servicios, la industria manufacturera y la hostelería, entre otros. Lindsay Lowell, B. & Suro, Roberto, *How many undocumented: The numbers behind the U.S.-Mexico Migration Talks*, *The Pew Hispanic Center*, 2002, p. 7 y ss. Disponible en: <http://pewhispanic.org/reports/report.php?ReportID=6>.

<sup>330</sup> Véase, por ejemplo, Rodríguez Pizarro, Gabriela, *Relatora Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes, Specific groups and individuals: migrante workers*, UN Doc. E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004, p. 17.

<sup>331</sup> Pécod, Antoine, Guchteneire, Paul de, *Migration, Human Rights and the United Nations: An investigation into the low ratification record of the UN Migrant Workers Convention*, *Global Migration Perspective Series*, No. 3, UNESCO, octubre de 2004, p. 3.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 3-4.

sobre la base de valores universales tienden a recordar la preocupación particular que la Comunidad Internacional ha mostrado por grupos que experimentan una vulnerabilidad social extrema, incluidos los trabajadores migrantes irregulares. En este sentido, el preámbulo de la Convención de Trabajadores Migratorios señala:

“Considerando 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 [...] *Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales.* Considerando que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal. Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados [...]”

Otros argumentos a favor de la promoción de los derechos de los trabajadores irregulares se basan en análisis estructurales de los flujos migratorios irregulares. De acuerdo con este argumento, varios de los países de recepción o empleo aceptan de buena gana la mano de obra de los extranjeros, pero restringen el número de visas o permisos de trabajo para trabajadores migrantes no calificados (trabajadores de “cuello azul”), haciendo que sea inevitable la presencia de trabajadores irregulares.<sup>333</sup> De acuerdo con otro argumento, aún cuando los Estados combaten implacablemente la migración irregular, tácitamente la permiten o incluso la promueven porque estos trabajadores carecen de derechos y son fáciles de explotar.<sup>334</sup> Tal ‘promoción’ puede resultar de dinámicas geopolíticas y económicas transnacionales basadas en antiguos patrones coloniales.<sup>335</sup> Alternativamente, esa ‘promoción’ también puede tomar la forma de fronteras permeables. Aunque los Estados tienen una amplia autoridad bajo el Derecho Internacional para controlar la entrada de sus extranjeros en sus territorios, en la práctica frecuentemente fallan en ejercer este control, resultando que miles de migrantes cruzan las fronteras de forma irregular.<sup>336</sup> Tales fallos para prevenir la presencia de millones de migrantes irregulares alrededor del mundo pueden ser entendidos como una invitación tácita a entrar. Analíticamente, estas contribuciones rechazan la representación de los trabajadores migrantes como transgresores

---

<sup>333</sup> Lyon, Beth, *New International Human Rights Standards on Unauthorised Immigrant Workers Rights: Seizing an Opportunity to Pull Governments Out of the Shadows*, en Bayefsky, Anne, (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers: Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2006, p. 551-552.

<sup>334</sup> Castles, Stephen, Davidson, Alastair, *Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging*, Basingstoke: Macmillan, 2000, p. 73.

<sup>335</sup> Sassen, Saskia, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, New York; Chichester: Columbia University Press, 1996, p. 76-78.

<sup>336</sup> Bosniak, Linda, 1991, *op.cit.*, nota 289, p. 737.

de las leyes migratorias del Estado de recepción<sup>337</sup> y enfatizan la complicidad de éstos y de los empleadores locales en la entrada y continua presencia de migrantes irregulares.

Otros argumentan que los trabajadores migrantes irregulares son, en ciertos aspectos, miembros *de facto* de la comunidad nacional por virtud de sus contribuciones sociales y culturales.<sup>338</sup> Generalmente, la base de estos argumentos es que los Estados y los empleadores no deberían poder beneficiarse de la mano de obra de los migrantes irregulares sin otorgarles algún grado de participación en la comunidad social y política, incluidos el acceso a derechos humanos fundamentales y protección. En concordancia, “la comunidad debe [...] extender a los indocumentados reconocimiento legal y ciertos derechos básicos”.<sup>339</sup>

Por otro lado, otros argumentos buscan demostrar que el garantizar derechos a los migrantes es en interés no sólo de los migrantes, sino también del Estado y de los ciudadanos también.<sup>340</sup> El garantizar estándares mínimos de condiciones laborales, por ejemplo, salarios mínimos, se considera que quitará a los empleadores incentivos para buscar la mano de obra migrante irregular.<sup>341</sup> En palabras de Wishnie, el negar recursos legales a estas personas por los abusos sufridos simplemente sirve para:

“Envalentonar a transgresores de la ley que se aprovechan de los migrantes, frustrar el cumplimiento del Derecho Civil y Penal en general, socavar la seguridad y salud públicas, consolidar a los migrantes indocumentados en una jerarquía de castas, y fomentar una economía sumergida que deprime los términos y condiciones de trabajo de todos los trabajadores”.<sup>342</sup>

Por último, ante lo señalado por algunos teóricos legales y filósofos políticos de que las comunidades nacionales están constituidas sobre la base de una cultura y unos valores compartidos, y que proteger este carácter único requiere que las comunidades tengan una absoluta discreción sobre la admisión de extranjeros y los términos en que serán admitidos,<sup>343</sup> otros autores objetan la noción de los derechos por membresía, incluidos la

---

<sup>337</sup> Paoletti, Sarah, Human Rights for All Workers: The Emergence of Protection for Unauthorised Workers in the Inter-American Human Rights System, *Human Rights Brief*, Vol. 12, No. 1, 2004, p. 5.

<sup>338</sup> CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, de 17 de septiembre de 2003, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, p. 6.

<sup>339</sup> Bosniak, Linda, 1991, *op.cit.*, nota 289, p. 750; Carens, Joseph, Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States, en Brubaker, William R., (ed.), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, New York: University Press of America, 1989, p. 31-33, 43-44.

<sup>340</sup> Véase, por ejemplo, Fiss, Owen, The immigrant as a pariah, *Boston Review*, Vol. 23, October/November, disponible en <http://bostonreview.net/BR23.5/Fiss.html>.

<sup>341</sup> Secretary of the State for the Home Department, *Human Trafficking*, Command Paper 6996, Government Reply to the Twenty-Sixth Report From the Joint Committee on Human Rights, session 2005-06, HL Paper 245, HC 1127, 19 de diciembre de 2006, p. 13, disponible en <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm69/6996/6996.pdf>.

<sup>342</sup> Wishnie, Michael J., Immigrants and the right to petition, *New York University Law Review*, Vol. 78, 2003, p. 670.

<sup>343</sup> Walzer, Michael, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books, 1983, p. 32. Peter Schuck argumenta que: “toda vez que el ideal de nación primero disparó la imaginación humana, el poder de un país de decidir unilateralmente quién puede entrar en su dominio, bajo qué condiciones, y qué condiciones legales, ha sido considerado como una precondition esencial de su independencia y seguridad”. Schuck, Peter, *Citizens, Strangers, and In-Betweens: Essays on Immigration and Citizenship*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1998, p. 19.

protección de las leyes y el acceso a foros para hacer valer esos derechos sin el consentimiento previo del gobierno (ya sea manifestado a través del otorgamiento de una visa, un permiso permanente para residir, o la ciudadanía completa).<sup>344</sup>

#### **3.4.4 El papel del Derecho Internacional los Derechos Humanos en la protección de los migrantes irregulares**

Los migrantes irregulares son un grupo humano que carece de los derechos más básicos en los Estados de empleo. Sin embargo, el Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prometen ser una fuente de estándares progresivos que protejan a estas personas. Los principios generales de derechos humanos ocupan un lugar importante en las estrategias legales para restringir el abuso gubernamental y la promulgación de leyes de Derecho interno injustas. Entre otras formas en que la soberanía está siendo constantemente erosionada, muchos señalan que los Estados están crecientemente llamados a rendir cuentas por sus acciones políticamente y ocasionalmente también legalmente. Por ejemplo, Harold Koh ha distinguido una tendencia hacia a un sistema legal de justicia transnacional en el que el nacional y el internacional crecientemente se fusionan.<sup>345</sup> Aquellos que comparten este punto de vista apuntan a la proliferación de los tratados de derechos humanos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y la evolución de los mecanismos internacionales para hacerlos cumplir como desarrollos vitales en esta tendencia.

La confianza en los estándares internacionales de derechos humanos puede parecer natural en el contexto de un fenómeno transnacional inherente como es el de la migración. Yasemin Soysal ha expresado una firme creencia en el creciente impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre las políticas migratorias. Soysal señala que ha habido una reconfiguración de la ciudadanía desde una noción más particularista basada en un sentimiento de nación a una más universalista basada en la persona.<sup>346</sup> Como resultado, de acuerdo con Soysal, crecientemente se está dotando a los migrantes de derechos que antes solían ser sólo de los nacionales, presagiando, por tanto, un nuevo modelo post nacional de membresía corto de ciudadanía, que “deriva del discurso transnacional y las estructuras celebrando los derechos humanos como un principio organizador a nivel mundial”.<sup>347</sup> David Jacobson también liga el fracaso del control de la migración con el ascenso del régimen de derechos humanos. Desde su perspectiva, “la base de la legitimidad del Estado está cambiando de los principios de soberanía y autodeterminación a los derechos humanos”.<sup>348</sup>

Otros autores son más conservadores en cuanto al potencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Saskia Sassen señala que mientras que presiones económicas

---

<sup>344</sup> Schuck, Peter & Smith, Rogers, *op.cit.*, nota 325, p. 131-140.

<sup>345</sup> Koh, Harold Hongju, *The United States Constitution and International Law: International Law as Part of Our Law*, *American Journal of International Law*, Vol. 98, 2004, p. 56.

<sup>346</sup> Soysal, Yasemin Nuhoglu, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago: University of Chicago, 1994, p. 1.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>348</sup> Jacobson, David, *Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996, p. 2.

externas y los derechos humanos pueden restringir algunos elementos de políticas ejecutivas de control restrictivas, tales restricciones no limitan la discreción de los Estados al tratar con los migrantes irregulares.<sup>349</sup> Otros, como Christian Joppke, consideran que la confianza excesiva en los estándares internacionales resta importancia a la complejidad y diversidad de las normas legales de Derecho interno que confieren derechos a los migrantes.<sup>350</sup> Catherine Dauvergne añade que el cumplimiento de los derechos humanos aún depende de una jurisdicción en la cual pueda presentarse una reclamación,<sup>351</sup> desplazando la autoridad al campo interno. En relación con el litigio interno, se han argumentado las dificultades que enfrenta el Derecho Internacional para hacer cumplir los derechos, lo que significa que “los argumentos de los derechos humanos frecuentemente son vistos como el último recurso de los abogados, sacados sólo cuando no hay otra autoridad que citar”.<sup>352</sup>

Considero que el Derecho Internacional tiene un papel crucial en la defensa de los derechos de los migrantes irregulares y que no debe ser descartado a la ligera. En primer término, porque los migrantes –regulares e irregulares– son sistemáticamente relegados de los canales políticos internos tradicionales para exigir sus derechos. Como grupo de individuos, los trabajadores migrantes invariablemente no tienen acceso a los procesos electorales. Si bien no se les evita participar en aspectos públicos de la vida democrática (por ejemplo protestas, manifestaciones),<sup>353</sup> el grado de presión política que pueden ejercer es, sin embargo, grandemente disminuido por la premisa de la soberanía popular que insiste en que los representantes democráticos deben rendir cuentas a un electorado comprendido solamente por ciudadanos, quedando excluidos claramente los migrantes por su condición de extranjeros. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por el contrario, no depende del mismo grado de movilización política de aquellos que buscan su protección.

Segundo, es ampliamente reconocido que los estándares internacionales de derechos humanos pueden tener una influencia persuasiva en las leyes y políticas de Derecho Interno.<sup>354</sup> En particular, la política migratoria puede ser especialmente favorable a esta influencia porque necesariamente implica las relaciones del Estado con otros Estados. Estructurar una denuncia contra un Estado en términos de una violación de los derechos humanos, y más en el caso de un grupo humano vulnerable como son los migrantes irregulares, puede capturar inmediatamente la atención de los abogados extranjeros, la

---

<sup>349</sup> Sassen, Saskia, *op.cit.*, nota 335, p. 56.

<sup>350</sup> Joppke, Christian, The legal-domestic sources of immigrant Rights: the United States, Germany, and the European Union, *Comparative Political Studies*, Vol. 34, 2004, p. 342.

<sup>351</sup> Dauvergne, Catherine, Sovereignty, Migration and Rule of Law in Global Times, *Modern Law Review*, Vol. 67, 2004, p. 611.

<sup>352</sup> Cole, David, The Idea of Humanity: Human Rights and Immigrants Rights, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 37, 2005-2006, p. 628.

<sup>353</sup> Por ejemplo, recuérdense, entre otras, las protestas por una reforma migratoria en Estados Unidos en 2010. Véase, “Una jornada de protestas en todo Estados Unidos por una reforma migratoria”, *CNN*, 1 de mayo de 2010, disponible en <http://mexico.cnn.com/mundo/2010/05/01/jornada-de-protestas-en-busca-de-una-reforma-inmigratoria-en-eu>.

<sup>354</sup> Lyon, Beth, The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorised Migrant Workers’ Rights for the Hemisphere: A Comment on Advisory Opinion 18, *New York University Review of Law and Social Change*, Vol. 28, 2004, p. 553.

sociedad civil extranjera y, posiblemente, también los gobiernos extranjeros.<sup>355</sup> Los gobiernos extranjeros pueden tener interés en promover los derechos de sus ciudadanos en el exterior en una forma que no sea realizada con referencia a violaciones del derecho interno solamente. Es, por tanto, comprensible que algunos que han visto cometerse abusos en contra de los migrantes irregulares hayan urgido a los abogados a “entender y hacer uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el fin de evitar más privaciones a los derechos de los trabajadores migrantes”.<sup>356</sup>

Mi postura no es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueda *garantizar* una transformación de las leyes y políticas de los Estados relativas a los migrantes irregulares, cambiando, de esta forma, sus condiciones de vida y trabajo en los Estados de empleo.<sup>357</sup> Mi postura es que formulaciones progresivas e incluyentes de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sí pueden ser una fuente útil para los abogados que buscan asegurar un cambio social y una reforma legal en los Estados de empleo para estas personas. Es ampliamente sabido que la doctrina de los derechos humanos tiene un gran “poder discursivo”<sup>358</sup> e “impacto simbólico”.<sup>359</sup> Sin embargo, esa doctrina no podrá ser una herramienta para mejorar la vida de los migrantes irregulares a menos que sea formulada de tal manera que se pruebe a sí misma igual en sus aspiraciones originales y su marco universalista.

### **3.4.5 ¿Qué derechos se deben otorgar a los migrantes irregulares?**

La percepción que los Estados han tenido de los extranjeros ha cambiado a lo largo de la historia moderna dependiendo las circunstancias en que se han visto inmersos por su condición económica y social. Han pasado de ser los extranjeros calificados, civilizados, de procedencia occidental, en escaso número de finales del siglo XIX, a los extranjeros irregulares del sur, que pretenden asegurar su subsistencia acudiendo en masa a los Estados del norte en busca de mejores oportunidades de vida y del estado de bienestar occidental de finales del siglo XX y principios del XXI. Ese perfil histórico del extranjero ha connotado

---

<sup>355</sup> Recuérdense, por ejemplo, las movilizaciones ante organismos internacionales de abogados de derechos humanos, Estados y la sociedad civil que propició el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S., 2002, en el que un trabajador mexicano irregular fue despedido injustificadamente por dicha empresa estadounidense, junto con otros tres trabajadores, por realizar actividades sindicales. Véase un análisis del caso y sus consecuencias internacionales en Ortega Velázquez, Elisa, Los trabajadores migrantes irregulares y sus derechos humanos laborales en Estados Unidos: el caso de los trabajadores mexicanos, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 1, No. 2, 2008, p. 257-263.

<sup>356</sup> De la Vega, Connie, Lozano-Batista, *Advocates should use applicable International standards to address violations of undocumented workers' Rights in the United States*, en en Bayefsky, Anne, (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers: Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2006, p. 517, 549.

<sup>357</sup> En este sentido, concuerdo con Delgado, Richard, Stefancic, Jean, *Cosmopolitanism inside out: international norms and the struggle for civil Rights and local justice*, *Connecticut Law Review*, Vol. 27, 1995, p. 787. Señalan que “no hay área del Derecho [...] donde uno pueda ser incluido, donde uno pueda encontrar aliados incondicionales [...]”.

<sup>358</sup> Aleinikoff, T. Alexander, *Between National and Post-National: Membership in the United States*, *Michigan Journal of Race and Law*, Vol. 4, 1999, p. 254.

<sup>359</sup> Johnson, Kevin R., *The moral high ground? The relevance of International Law to remedying racial discrimination in US immigration laws*, en Hernández Truyol, Berta E., *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York: New York University Press, 2002, p. 285, 296.

las soluciones jurídicas desarrolladas por el Derecho Internacional. De un Derecho Internacional sólo de los Estados civilizados, discriminatorio y protector de los intereses de las potencias coloniales e imperialistas y de las personas y propiedades de sus nacionales en tierra extraña, que afirma la superioridad de un estándar internacional mínimo de derechos de los extranjeros frente al principio de equiparación a los nacionales, defendido por los países latinoamericanos, se pasó a un Derecho Internacional universal en el que el progreso de las normas de derechos humanos no ha recorrido el camino suficiente para asegurar a todo extranjero, independientemente de su condición migratoria, derechos humanos necesarios para preservar su dignidad humana (por ejemplo los derechos humanos laborales), incluidos o no en el estándar mínimo internacional.

Como se sabe, los Estados, respecto a los extranjeros que están dentro su territorio, y aunque no hayan autorizado su entrada, estancia, residencia o empleo, tienen la obligación de respetarles el estándar mínimo internacional de derechos humanos aceptado por la Comunidad Internacional. Esto tiene como consecuencia que, incluso para el caso de su expulsión, tengan la obligación de respetarles ciertas garantías de las que son titulares todos los seres humanos por el mero hecho de serlo, sin importar cualquier otro tipo de consideraciones, tales como su calidad de extranjeros o su condición administrativa de irregulares en ese Estado.<sup>360</sup> Como Carens señala, “a diferencia de los Estados medievales, los Estados democráticos no convierten a los criminales en proscritos –gente enteramente fuera del ámbito de protección de la ley. De hecho, los Estados democráticos normalmente no consideran a los migrantes irregulares como criminales”.<sup>361</sup> Además, se debe observar que no en todos los Estados las infracciones en materia migratoria están equiparadas con los delitos, si bien la tendencia va hacia ese sentido.<sup>362</sup> Por tal motivo, se puede afirmar que, jurídicamente hablando y en términos generales, los migrantes irregulares no son criminales, más allá de cualquier argumento ético que pudiera refutar su ‘criminalidad’.

De hecho, en los Estados democráticos y liberales aún los criminales tienen acceso a un grupo de derechos básicos y fundamentales que son inviolables e inherentes a la dignidad de la persona. Estos derechos forman parte del llamado estándar mínimo internacional de derechos humanos y que está conformado, como se señaló previamente, por ‘el derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad, a la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y

---

<sup>360</sup> Al respecto, véanse los artículos 22, 23 y 79 de la Convención de Trabajadores Migratorios; y el artículo 13 del PIDCP, que si bien sólo es aplicable para aquellos extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, el Comité de Derechos Humanos en su *Observación General no.15, relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (aprobada en el 27º período de sesiones, 1986), señaló que si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo al artículo 13.

<sup>361</sup> Carens, Joseph H., 2008, *op.cit.*, nota 328, p. 165.

<sup>362</sup> Véanse los casos de la reciente ley italiana de seguridad pública de 2009 (Legge 15 luglio 2009, n. 94 Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, publicada en la Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n.170 del 24 de julio de 2009, Suplemento ordinario n.128) y la reglamentación de la migración irregular en el Reino Unido (Asylum and Immigration Act, 1996). Para mayor detalle véase el capítulo 7 de este trabajo.



religión'.<sup>363</sup> De esta forma, conforme al Derecho Internacional, los migrantes irregulares invariablemente deben tener garantizados estos derechos.

Sin embargo, el consenso no es el mismo en lo relativo a otros derechos indispensables para estas personas por su situación particular, como algunos económicos, sociales y culturales, entre los que destacan, indudablemente, los derechos laborales fundamentales, a la salud y a la educación básicas, los cuales son necesarios para preservar la dignidad de las personas, piedra angular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No es posible afirmar que *todas* las personas tienen derecho a preservar su integridad física y moral o a no ser sometidos a esclavitud o servidumbre (o a condiciones laborales asimilables a estas situaciones),<sup>364</sup> a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento y conciencia, si al mismo tiempo no se les garantizan un mínimo de derechos en materia de trabajo que garanticen que no serán sometidas a condiciones asimilables a la esclavitud o servidumbre, o en materia de salud, educación básica y algunas prestaciones sociales básicas. Además, se debe señalar que otorgando estos derechos a los migrantes irregulares no sólo se les protege a ellos en lo particular, sino a la sociedad de acogida en su conjunto: se evitan problemas de salud pública, se fomenta el respeto de las leyes laborales y se permite que estas personas se incorporen a la sociedad y tengan un papel funcional dentro de ésta, en la cual *de facto* ya viven.<sup>365</sup>

Los migrantes irregulares son seres humanos y sólo por ese hecho están amparados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual está construido sobre las premisas de la no discriminación y la dignidad de la persona humana. Es cierto que el Derecho Internacional ampara el aseguramiento de un estándar mínimo internacional *general* de derechos humanos a *todas* las personas, pero también lo es que la noción de estándar mínimo está en proceso de constante ampliación y que los grupos vulnerables como los migrantes irregulares se enfrentan a condiciones específicas en las que el aseguramiento de otros derechos básicos se convierte en una cuestión vital para la realización de los derechos contenidos en el estándar mínimo internacional general. El objetivo de los siguientes tres capítulos de este trabajo será justamente la formulación de un 'estándar mínimo internacional *particular*' para los migrantes irregulares para lo cual, siguiendo al profesor

---

<sup>363</sup> Mariño Menéndez, Fernando, 1995, *op.cit.*, nota 20, p. 112.

<sup>364</sup> Por ejemplo, véase el caso *Singh vs. Charanjit Jutla et al.* (2002) en el que un empleador no pagó al trabajador ningún salario durante 3 años y luego que el trabajador presentó una queja ante las autoridades laborales por los salarios no pagados, el empleador lo denunció ante las autoridades migratorias, quienes lo arrestaron por 16 meses. Corte de Distrito de EE.UU., California Norte, *Singh vs. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Cal. 2002).

<sup>365</sup> Boswell, Richard A., Restrictions on 'Non Citizens' Access to Public Benefits: Flawed Premise, Unnecessary Response, *UCLA Law Review*, Vol. 42, 1994-1995, p. 1478. Sobre la importancia de otorgar el derecho a la salud a los migrantes irregulares, véase Da Lomba. Sylvie, *Fundamental Social Rights for Irregular Migrants: The Right to Health Care in France and England*, en Bogusz, Barbara et al., (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 363-386. Y sobre la importancia de la educación básica universal, véase Birdsall, Nancy, Levine, Ruth & Ibrahim, Amina, *UN Millennium Project 2005. Toward universal primary education: investments, incentives, and institutions. Task Force on Education and Gender Equality*, London: Earthscan, 2005, p. 23 y ss.

Díez de Velasco,<sup>366</sup> se estudiarán las normas pertinentes del Derecho Internacional general, del Derecho Internacional particular y del Derecho Comparado.

### **Conclusión**

Los motivos que subyacen al fenómeno de la migración internacional son variados y a menudo complejos. Algunas personas se trasladan a otro país para mejorar su situación económica o para proseguir su educación. Otras abandonan sus países para huir de violaciones de sus derechos humanos como la tortura, la persecución, los conflictos armados o la extrema pobreza. Muchas se desplazan por la combinación de varias razones. Las cifras de personas que migran cruzando fronteras internacionales son muy reducidas en comparación con las personas que permanecen en su país: casi 214 millones de personas, de una población global que asciende a 6,900 millones, viven fuera del Estado de su nacionalidad, es decir, aproximadamente el 3.1% por ciento de la población mundial.<sup>367</sup> Sin embargo, las migraciones internacionales aumentan y son cada vez más manifiestas. Según la Organización Internacional del Trabajo, unos 100 millones de trabajadores viven fuera de su país de origen.<sup>368</sup>

El problema radica en que en muchos Estados la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos a los extranjeros es inadecuada, tiene serias carencias o incluso es nula, especialmente en relación con los migrantes irregulares. La hostilidad difundida, el abuso y la violencia hacia los migrantes y otros extranjeros vulnerables y marginalizados como los irregulares se han hecho más visibles en los últimos años a nivel mundial que los movimientos internacionales de personas han aumentado. Las violaciones de los derechos humanos de estas personas están tan difundidas y son tan comunes que caracterizan este tipo de migración. Al no querer reconocer derechos a los migrantes irregulares, los Estados de empleo dan lugar a su explotación en sectores marginales de la actividad económica, de bajo nivel, poco reglamentados o ilegales. Los migrantes irregulares a menudo son tratados como una reserva de mano de obra flexible, pero no pueden beneficiarse de los derechos laborales básicos, de asistencia sanitaria, así como de otros derechos, además de que pueden ser fácilmente deportados, por lo que viven en constante miedo y en la 'invisibilidad', siendo un blanco fácil de explotación.

Es bien conocido que los derechos humanos son universales, indivisibles e inalienables. Sin embargo, existe resistencia a extender una protección igualitaria a todas las personas presentes en la jurisdicción de un Estado: nacionales y extranjeros, precisamente con base en el nexo de la nacionalidad y, de una forma tajante, a aquéllos extranjeros en situación irregular. Una tendencia paralela es la asociación deliberada de la migración y de los migrantes con la delincuencia, especialmente los irregulares.

---

<sup>366</sup> Díez de Velasco, Manuel, 2009, *op.cit.*, nota 14, p. 618-619.

<sup>367</sup> United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision, United Nations database*, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008, 2009, disponible en: <http://esa.un.org/migration/p2k0data.asp>.

<sup>368</sup> OIT, *Facing the global jobs crisis: Migrant workers, a population at risk*, disponible en <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/>.

Este capítulo trató la condición jurídica de los extranjeros en el Derecho Internacional de una manera general y la de los migrantes irregulares en particular. Se han señalado las principales tendencias, cuestiones y debates en relación con el reconocimiento y extensión de los derechos humanos a los migrantes irregulares. La tesis central de este capítulo es que el imperio de la ley y las nociones universales de derechos humanos son los cimientos esenciales de una sociedad democrática y de la paz social. Por ello, se debe reconocer la necesidad de proteger a los grupos humanos más vulnerables como los migrantes irregulares.



**LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS  
Y LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES:**

**PRIMERA PARTE: NORMAS UNIVERSALES**

*Índice*

**Introducción capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares**

**A) INSTRUMENTOS UNIVERSALES GENERALES**

**4.1 Carta de las Naciones Unidas**

4.1.1 El principio de no discriminación

4.1.2 La obligación de respetar y proteger los derechos y las libertades fundamentales del ser humano emanada de la CNU

**4.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos**

4.2.1 La aplicación de la DUDH a los extranjeros

4.2.1.1 El principio de no discriminación

4.2.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la DUDH a los extranjeros

4.2.1.3 Derechos reconocidos bajo la DUDH a los migrantes irregulares

4.2.2 Obligatoriedad de la DUDH

**4.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

4.3.1 La aplicación del PIDCP a los extranjeros

4.3.1.1 El principio de no discriminación

4.3.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación del PIDCP a los extranjeros

4.3.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PIDCP

4.3.2 La obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el PIDCP

4.3.3 Suspensión de derechos

4.3.4 Reservas y denuncia del PIDCP

4.3.4.1 Reservas

4.3.4.2 Denuncia

**4.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

4.4.1 La aplicación del PIDESC a los extranjeros

4.4.1.1 El principio de no discriminación

4.4.1.2 Limitación general de los derechos de los extranjeros

4.4.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PIDESC

4.4.2 Las obligaciones emanadas del PIDESC para los Estados Partes

4.4.2.1 Garantizar los derechos enunciados en el PIDESC sin discriminación alguna

4.4.2.2 Adoptar medidas para lograr progresivamente la efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC

4.4.2.3 Proteger en contra de violaciones de particulares

4.4.3 Limitación general de los derechos reconocidos por el PIDESC

4.4.4 Reservas y denuncia del PIDESC

**4.5 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

4.5.1 El principio de no discriminación y la aplicación de la CEDR a los extranjeros

4.5.2 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo la CEDR

4.5.3 Las obligaciones emanadas de la CEDR para los Estados Partes

4.5.4 Reservas y denuncia de la CEDR

## **B) INSTRUMENTOS UNIVERSALES ESPECIALIZADOS**

### *i. Naciones Unidas*

#### **4.6 Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven**

#### **4.7 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares**

4.7.1 Razón de ser de la CIDTM: proteger un grupo en extremo vulnerable de la violación de sus derechos humanos

4.7.2 Trabajador migrante, regular e irregular: definiciones, categorías incluidas y excluidas

4.7.3 Los principios de no discriminación e igualdad en la CIDTM

4.7.4 Los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes: regulares e irregulares

4.7.4.1 Derechos Civiles

4.7.4.2 Derechos económicos, sociales y culturales

4.7.5 Los derechos de los trabajadores migrantes en situación regular

4.7.5.1 Derechos civiles y políticos

4.7.5.2 Derechos económicos, sociales y culturales

4.7.6 Migración irregular

4.7.6.1 Definición

4.7.6.2 El debate en el proceso de elaboración de la CIDTM

4.7.6.3 El enfoque de protección de la CIDTM: derechos para los migrantes irregulares y prevención de la migración irregular

4.7.6.4 Regularización

4.7.7 Las obligaciones emanadas de la CIDTM para los Estados Partes

4.7.8 El Comité de Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares

4.7.9 Reservas y denuncia de la CIDTM

4.7.10 Los pasos dados y los pasos por dar

#### **4.8 Otros instrumentos y acciones**

4.8.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

4.8.2 La Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes

### *ii. Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

#### **4.9 La OIT y la protección de los derechos humanos laborales: instrumentos centrales**

4.9.1 Constitución de la OIT

4.9.2 Declaración de Filadelfia

4.9.3 Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo

4.9.3.1 Derechos laborales fundamentales

4.9.3.2 Efectos jurídicos de los derechos laborales fundamentales y la Declaración de 1998 para los Estados Miembros de la OIT

4.9.3.3 Los derechos humanos laborales y los trabajadores migrantes irregulares

#### **4.10 La OIT y la protección de los trabajadores migrantes: convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes**

4.10.1 El convenio no. 97 y la Recomendación no. 86

4.10.2 El convenio no. 143 y la Recomendación no. 151

4.10.3 Los instrumentos de 1949 y 1975 y la migración irregular

## **Introducción capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares**

Una de las grandes conquistas del siglo XX fue el reconocimiento de los derechos humanos a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, género, raza, color, idioma, religión o convicción, origen étnico o social, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, opinión política o cualquier otra condición. Cabe recordar que dentro de estos derechos se incluyó un grupo selecto de derechos laborales, pues se comprendió que también en el mundo del trabajo las personas tenían que estar protegidas por un estándar mínimo de protección que asegurara el respeto de su dignidad humana, base de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Conforme al Derecho Internacional vigente, todas las personas son titulares de derechos humanos, cuya plena vigencia y respeto son elementos fundamentales para la consolidación de la paz y seguridad a nivel internacional, regional y local, así como también para construir sociedades en las que se respete el Estado de Derecho. Como afirma Villán Durán, “los derechos humanos se configuran como el motor imprescindible de unas relaciones internacionales más justas y armoniosas, así como el instrumento de humanización y criterio legitimador de la conducta de los Estados en sus relaciones”.<sup>1</sup> Las normas de Derecho Internacional que protegen a la persona son resultado del esfuerzo de la Sociedad Internacional por establecer un conjunto de reglas mínimas de protección y desarrollo para los seres humanos. Los derechos reconocidos en estas normas representan valores universales mínimos que los Estados se comprometen a promover, proteger y garantizar.

Los ‘derechos humanos’ fueron consagrados en diversos instrumentos internacionales, universales y regionales, en los que se plasmó la obligación de los Estados de asegurar este mínimo de protección a *todas* las personas bajo su jurisdicción. Existen tres tipos de instrumentos internacionales de derechos humanos. En primer lugar, los tratados internacionales de derechos humanos que son acuerdos celebrados entre Estados que regulan dicha materia y crean obligaciones jurídicas para los Estados que manifiesten su consentimiento mediante la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión u otra forma de manifestación del consentimiento. En segundo lugar, las declaraciones de derechos humanos que recomiendan reglas para los Estados en materia de derechos humanos y que pueden poseer o llegar a adquirir obligatoriedad para los Estados por contener normas consuetudinarias o principios generales del Derecho Internacional.<sup>2</sup> Y, en tercer lugar, los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que por su variedad podrían agruparse bajo el criterio de que marcan pautas a los Estados sobre la materia. Con ello, se trataría de tres tipos de instrumentos que gozan de un diferente valor jurídico en el Derecho Internacional.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2006, p. 44.

<sup>2</sup> En esta situación se encontrarían la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como posteriormente se analiza.

<sup>3</sup> Al respecto, el profesor Carrillo Salcedo ha señalado: “El valor jurídico de este conjunto de instrumentos no puede tener una respuesta única, ya que una cosa son las Declaraciones que constituyen interpretaciones

Es importante destacar que la exigencia del cumplimiento de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no se basa en la reciprocidad entre Estados, a diferencia de otro tipo de tratados en los que la regla general establece que la violación grave de un tratado bilateral o de tratados multilaterales por una de las partes facultará a la otra u otras partes a la terminación o suspensión de su aplicación.<sup>4</sup> Esto significa que el hecho de que una parte incumpla las obligaciones que le impone un tratado internacional de derechos humanos, no da derecho a las otras partes a incumplir el mismo. Lo anterior se debe principalmente a que, si bien la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se contrae frente a otros Estados, los beneficiarios del cumplimiento del tratado son *todas* las personas bajo la jurisdicción de los Estados.<sup>5</sup> Por ello, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos deben cumplirse de buena fe por los Estados en todo caso.<sup>6</sup>

---

generalmente aceptadas de la Carta de Naciones Unidas [...]; otro las Resoluciones y Declaraciones incitatorias, programáticas, y otra, por último, las Reglas mínimas. Estos dos últimos tipos de instrumentos jurídicos, que *per se* no son obligatorios, tienen no obstante significado normativo en la medida en que señalan *objetivos de política jurídica*. Por otra parte, si los Estados los incorporan en tratados internacionales, adquieren la fuerza jurídica de las reglas convencionales, obligatorias para los Estados partes en el tratado que incorpore dichos principios. Finalmente, si son generalmente aceptados en la práctica de los Estados pueden transformarse en principios y reglas del Derecho internacional general”. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 89-90.

<sup>4</sup> Esta regla se encuentra contenida en el artículo 60, apartados 1 y 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente. 2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará: a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea: i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o ii) entre todas las partes; b) a una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar esta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación; c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado”.

<sup>5</sup> Como Cassese ha manifestado: “El mecanismo de la reciprocidad ya no funciona: la culpa del otro no nos legitima para considerar nulo el compromiso anteriormente asumido. *Y ello porque dicho compromiso se ha contraído a beneficio de individuos*: los intereses recíprocos de los Estados pasan a un segundo plano. Lo que importa es tutelar las exigencias de la persona humana”. Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga, 1ª. reimpresión, Barcelona: Ariel, 1993, p. 243-244.

<sup>6</sup> Esta regla excepcional está prevista en el artículo 60.5 de la CV69, el cual señala: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”. Asimismo, conviene resaltar lo dispuesto por el artículo 50.1, inciso b), del Proyecto de artículos relativo a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, el cual señala: “Las contramedidas no afectarán: b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales”. De este modo, en ambas disposiciones se busca resaltar, por un lado, la importancia de los tratados de derechos humanos respecto a otros tratados internacionales y, por otro, que las obligaciones de derechos humanos deben ser respetadas bajo cualquier circunstancia. La jurisprudencia internacional también se ha pronunciado en este sentido. Por ejemplo, véase CIDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana*



Como se ha visto a lo largo de este trabajo, los migrantes irregulares constituyen un grupo humano muy vulnerable al que con frecuencia no se respetan sus derechos humanos en el Estado receptor, precisamente a causa de su irregularidad. Un ejemplo de ello es la negación de las protecciones básicas en el mundo del trabajo o del derecho a la asistencia sanitaria, sin contar con los atropellos que pueden sufrir cuando son descubiertos y sujetos a una orden de expulsión. Esto es claramente contrario al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce a todas las personas por igual un mínimo de derechos humanos. Por ello, en estos dos capítulos 4 y 5, que abordan las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares, se estudiarán los derechos humanos que los Estados de recepción se encuentran obligados a proteger y garantizar a los migrantes irregulares, independientemente de su condición migratoria, de acuerdo con los instrumentos internacionales convencionales de derechos humanos, tanto universales (generales y especializados) como regionales. En cuanto al ámbito regional, el estudio se centrará en los ámbitos americano y europeo al ser el objeto de estudio de este trabajo los derechos de los migrantes irregulares en la práctica americana y europea.

Las preguntas que se intentará responder son: ¿cuáles son los derechos que, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, los Estados deben asegurar a todas las personas que se encuentran en su territorio y, en consecuencia, también a los migrantes irregulares?; ¿cuáles son las obligaciones que estos instrumentos internacionales de derechos humanos imponen a los Estados respecto a los migrantes irregulares?; ¿vinculan estos instrumentos internacionales de derechos humanos a los Estados? Para efectos de lo anterior, se analizarán los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que son relevantes para la protección de los migrantes irregulares. Estos instrumentos se dividirán entre el sistema universal y regional de derechos humanos. A su vez, dentro del sistema universal, se distinguirá entre el sistema universal general y el sistema universal especializado, el cual abarca los instrumentos referidos específicamente a los migrantes, quienes son titulares de ciertos derechos y protecciones específicas, relacionados con su particular estatus de vulnerabilidad.

## **A) INSTRUMENTOS UNIVERSALES GENERALES**

### **4.1 Carta de las Naciones Unidas<sup>7</sup>**

La Carta de las Naciones Unidas (CNU) es un tratado internacional de importancia fundamental porque constituye el fundamento del nuevo orden internacional organizado entre los Estados (en reemplazo de la fracasada Sociedad de Naciones) y, especialmente, porque es el origen del sistema universal de protección de los derechos humanos, tal como es conocido en la actualidad. De este modo, la CNU no sólo regula el marco institucional de las Naciones Unidas, sino también es el texto fundacional del moderno Derecho

---

*sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, no. 2, párr. 29.

<sup>7</sup> La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. A febrero de 2011, la Carta ha sido ratificada por 192 Estados. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=I-1&chapter=1&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-1&chapter=1&lang=en).

Internacional de los Derechos Humanos debido a que fue el primer tratado internacional de alcance universal que afirmó solemnemente, de acuerdo con el párrafo segundo de su preámbulo, “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. La *dignidad humana* se convirtió en el principio inspirador del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principio que, sin duda, tiene un valor normativo, tal y como lo evidencia el artículo 1.3 de la CNU, el cual afirma, como uno de los propósitos de las Naciones Unidas, la cooperación internacional 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*”.

La mención a los derechos humanos y las libertades fundamentales se repite en varios artículos de la Carta, mostrando la importancia que le otorgan los Estados dentro de la ONU. Así, el artículo 55, c), establece que las Naciones Unidas deberán promover “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”. Y el artículo 56 dispone que “todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”. La CNU también otorga autoridad a varios órganos de la organización en asuntos relacionados con los derechos humanos. En este sentido, el artículo 13.1, b), señala que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones con el fin de “ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Y el artículo 62.2 dispone que el Consejo Económico y Social podrá “hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades” y, de acuerdo con el artículo 68, establecerá comisiones “para la promoción de los derechos humanos”.

#### **4.1.1 El principio de no discriminación**

El principio de no discriminación se encuentra consagrado en la CNU en los artículos 1.3 y 55, c). En ellos se menciona expresamente la obligación del “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*”. Por ello, la CNU significó para los Estados reconocer su obligación de aplicar un estándar de trato respetuoso de los derechos humanos a todas las personas, en el que no cabría la discriminación, incluida la referida a nacionales y extranjeros. Al respecto, Mc Dougal, Lasswell y Chen han señalado:

“Es generalmente reconocido que uno de los principales propósitos del conjunto total de las prescripciones de derechos humanos ha sido el acordar la misma protección a los nacionales de los Estados que a los extranjeros, y el hacer innecesario, en general, cualquier diferenciación entre extranjeros y nacionales. No hay nada en los trabajos preparatorios de la Carta que sugieran cualquier intento de excluir a los extranjeros de la protección”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order, *The American Journal of International Law*, Vol. 70, 1976, p. 457.

La noción de derechos humanos y libertades fundamentales del ser humano sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión u otros, encierra detrás la idea de borrar la distinción nacional/extranjero como criterio para reconocer derechos al particular desde el Derecho Internacional. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos está construido sobre la premisa de que todas las personas, por el sólo hecho de serlo, deben gozar por igual de los derechos humanos, por ello, generalmente requiere a los Estados el trato igual a nacionales y extranjeros.<sup>9</sup> Esto en virtud de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos introdujo la noción de que el individuo y su *dignidad* son un valor autónomo de la Sociedad Internacional, convirtiéndose, por tanto, en un bien jurídico a proteger en sí mismo por el Derecho Internacional, con independencia de la condición o circunstancias en que se encuentre el particular objeto de protección en el Estado de jurisdicción, tales como su calidad de nacional o extranjero (regular o irregular). De este modo, la dignidad de las personas se constituyó como el fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debido a que “es la única idea-fuerza que aglutina las diferentes concepciones culturales, filosóficas, políticas, ideológicas, religiosas, morales y sociales presentes en el mundo contemporáneo”.<sup>10</sup> Es decir, es un elemento en el que se reflejan todas las culturas de la humanidad.

Con la proclamación de la dignidad intrínseca de todo ser humano en la Carta de las Naciones Unidas, 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. Se sale así de la problemática tradicional del Derecho Internacional que era la de las relaciones interestatales, ya que los titulares de los derechos son los seres humanos, individual o colectivamente considerados, mientras que los titulares de los deberes son los Estados, en la medida en que el reconocimiento de los derechos humanos les impone obligaciones jurídicas internacionales que condicionan el ejercicio de sus competencias soberanas.<sup>11</sup>

De este modo, los Estados que han ratificado la Carta de las Naciones Unidas reconocen que los derechos humanos son un tema de relevancia internacional y que deja de pertenecer exclusivamente a su jurisdicción nacional.<sup>12</sup> Es cierto que después de la Carta de las Naciones Unidas el sistema internacional sigue siendo, primordialmente, una sociedad de Estados soberanos y que la soberanía permanece como un principio constitucional del orden internacional, como reconoce el artículo 2.1 de la Carta. Sin embargo, como apunta Carrillo Salcedo, “con el reconocimiento de los derechos humanos, el Derecho Internacional ha penetrado en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones

---

<sup>9</sup> Véanse principalmente el artículo 2 de la DUDH y los artículos 2 y 26 del PIDCP. Para el ámbito europeo los artículos 1 y 14 de la CEDH y para el americano el artículo 1 de la CADH.

<sup>10</sup> Villán Durán, Carlos, 2006, *op.cit.*, nota 1, p. 92.

<sup>11</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2001, p. 35.

<sup>12</sup> Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, trad. de Ángel González, México: Ediciones Gernika, 1996, p. 55.

de un Estado con las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales”.<sup>13</sup>

#### **4.1.2 La obligación de respetar y proteger los derechos y las libertades fundamentales del ser humano emanada de la CNU**

La CNU es una fuente de obligaciones en materia de derechos humanos para los Estados. Como Carrillo Salcedo señala:

“la Carta de las Naciones Unidas impone obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización —en orden a la promoción de los derechos y libertades fundamentales, en los términos del artículo 55,c) de la Carta—, como a los Estados miembros (que para la realización de los propósitos anteriores se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, en los términos del artículo 56 de la Carta) [...] en consecuencia, en función de las obligaciones convencionales que derivan de la Carta, los Estados miembros de las Naciones Unidas no podrían impugnar la competencia de la Organización en materia de derechos humanos invocando la regla enunciada en el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta, según la cual la Organización de las Naciones Unidas no podrá intervenir ‘en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados’”.<sup>14</sup>

Ciertamente existe indeterminación en cuanto a qué derechos humanos se encuentran proclamados en la Carta y qué tipo de obligaciones se generan en materia de derechos humanos. Respecto al primer punto, la Carta no hace una definición precisa de los derechos humanos, si bien hace dos referencias, por un lado, a promover el trabajo permanente para todos (art. 55, a), y, por otro, a la prohibición de la discriminación (art. 55, c). Esto ha conducido a interpretar que serían “conceptos jurídicos indeterminados en su objeto y alcance”.<sup>15</sup> Por lo que resulta difícil establecer con precisión cuál es el listado de derechos que debe ser considerado dentro del ámbito de los derechos humanos conforme a la CNU y por ende vinculante para los Estados Miembros de la ONU.<sup>16</sup>

En cuanto al tipo de obligaciones en materia de derechos humanos que la CNU impone a los Estados Miembros, los artículos 55 y 56 dan alguna luz al respecto pues establecen la obligación que tienen los Estados de respetar y proteger los derechos y las libertades fundamentales del ser humano sin incurrir en discriminación alguna 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 a los principios de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos. Esta obligación de los Estados ha sido reafirmada con la elaboración de la DUDH, que en su preámbulo señala “considerando que los Estados

---

<sup>13</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 2001, *op.cit.*, nota 11, p. 42.

<sup>14</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 30. También véase Buergethal, Thomas, *The Evolving International Human Rights System*, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 4, 2006, p. 786-787.

<sup>15</sup> Como Carrillo Salcedo manifiesta: “Hay que reconocer que al no definir con precisión jurídica cuáles son los derechos humanos proclamados en la Carta, esto es, al enunciarlos como conceptos jurídicos indeterminados en su objeto y alcance, el tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas difícilmente puede imponer a los Estados obligaciones jurídicas precisas y concretas, por lo que los Estados conservan en esta materia una parte importante de sus competencias discrecionales”. *Ibidem*, p. 32.

<sup>16</sup> Canessa Montejo, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 35.

Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”, haciendo clara referencia a las obligaciones contraídas por los Estados en la CNU; algunos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia; y con lo señalado por los Estados en las Conferencias Mundiales de Derechos Humanos que tuvieron lugar en Teherán (1968) y Viena (1993).<sup>17</sup>

Por un lado, en cuanto a los pronunciamientos de la CIJ, cabe recordar su Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, de 30 de marzo de 1950. Esta opinión fue solicitada a la CIJ por la Asamblea General invocando el artículo 55 de la CNU, que establece que las Naciones Unidas promoverán el respeto universal de los derechos humanos y su efectividad. Esta invocación del artículo 55 no fue rebatida por la CIJ, por lo que se entiende que aceptó que dicha disposición puede ser señalada por la Asamblea General para aprobar una resolución en materia de derechos humanos.<sup>18</sup> También está la Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia*, de 21 de junio de 1971, en la que la CIJ sostuvo que Sudáfrica violaba flagrantemente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas al imponer el régimen de *apartheid* dentro de Namibia, a pesar de que se había comprometido a observar y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin distinción de raza dentro de ese territorio con estatuto internacional.<sup>19</sup> Este segundo pronunciamiento avanza en cuanto a establecer que el artículo 55 de la CNU genera obligaciones jurídicas para los Estados Miembros.<sup>20</sup>

Por otro lado, en cuanto a las Conferencias de Derechos Humanos se refiere, en la Proclamación de Teherán de 1968 se señaló: “Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y las libertades fundamentales” (párr. 4). Y en la Declaración y el Programa de Acción de Viena: “El solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de

---

<sup>17</sup> También cabe recordar la “Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, aprobada por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, que señala: “Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y a la efectividad de tales derechos y libertades de conformidad con la Carta”.

<sup>18</sup> CIJ, *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950, p. 70-71.

<sup>19</sup> CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, párr. 129-131. También véase Schwelb, Egon, *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*, *The American Journal of International Law*, Vol. 66, No. 2, 1972, p. 346 y ss.

<sup>20</sup> Al respecto, Newman y Vasak argumentan que la importancia de este pronunciamiento reside en evidenciar que las cláusulas sobre derechos humanos de la Carta de las Naciones Unidas son vinculantes. Newman, Frank, Vasak, Karl, *Derechos civiles y políticos*, en Vasak, Karl, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984, p. 247.

todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el Derecho Internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admiten dudas” (párr. 1). Asimismo, en la misma Declaración de Viena se resalta: “Los procesos de promoción y protección de los derechos humanos deben desarrollarse de conformidad con los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y con el Derecho Internacional”. (párr. 7). De este modo, los Estados han reiterado su compromiso en promover y respetar los derechos humanos conforme lo establece la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, expresado su consenso sobre las obligaciones que existen en la materia, provenientes de este tratado internacional.

## 4.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>21</sup>

### 4.2.1 La aplicación de la DUDH a los extranjeros

#### 4.2.1.1 El principio de no discriminación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) contiene una prescripción contra cualquier tipo de discriminación en el artículo 2.1, el cual afirma tajantemente: “*Toda* persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, *sin distinción alguna* de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento *o cualquier otra condición*”.<sup>22</sup> Esta doctrina es corroborada por los artículos 6 que anota: “*Todo* ser humano tiene derecho, *en todas partes*, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; y 7 que dispone: “*Todos* son iguales ante la ley y tienen, *sin distinción*, derecho a igual protección de la ley. *Todos* tienen *derecho* a igual protección *contra toda discriminación* que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

El uso de palabras como “toda”, “todos” y “sin distinción alguna” en la DUDH denota que los supuestos contenidos en el artículo 2, en los que está prohibida la discriminación en el ejercicio de los derechos y libertades, son sólo enunciativos y no exhaustivos. En razón de lo anterior, se puede afirmar que los derechos enunciados en la Declaración corresponden a toda persona, sin distinción alguna. De hecho, los trabajos preparatorios revelan que los redactores de la Declaración deliberadamente cambiaron el texto propuesto del artículo 2 de “sin distinción de [...]” a “sin distinción *alguna* de [...]” con el objeto de subrayar que la lista de motivos no era exhaustiva y que, por tanto, no cabía ningún tipo de discriminación.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>22</sup> Aún más, el párrafo 2 del artículo 2 afirma: “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”.

<sup>23</sup> Cholewinski, Ryszard, *Migrants Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 48. Además, véanse Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984,

La DUDH representa, a nivel doctrinal, “el acuerdo práctico de toda la humanidad en materia de derechos fundamentales”<sup>24</sup> y tiene tal importancia que ha sido la fuente inspiradora de los instrumentos internacionales ulteriores en materia de derechos humanos. Por ello, como se verá a lo largo de este capítulo, es posible encontrar cláusulas de no discriminación, similares a la contenida en la DUDH, en los demás instrumentos internacionales que fundamentan el moderno sistema de derechos humanos.<sup>25</sup> De esta forma, se puede afirmar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos generalmente requiere a los Estados el trato igual y no discriminatorio de nacionales y extranjeros, con las excepciones generalmente aceptadas, por ejemplo los derechos políticos, y que se irán estudiando a lo largo de este trabajo.

#### 4.2.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la DUDH a los extranjeros

Los derechos y libertades mencionados en la DUDH son, en términos generales, aplicables a nacionales y extranjeros. Los únicos en que éste no es el caso son aquéllos expresamente formulados para ser aplicables sólo a los nacionales. Así, por ejemplo, el artículo 13.2 dispone: “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”. Es decir, se garantiza a los extranjeros el derecho de dejar el país en el que viven y trabajan y regresar a sus países de origen. No obstante, esta prescripción no autoriza a las personas que no posean la ciudadanía de cierto país a entrar en él. Otra disposición en la que el concepto de nacionalidad es relevante y no plantea dudas respecto a su exclusión de los extranjeros es la del artículo 21, relativo al derecho a toda persona de participar en el gobierno de ‘su’ país; o de acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de ‘su’ país, etc.

Otra disposición relevante es la contenida en el artículo 29, la cual delinea los deberes individuales y las limitaciones que pueden ser impuestas a los derechos que otorga la Declaración. El párrafo 1 del artículo 29 dispone: “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. La Baronesa Elles señala que la ausencia del nexo de la nacionalidad no significa que los extranjeros no tengan deberes con el Estado en el cual residen.<sup>26</sup> Añade que para pedir la protección de ese Estado, el extranjero debe apegarse a sus leyes, no interferir en los asuntos políticos y contribuir generalmente al desarrollo del país.<sup>27</sup> Ahora, esto no significa una restricción a la actividad política de los extranjeros, particularmente si se considera lo dispuesto por el artículo 20.1 que otorga a *toda persona* la libertad de reunión y asociación pacíficas.

---

p. 42-43; Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, *Human Rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven: Yale University Press, 1980, p. 767 y ss.

<sup>24</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 548.

<sup>25</sup> Por ejemplo, véanse los artículos 2.1 del PIDCP y del PIDESC, el artículo 2 de la DADDH, el artículo 1.1 de la CADH, el artículo 14 del CoEDH y el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>26</sup> Comisión de Derechos Humanos, Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non Citizens*, Estudio preparado por la Baronesa Elles, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.I, 1980, p. 43, párr. 321.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 43, párr. 322.

El segundo párrafo del artículo 29 contiene una cláusula limitativa de los derechos que gozan todas las personas de acuerdo con la Declaración: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Es decir, la DUDH acepta que los Estados establezcan limitaciones a los derechos que reconoce por motivos como el respeto de los derechos y libertades de los demás, la moral, el orden público y el bienestar general. Así, cualquier restricción que los Estados impongan a los derechos de los extranjeros y los trabajadores migrantes debe ser justificada con referencia a esta disposición.

#### **4.2.1.3 Derechos reconocidos bajo la DUDH a los migrantes irregulares**

Fuera de las disposiciones señaladas en el apartado anterior, los derechos y las libertades contenidos en la DUDH tienen aplicación a todas las personas, incluidos, evidentemente, los migrantes irregulares.

Los *derechos civiles y políticos* que la DUDH reconoce a todas las personas son los siguientes: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona (art. 3); prohibición de la esclavitud en todas sus formas y la servidumbre (art. 4); derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 6); a la igualdad ante la ley (art. 7); a un recurso efectivo (art. 8); a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art. 9); a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (art. 10); a que se presuma la inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad y a la no retroactividad de la ley penal (art. 11); a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, ni de ataques a la honra o la reputación, y a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (art. 12); derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado (art. 13);<sup>28</sup> a buscar asilo en caso de persecución (art. 14); a la nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad (art. 15); a casarse, fundar una familia y a la protección de ésta (art. 16); a la propiedad y a no ser privado arbitrariamente de ella (art. 17); a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18) y de opinión y de expresión (art. 19); y a la libertad de reunión y de asociación (art. 20).

Los *derechos económicos, sociales y culturales* que la DUDH reconoce a todas las personas son: el derecho a la seguridad social (art. 22 y 25.1); al trabajo, la libre elección de su trabajo, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y la protección contra el

---

<sup>28</sup> Si bien este derecho en la DUDH está redactado de tal forma que incluye a *todas* las personas sin distinción alguna, es limitado (como se verá a lo largo de este y el siguiente capítulo) en los demás instrumentos de derechos humanos que tienen la forma de tratado a las personas que se encuentran legalmente en el territorio del Estado Parte de que se trate (art. 12 PIDCP; art. 22 CADH; art. 2 del Protocolo no. 4 del CoEDH). Por ende, aunque en la DUDH se reconozca a todas las personas, es negado a los migrantes irregulares y, aún más, se encuentra sujeto a importantes restricciones de derecho interno.



desempleo (art. 23.1);<sup>29</sup> a igual salario por trabajo igual (art. 23.2); a una remuneración mínima (art. 23.3); a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (arts. 23.4 y 20); al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (art. 24); a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (art. 25.1); a la protección de la maternidad y la infancia (art. 25.2); a la educación (art. 26); a la cultura (art. 27); y a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos (art. 28).

#### 4.2.2 Obligatoriedad de la DUDH

La obligatoriedad de la DUDH es un tema que ha sido ampliamente discutido en la doctrina. El sector que rechaza el carácter vinculante de la DUDH considera que es un instrumento internacional con un gran valor moral pero carente de obligatoriedad.<sup>30</sup> Esta posición se apoya en dos argumentos: en que los Estados decidieron que el instrumento internacional fuese una Declaración y no un tratado internacional, señalando los límites de obligatoriedad deseados, ya que si se adoptaba en forma de tratado existía el temor de un eventual rechazo de los Estados;<sup>31</sup> y en que la DUDH, en términos formales, fue adoptada por una resolución de la Asamblea General que tiene el valor de una recomendación, es decir, no es vinculante para los Estados.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Si bien al derecho al trabajo es al que se le establece una de las restricciones más comunes que se le imponen a los trabajadores migrantes, esta disposición extiende a todas las personas los derechos ahí consignados. Los trabajos preparatorios de la Declaración revelan que con la palabra ‘todos’ se quería dar a entender que todas las personas viviendo ordinariamente en el territorio de un Estado deben tener libre acceso al empleo, con exclusión de los cargos públicos, lo cual está delimitado en el artículo 21 de la Declaración. Böhning, W. R., Basic Rights of ‘Temporary’ Migrant Workers: Law vs. Power, en Tomasi, L. F., (ed.), *In defense of the alien, Vol. VIII, Immigration Enforcement, Employment Policy, Migrant Rights and Refugee Movements*, Proceedings of the 1985 Annual National Legal Conference on Immigration and Refugee Policy, New York: Center for Migration Studies, 1986, p. 99, 102, citando los siguientes documentos: E/CN.4/57, E/CN.4/SR/40, E/CN.4/SR/64-66, A/C.3SR.139-143, A/C.3SR.156-158.

<sup>30</sup> Por ejemplo, Cassese afirma: “La Declaración expresó solamente un conjunto de idealidades ético-políticas, sin obligar jurídicamente a los Estados a obrar en conformidad con la Declaración misma”. Cassese, Antonio, 1993, *op.cit.*, nota 5, p. 53.

<sup>31</sup> Szabo, Imre, Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984, p. 53.

<sup>32</sup> Según Sobrino Heredia, las resoluciones de los organismos internacionales se dividen en decisiones y recomendaciones. Las primeras se refieren a los actos obligatorios; mientras que las segundas se refieren a los actos que no crean derechos. Sobrino Heredia, José Manuel, Los medios jurídicos de acción: El Derecho de las Organizaciones Internacionales, en Diez de Velasco, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 11<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos, 1999, p. 141. Sin embargo, como señala Jiménez Piernas, las resoluciones de la AG “bajo determinadas condiciones (a saber, su adopción por unanimidad o amplia mayoría y su concordancia con la práctica consuetudinaria) pueden producir efectos en la formación del Derecho Internacional constituyéndose excepcionalmente en una fuente más del mismo, en virtud precisamente de su interacción con el proceso de formación consuetudinario de las normas internacionales”. Jiménez Piernas, Carlos, La Costumbre Internacional y los Actos Unilaterales, en Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho*

Los argumentos anteriores han sido objetados al señalarse que la valoración jurídica de la DUDH no puede reducirse a criterios de carácter formal, tomando en consideración la importancia de los derechos humanos dentro de las Naciones Unidas.

En cuanto al primer argumento se refiere, es decir que los Estados decidieron que el instrumento internacional fuese una Declaración y no un tratado internacional, señalando los límites de obligatoriedad deseados, se ha argumentado que si bien una declaración en general no tiene un carácter vinculante para los Estados, la DUDH tiene una serie de particularidades que le permiten superar esa carencia formal:

a) En primer lugar, la estrecha vinculación de la DUDH con la CNU, interpretándose que entre ambas existe una relación de complementariedad y que la indiscutible obligatoriedad de la Carta se extiende a la Declaración. Ciertamente la CNU no contiene un listado de derechos humanos, por lo que la DUDH cumpliría el rol de definir dicho listado. Y al interior de Naciones Unidas se le ha dado dicho carácter:

La *CIJ* ha enlazado ambos instrumentos en su sentencia del “*Caso relativo al Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*”, en el que resaltó que la privación abusiva de la libertad a los seres humanos y el sometimiento a condiciones penosas son en sí mismas manifiestamente incompatibles con los principios de la CNU, así como con los principios fundamentales enunciados en la DUDH.<sup>33</sup> Este pronunciamiento ha sido considerado como una “señal inequívoca que el Tribunal considera a la DUDH como el texto jurídico que especifica las obligaciones de la Carta en materia de derechos humanos”.<sup>34</sup> Por otro lado, el *Consejo de Seguridad* ha recurrido a la DUDH en algunas de sus resoluciones para condenar a los Estados que violen los derechos humanos,<sup>35</sup> lo cual ha sido interpretado como la imposición de la obligación legal de cumplir con la DUDH.<sup>36</sup> Y la *Comisión de Derecho Internacional* durante la elaboración de los Pactos de 1966 recurrió a la DUDH como único instrumento internacional para precisar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.<sup>37</sup>

La antigua *Comisión de Derechos Humanos* (ahora Consejo de Derechos Humanos) recibía comunicaciones de denuncias de violaciones de derechos humanos cometidos por los Estados (procedimientos 1235 y 1503), cuyo trámite se apoyaba jurídicamente en una lectura complementaria entre la CNU y la DUDH, con independencia de que los Estados hubieran ratificado o no un tratado internacional sobre la materia. Esto haría patente el

---

*Internacional*, 12ª ed., Madrid: Tecnos, 1999, p. 127-128. También véase Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, p. 406-412.

<sup>33</sup> *CIJ, Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, 24 de mayo de 1980, párr. 91.

<sup>34</sup> Oraá, Jaime, En torno al valor jurídico de la Declaración Universal, en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 187.

<sup>35</sup> Por ejemplo, véase la Resolución 310 de 1972 sobre el caso de los trabajadores africanos que laboraban en Namibia.

<sup>36</sup> Schwelb, Egon, Alston, Philip, Las instituciones principales y otros organismos fundados según la Carta, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 2, París: Serbal/UNESCO, 1984, p. 373.

<sup>37</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1995, *op.cit.*, nota 14, p. 51.

carácter vinculante de la DUDH para los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Asimismo, el *Alto Comisionado de Derechos Humanos* tramitaba casi la totalidad de las comunicaciones y quejas presentadas por las víctimas o sus representantes dentro del procedimiento 1235 cuando no podían ser tramitadas bajo otro mecanismo de protección establecido en un tratado internacional.<sup>38</sup> Nuevamente, el amparo para la tramitación de ese tipo de quejas o denuncias se apoyaba en la Carta de las Naciones Unidas y la DUDH. Con ello, la DUDH cumplía el rol de ser una fuente de obligaciones jurídicas para los Estados en el marco de referencia de los mecanismos extraconvencionales de derechos humanos.<sup>39</sup>

b) En segundo lugar, la DUDH ha adquirido un carácter vinculante para los Estados ya sea por la costumbre internacional o por ser un instrumento que recoge principios de Derecho Internacional.

*i. Costumbre internacional.* Se ha argumentado que los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la DUDH “se han convertido en derecho consuetudinario internacional por conducto de la práctica estatal y de la *opinio juris*. Aunque se adopte el criterio más estricto para determinar los elementos que constituyen el derecho consuetudinario internacional, esto es, la doctrina clásica de la convergencia de la práctica amplia, continua y reiterada, y de la *opinio juris*, las disposiciones que figuran en la Declaración Universal se ciñen a las estrictas normas de esa doctrina. Por supuesto, se ciñen también a las normas más liberales de las doctrinas contemporáneas sobre los elementos constitutivos del derecho consuetudinario internacional”.<sup>40</sup>

Este argumento ha sido refutado al señalarse que se trata de un reconocimiento forzado tomando en cuenta la naturaleza del derecho consuetudinario y la propia aplicación del proceso consuetudinario que limita el reconocimiento de los derechos humanos como derecho consuetudinario.<sup>41</sup> Por ello, es difícil afirmar que se ha producido una *opinio juris*<sup>42</sup> por la escasez de conductas interrelacionadas entre los Estados al respecto. Sin embargo, como señala Meron:

“el concepto de la ‘práctica’ ha sido extendido para incluir de la casi universal adhesión a la CNU, incluyendo las cláusulas de derechos humanos, la universal aceptación de la DUDH y la frecuente invocación, al gran número de ratificaciones de los tratados universales y regionales de derechos humanos, el firme soporte a las resoluciones de derechos humanos en las organizaciones internacionales, la incorporación de las normas de

---

<sup>38</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2002, p. 59, 639.

<sup>39</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1999, *op.cit.*, nota 3, p. 86-87.

<sup>40</sup> *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Irán*, Informe del Relator Especial Reynaldo Galindo Pohl, de 28 de enero de 1987, E/CN.4/1987/23, párr. 22.

<sup>41</sup> Meron, Theodore, *International Law in the age of Human Rights*, *Recueil des Cours*, Vol. 301, 2003, p. 382.

<sup>42</sup> La *opinio juris* es el elemento formal de la costumbre que “consiste en el convencimiento, la ‘creencia’ o la convicción, objetivamente demostrable, que tienen los Estados que se comportan de cierto modo, de que obran porque están jurídicamente facultados u obligados a hacerlo; es decir, que obran de acuerdo con una norma jurídica en vigor, que impone obligaciones y atribuye derechos concretos”. Mariño Menéndez, Fernando M., 2005, *op.cit.*, nota 32, p. 265.

derechos humanos en los textos constitucionales y las legislaciones nacionales y la invocación a los derechos humanos en la práctica nacional y diplomática y, especialmente, en las organizaciones internacionales”.<sup>43</sup>

Ejemplos de la existencia de una *opinio juris* en relación con la obligatoriedad de la DUDH pueden encontrarse en el consenso de los Estados en la aprobación de las Declaraciones de las Conferencias Mundiales de derechos humanos de Teherán (1968) y Viena (1993).<sup>44</sup> En la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968 se señaló: “La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la *declara obligatoria para la comunidad internacional*”. Y el preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena del 25 de junio de 1993 afirmó: “Destacando que la Declaración Universal de Derechos Humanos, que constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones, es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Otro argumento para considerar que las disposiciones protectoras de los derechos consagrados en la DUDH se han convertido en normas consuetudinarias está en el hecho que los derechos humanos han sido incorporados en la mayoría de los textos constitucionales nacionales, resaltando su importancia en la estructura jurídica de los Estados.<sup>45</sup>

Dados los señalamientos anteriores, se puede afirmar que si bien la DUDH no es vinculante en sentido estricto, tal como lo es un tratado o una convención, la práctica y la costumbre han logrado que buena parte de las normas que contiene sean actualmente reconocidas como vinculantes entre los miembros de la comunidad internacional. De hecho, muchos de los derechos y las libertades que consagra han sido convertidos en tratados internacionales vinculantes en sentido estricto.<sup>46</sup> Lo discutible es considerar si el íntegro de la DUDH forma parte de la costumbre internacional, ya que hay derechos, por ejemplo el de libertad de circulación y elección de residencia (art. 13), que contienen importantes limitaciones en los tratados internacionales de derechos humanos,<sup>47</sup> vinculantes en sentido estricto, y, aún más, en su regulación en el derecho interno de los Estados.

*ii. Principios de Derecho Internacional.* Asimismo, se ha señalado que la DUDH ha adquirido un carácter vinculante para los Estados por ser un instrumento que recoge principios de Derecho Internacional. Esto en virtud de que las resoluciones y declaraciones de contenido normativo de la Asamblea General de las Naciones Unidas también pueden contribuir a la formulación de principios generales del Derecho Internacional de rango estructural o constitucional. Este es el caso de la Declaración Universal de Derechos

---

<sup>43</sup> Meron, Theodore, 2003, *op.cit.*, nota 41, p. 383.

<sup>44</sup> Canessa Montejo, Miguel F., 2008, *op.cit.*, nota 16, p. 48.

<sup>45</sup> Oraá, Jaime, *op.cit.*, nota 34, p. 191-192.

<sup>46</sup> Al respecto, véase Van Boven, Theodor C., Estudios del derecho internacional positivo de los derechos humanos, en Vasak, Karel, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984 (a), p. 138-139.

<sup>47</sup> Por ejemplo, véanse los artículos 12 del PIDCP; 22 de la CADH; y 2 del Protocolo no. 4 del CoEDH.

Humanos que recogió principios generales del Derecho Internacional, desarrollando el de la dignidad intrínseca de la persona que había proclamado la Carta de San Francisco en 1945.<sup>48</sup>

El argumento anterior es reforzado por la jurisprudencia de la CIJ. Por ejemplo, en su Opinión Consultiva sobre las “*Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio*”, la CIJ estableció que hay principios fundamentales que son obligatorios para los Estados aunque no hayan ratificado las normas convencionales sobre la materia. Así el carácter vinculante proviene de los propios principios fundamentales.<sup>49</sup> Asimismo, en su sentencia sobre el “*Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*”, la CIJ relacionó la CNU y la DUDH en función a los principios fundamentales.<sup>50</sup> Y en su Opinión Consultiva relativa a la “*Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*”, al analizar las Convenciones de La Haya y Ginebra, señaló que: “estas normas fundamentales son para ser respetadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que los contienen porque constituyen principios intrasgredibles del Derecho Internacional consuetudinario”.<sup>51</sup> De esta forma, la CIJ considera que existen ciertos principios del Derecho Internacional general que son vinculantes para los Estados y que la ausencia de ratificación de los instrumentos que los consagran no es impedimento para su obligatoriedad.

En cuanto al segundo argumento se refiere, es decir, a que la DUDH tiene el carácter de recomendación por haber sido adoptada en una resolución de la Asamblea General, se ha señalado que las declaraciones están en función de un conjunto de variables que les otorga una significación jurídica distinta del instrumento jurídico utilizado para su existencia, tales como: la intención de enunciar principios jurídicos de alcance general, la mayoría por la que hayan sido adoptadas, el contenido de la resolución, la práctica posterior de los Estados, y el seguimiento de que haya sido objeto la aplicación de la resolución. En otras palabras, una cosa es el instrumento jurídico (la resolución que *per se* no es obligatoria), y otra muy distinta la significación jurídica de las condiciones en que fue adoptada y el alcance jurídico del contenido de una determinada resolución de la Asamblea General.<sup>52</sup>

Además, la CIJ ha sostenido que si bien las resoluciones de la Asamblea General no son obligatorias, algunas veces pueden tener un valor normativo. Para ello, es importante examinar el contenido y las condiciones de su adopción, y si pueden mostrar la evolución gradual de la *opinio juris* requerida para el establecimiento de una nueva regla.<sup>53</sup> Una visión intermedia la encontramos en aquéllos que valoran a las resoluciones de la Asamblea General como un paso previo para la elaboración de un tratado internacional, como ocurrió

---

<sup>48</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1999, *op.cit.*, nota 3, p. 95.

<sup>49</sup> CIJ, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, Opinión Consultiva, de 28 de mayo de 1951, p. 23. También véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1995, *op.cit.*, nota 14, p. 103.

<sup>50</sup> *Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, *op.cit.*, nota 33, párr. 91.

<sup>51</sup> CIJ, *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, párr. 79.

<sup>52</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1999, *op.cit.*, nota 3, p. 91.

<sup>53</sup> *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, *op.cit.*, nota 51, párr. 70.

con los Pactos Internacionales de 1966, aunque resaltan que esto no las vuelve obligatorias.<sup>54</sup>

En conclusión, si bien la DUDH no es vinculante en sentido estricto, esto es, en la misma forma que lo es un tratado o una convención, no se puede refutar su carácter obligatorio solamente con base en argumentos formales, dejando de lado su complementariedad con la CNU y la práctica y la costumbre al interior de Naciones Unidas y de los propios Estados al incorporar los derechos humanos en su derecho interno. Eso sí, se debe reconocer que en la etapa actual de desarrollo, no todos los derechos y las libertades reconocidos por la DUDH resultan vinculantes para los Estados, como el ya mencionado derecho de libertad de circulación contenido en el artículo 13 de la Declaración, con todas las implicaciones que tiene su restrictiva regulación internacional y de derecho interno para los extranjeros y, especialmente, para los migrantes irregulares.

### 4.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>55</sup>

#### 4.3.1 La aplicación del PIDCP a los extranjeros

##### 4.3.1.1 El principio de no discriminación

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) parte del supuesto de la universalidad de los derechos humanos, no haciendo diferencia la mayoría de las veces entre los derechos de nacionales y extranjeros, ni distinciones basadas en el estatus migratorio de las personas.<sup>56</sup> Así, el artículo 2.1 contiene un ejemplo del *principio general de igualdad y no discriminación* que subyace al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en lo relativo a los extranjeros, al disponerse el respeto y la garantía de los derechos reconocidos en el Pacto “a todos los individuos” que se encuentren en el territorio de un Estado Parte y estén sujetos a su jurisdicción,<sup>57</sup> “sin distinción alguna”:

“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>54</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005, *op.cit.*, nota 32, p. 407.

<sup>55</sup> Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo de 1976. El Protocolo surgió debido a que la Comisión de Derechos Humanos defendió desde el inicio de su trabajo la necesidad de elaborar normas específicas que establecieran mecanismos de control y supervisión internacional del cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados. Así, por virtud del Protocolo, los Estados Partes reconocen la facultad del Comité de Derechos Humanos para supervisar por vía cuasi contenciosa la aplicación del Pacto y sus Protocolos. Existe un Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, destinado a abolir la pena de muerte, el cual fue aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128, de 15 de diciembre de 1989. A febrero de 2011, el PIDCP ha sido ratificado por 167 Estados y su Protocolo por 113 Estados. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en).

<sup>56</sup> Por ejemplo, el preámbulo del PIDCP no hace referencia alguna en ninguno de sus párrafos al estatus de nacionales o extranjeros de las personas, ni mucho menos a su situación migratoria en caso de ser extranjeras.

<sup>57</sup> La CIJ en su Opinión Consultiva sobre “Consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, de 9 de julio de 2004, señaló que el ámbito de aplicación del Pacto abarca tanto a los individuos que se encuentran “en el territorio de un Estado como a los que se encuentran fuera de él pero siguen sujetos a la jurisdicción de dicho Estado” (párr. 108).

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”.

El principio general de no discriminación contenido en el artículo 2.1 del PIDCP es corroborado por el artículo 26, el cual garantiza a “*todas las personas*” la igualdad ante la ley, así como protección igual y efectiva contra cualquier discriminación, sobre la misma base de lo dispuesto por el artículo 2.1<sup>58</sup>:

“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”.

El PIDCP contiene otras disposiciones que apoyan el principio de no discriminación. Así, por ejemplo, el artículo 2.3, inciso a), señala: “*toda persona* cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo [...]”. Asimismo, el artículo 3 establece la igualdad de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto. El artículo 14 establece que “*todas las personas* son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” y que “*toda persona* tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente [...]”. El artículo 23.4 dispone que los Estados deben tomar 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. Y el artículo 24 consagra el derecho de *todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento*, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

De esta forma, siguiendo el principio general de igualdad ante la ley y no discriminación, se puede afirmar que el PIDCP tiene aplicación a todas las personas que se encuentren en el territorio de un Estado Parte y estén sujetas a su jurisdicción, “*sin distinción alguna*”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en su Observación General no.15, ‘La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto’ 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 que “la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito 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”.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Cabe señalar que durante el proceso de elaboración del Pacto se sugirió reemplazar la palabra “personas” por “nacionales” o “ciudadanos” pero no fue aprobado. Ramcharan, B. G., Equality and Non Discrimination, en Henkin, L., (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 246, 263.

<sup>59</sup> Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General no.15, de 22 de julio de 1986, 27º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 1, 2.

Asimismo, en lo relativo a la obligación jurídica general impuesta por el Pacto a los Estados Partes, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

“En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte. Como se señala en la Observación general No. 15, aprobada en el 27º período de sesiones (1986), el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados Parte, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, *independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas*, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los *trabajadores migrantes* y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte [...]”.<sup>60</sup>

De esta forma, la regla general, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, es que los Estados Parte garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, sin discriminación entre nacionales y extranjeros.<sup>61</sup>

#### 4.3.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación del PIDCP a los extranjeros

##### a) Derechos políticos

Siguiendo la lógica de la soberanía estatal y la participación exclusiva de los nacionales en los procesos políticos de los Estados, el PIDCP excluye a los extranjeros del disfrute de los derechos políticos. Así, el artículo 25 limita el disfrute de estos derechos a los ciudadanos del Estado de que se trate. Sin embargo, tampoco existe ninguna previsión en este artículo que prevenga a los Estados de permitir a los extranjeros el disfrute de sus derechos políticos.<sup>62</sup>

##### b) Libertad de circulación

El artículo 12 del PIDCP dispone:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral

---

<sup>60</sup> Comité de Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Observación general No. 31, de 26 de mayo de 2004, 80º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 10.

<sup>61</sup> Lillich, R. B., Duties of States regarding the civil rights of aliens, *Recueil des Cours*, Vol. 161, No. III, 1978, p. 395; Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, 1980, *op.cit.*, nota 23, p. 768.

<sup>62</sup> El artículo 25 señala: “*Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la 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*”.



públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

El artículo 12 es un ejemplo de la contradicción subyacente entre la soberanía territorial de los Estados y los derechos de los extranjeros. El privilegio otorgado a la soberanía territorial de los Estados opera en dos niveles:

Primero, el artículo 12.2 muestra el carácter asimétrico de la libertad de circulación bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en virtud de que, al mismo tiempo que reconoce un aspecto de la libertad de circulación entre Estados (al menos en lo que se refiere al derecho a salir libremente de cualquier país), guarda silencio respecto a cualquier obligación de los Estados de otorgar acceso a sus territorios a extranjeros (como tradicionalmente ha estado establecido en el Derecho Internacional). De modo similar, el párrafo 4 del artículo 12 establece que “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. Sin embargo, cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos ha indicado que esta prohibición implícita de un extranjero de entrar a otro país que no sea el de su nacionalidad está sujeta a una excepción para los migrantes de larga duración.<sup>63</sup>

Segundo, el artículo 12.1, al ligar expresamente la libertad general de circulación con un estatus migratorio legal, establece la base para una jerarquía de los derechos otorgados a los individuos con base en su condición migratoria, la cual se extiende a otros derechos relacionados con la presencia en un país extranjero, por ejemplo a las protecciones en caso de expulsión.<sup>64</sup> Los migrantes irregulares, a diferencia de los solicitantes de asilo, no son inmunes a las penalidades por estar presentes de modo irregular en el territorio de un Estado extranjero.<sup>65</sup> Por ello, ha sido señalado que esta jerarquía de protección, que otorga privilegios solamente sobre la base del estatus migratorio regular/legal, está en contra de las políticas nacionales progresistas que otorgan derechos no sobre la base del estatus migratorio de las personas, sino de conformidad con las acciones ganadas por virtud de su presencia en el territorio de un Estado.<sup>66</sup>

Esta lógica prevalece aún en las disposiciones más básicas del PIDCP. Así, el artículo 26 que prohíbe la discriminación sobre la base del origen nacional o social o ‘cualquier otra condición social’ no especifica su prohibición sobre la base de ser ciudadano o extranjero o el estatus migratorio. En un esfuerzo por resolver esta incertidumbre, el Comité de Derechos Humanos ha concluido que la mayoría de disposiciones del Pacto generalmente tienen aplicación a todas las personas en el territorio de un Estado, incluidos los extranjeros

---

<sup>63</sup> Comité de Derechos Humanos, *Artículo 12 - La libertad de circulación*, Observación General No. 27, 67º período de sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 20.

<sup>64</sup> Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12. Por lo que 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 en virtud de las normas establecidas en el párrafo 3 del artículo 12. *Ibidem*, párr. 4.

<sup>65</sup> Véase el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

<sup>66</sup> Martin, Susan, *The Legal and Normative Framework of International Migration*, *Global Commission on International Migration*, Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme, 2005, p. 9.

que no se encuentren en un estatus regular.<sup>67</sup> Sin embargo, también ha concluido 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”.<sup>68</sup>

Aún más, la regulación del mercado de trabajo, la seguridad nacional, el orden público y la salud y seguridad públicas han sido considerados como razones legítimas para restringir los derechos de los extranjeros.<sup>69</sup> Como resultado, algunas prácticas estatales que tienen un impacto desproporcionado sobre los derechos de los extranjeros no serán discriminatorias si se prueba que el estatus migratorio es un aspecto relevante del trato. En el mismo sentido, algunas prácticas estatales no serán consideradas arbitrarias y, en consecuencia, contrarias a la ley si están dirigidas exclusivamente contra los migrantes. Por ejemplo, la prohibición contenida en el artículo 9.1 del PIDCP contra el arresto y detención arbitrarios no puede ser leída como una prohibición de todas las detenciones de los migrantes irregulares.

c) *Expulsión.* A diferencia de los migrantes regulares, los migrantes irregulares no tienen derecho a cuestionar su expulsión sobre ninguna base. Según el artículo 13:

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

Así, el artículo 13 establece que los extranjeros que permanezcan de modo *legal* en un Estado tienen derecho a tener las protecciones procesales necesarias antes de ser expulsados, incluida la revisión de su caso ante la autoridad competente y la exposición de las razones que lo asistan en contra de su expulsión.<sup>70</sup> Ahora, si bien estas protecciones sólo son aplicables para los extranjeros regulares, el Comité de Derechos Humanos señaló que “si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo al artículo 13”. Por lo que “corresponde a las autoridades competentes del Estado Parte, de buena fe y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicar e interpretar el derecho interno, observando, sin embargo, las exigencias previstas en el Pacto, como la igualdad ante la ley (art. 26)”.<sup>71</sup>

d) *Libertades de pensamiento, conciencia y de religión (art. 18), de expresión (art. 19), y de reunión (art. 21) y asociación, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses (art. 22).* En cuanto a estos derechos se refiere, si bien

---

<sup>67</sup> *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General no. 15, *op.cit.*, nota 59, párr. 2.

<sup>68</sup> Comité de Derechos Humanos, *No Discriminación*, Observación General No. 18, 10 de noviembre de 1989, 37º período de sesiones, 1989, 37º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 13.

<sup>69</sup> Guiraudon, Virginie, Lahav, Gallya, *A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migrant Control*, *Comparative Political Studies*, Vol. 133, 2000, p. 168.

<sup>70</sup> Si bien estos derechos procedimentales podrán ser negados a los extranjeros regulares si existen ‘razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello’. Art. 13, PIDCP.

<sup>71</sup> *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General no. 15, *op.cit.*, nota 59, párr. 9.

el PIDCP los reconoce a *todas las personas*, también sujeta su ejercicio a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger “la seguridad, la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.<sup>72</sup> Estos motivos, como se sabe, son amplios y son usados frecuentemente para restringir los derechos de los extranjeros y, aún más, los de aquéllos en situación irregular. Así, en razón de este tipo de cláusulas restrictivas insertadas en el PIDCP, los derechos de los migrantes en estatus irregular, en los supuestos mencionados, son particularmente vulnerables.

Cabe señalar que en cuanto al derecho de asociación se refiere (art. 22), y dentro del cual está incluido el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, el apartado 3 de dicho artículo dispone que ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la OIT de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías. Es decir, si bien este artículo en su apartado 2 permite la restricción del derecho de libertad sindical, por razones como “la seguridad, la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”, también reconoce implícitamente que dicho derecho, materia del Convenio no. 87 de la OIT y uno de los cuatro derechos fundamentales en el trabajo,<sup>73</sup> es protegido en el ámbito de la OIT a todas las personas, sin limitación alguna. Por ello, los Estados Partes de dicho Convenio (ampliamente ratificado)<sup>74</sup> se encuentran obligados a respetar y garantizar el ejercicio del derecho de libertad sindical a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, como es el caso de los trabajadores migrantes irregulares. Al respecto, el referido Convenio señala en su artículo 2:

“Los trabajadores y los empleadores, *sin ninguna distinción y sin autorización previa*, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

Como se puede apreciar de lo expuesto anteriormente, la protección internacional de los migrantes irregulares pende de la tensión existente entre la preocupación internacional de la protección de los derechos humanos de las personas y la soberanía territorial de los Estados. La doctrina de la soberanía territorial de los Estados permite a éstos ejercer un control exclusivo sobre su territorio.<sup>75</sup> Si bien este poder está sujeto a limitaciones impuestas por el Derecho Internacional y los derechos humanos, a la hora de hablar del tratamiento de los extranjeros, los derechos humanos parecen ceder el paso al principio soberano de los Estados de admitir y excluir a los extranjeros de sus territorios.<sup>76</sup> Como Linda Bosniak ha señalado, en el caso de los migrantes irregulares, los derechos humanos se enfrentan no sólo a los argumentos estatales de su autoridad jurisdiccional sobre los

---

<sup>72</sup> Véanse los artículos 18.3, 19.3 y 21 y 22.2 del PIDCP.

<sup>73</sup> Al respecto, véase la sección 4.9.3 de este capítulo.

<sup>74</sup> El Convenio no. 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, fue adoptado en San Francisco el 9 de julio de 1948 y entró en vigor el 4 de julio de 1950. A febrero de 2011, lo han ratificado 150 Estados. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C087>.

<sup>75</sup> Oppenheim, Lassa, *International law: a treatise*, 8ª ed., H. Lauterpacht (ed.), Vol. 1, London: Longmans, Green, 1955, p. 286.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 675-676; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2003, p. 498.

asuntos internos, sino también con este aspecto sustantivo de la soberanía: sus poderes territoriales y en expansión, incluida su casi indiscutida autoridad para admitir y excluir extranjeros de su territorio y conceder su nacionalidad (de hecho, prescribir la composición de su comunidad nacional).<sup>77</sup>

#### **4.3.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PIDCP**

El PIDCP reconoce sin excepción los siguientes derechos a todas las personas, por lo que los Estados de recepción que sean Partes del Pacto se encuentran obligados a respetarlos y garantizarlos a los migrantes irregulares: derecho a la vida (art. 6); a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); a no ser sometido a la esclavitud, a la servidumbre o a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (art. 8); a la libertad y a la seguridad personales (art. 9); a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano en caso de ser privado de la libertad (art. 10); a no ser encarcelado por deudas de carácter contractual (art. 11); a tener las garantías del debido proceso legal (art. 14); a la no retroactividad de la ley penal, ni a la imposición de pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (art. 15); al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16); a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, ni de ataques ilegales a la honra y reputación, y a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (art. 17); a la protección de la familia, a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 23); a la protección del niño, a que sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento, tenga un nombre y adquiera una nacionalidad (art. 24); y a la igualdad ante la ley (art. 26).

Destaca el artículo 27, el único del Pacto destinado a proteger a las minorías, que dispone: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado 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”.<sup>78</sup> En este sentido, se puede afirmar que los extranjeros tienen derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, de conformidad con el artículo 27 del PIDCP.

#### **4.3.2 La obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el PIDCP**

La obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el PIDCP se encuentra consagrada en el artículo 2, el cual dispone:

---

<sup>77</sup> Bosniak, Linda, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers under the International Migrant Workers Convention, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, p. 752.

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 7.

“1. 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.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) *Toda persona* cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Bajo el artículo 2.1 del PIDCP existen tres obligaciones precisas para los Estados Partes. En primer lugar, la obligación de respetar los derechos reconocidos en el PIDCP. En segundo lugar, la obligación de garantizar o proteger los derechos reconocidos en el PIDCP. Y, en tercer lugar, la obligación de no discriminar en la titularidad y el goce de los derechos reconocidos en el Pacto para las personas que se encuentran en el territorio y bajo la jurisdicción del Estado Parte. Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos:

“El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción. En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe”.<sup>79</sup>

Es importante resaltar que ninguna de las tres obligaciones se encuentra condicionada para su aplicación inmediata. Este criterio ha sido establecido por el Comité de Derechos Humanos del siguiente modo: “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”.<sup>80</sup>

Aún más, el párrafo 2 del artículo 2 establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Al respecto, el Comité manifestó: “el requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificado alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado”.<sup>81</sup> De esta forma, su aplicación significa que el Estado Parte debe derogar la legislación nacional existente que contravenga el contenido de los derechos del Pacto y reemplazarla por una legislación acorde a éste. En el caso que no exista legislación

---

<sup>79</sup> *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, op.cit.*, nota 60, párr. 3.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párr. 5.

<sup>81</sup> *Ibidem*, párr. 14.

nacional al respecto y se requiera para su goce la existencia de una norma interna, el Estado Parte tiene la obligación de implementar las normas nacionales que aseguren dicho goce.

Por último, el párrafo 3 del artículo 2 del PIDCP establece el derecho de *toda persona*, cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados, a interponer un recurso efectivo. La obligación para los Estados Partes que se desprende de este párrafo del artículo 2 es la de garantizar que aquellas personas cuyos derechos o libertades hayan sido lesionados (independientemente de si son nacionales o extranjeros e incluso sin importar su condición migratoria) tengan acceso a un recurso efectivo que los resarza en el goce de sus derechos. De lo anterior se deduce que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.

### 4.3.3 Suspensión de derechos

El artículo 4.1 del PIDCP permite la suspensión de los derechos de las personas en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, siempre que tales medidas 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. Es decir, las medidas que tengan por objeto hacer diferencias en razón de la nacionalidad, en estos casos, son permitidas.<sup>82</sup> No obstante, no se consideran justificadas las medidas en contra de una clase o un grupo específico de extranjeros sobre la base de los supuestos señalados en el artículo 4.1.<sup>83</sup>

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

“Según el párrafo 1 del artículo 4, 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. Aún cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna. En particular, se debe dar cumplimiento a esta disposición del párrafo 1 del artículo 4 cuando se hagan cualesquiera distinciones entre las personas al recurrir a medidas que suspenden la aplicación de determinados artículos del Pacto”.<sup>84</sup>

El Comité también ha expresado que la suspensión de derechos tiene un carácter excepcional y temporal, estando los Estados Partes sujetos a dos condiciones: en primer

---

<sup>82</sup> Claro está, hay derechos consagrados en el párrafo 2 que nunca pueden ser suspendidos respecto de ninguna persona: los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18, que aluden al derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la servidumbre, la prohibición de encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, el principio de legalidad, la prohibición de la retroactividad peyorativa de la norma, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

<sup>83</sup> Goodwin-Gill, Guy S., *International law and the movement of persons between states*, Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 69; McKean, Warwick, *Equality and discrimination under international law*, Oxford: Clarendon Press; Oxford University Press, 1983, p. 200.

<sup>84</sup> Comité de Derechos Humanos, *Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General no. 29, de 31 de agosto de 2001, 72º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 8.

lugar, a que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y, en segundo lugar, a que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción.<sup>85</sup> Estos dos requisitos son esenciales para considerar que se ha cumplido con lo dispuesto por el Pacto, por lo que los Estados deben justificar “escrupulosamente” no sólo la decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de la declaración.<sup>86</sup> Asimismo, el Comité ha resaltado que ninguna disposición del PIDCP permite la suspensión de las obligaciones provenientes del Derecho Internacional Humanitario, ni tampoco de las contraídas en virtud de otro tratado o del Derecho Internacional general.<sup>87</sup>

De este modo, el criterio general expuesto por el Comité de Derechos Humanos es que las medidas de suspensión de las obligaciones provenientes del instrumento internacional deben estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación. Esto se refleja cuando señala que las medidas de suspensión deben ser proporcionales a las exigencias de la situación: “Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son también necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte”.<sup>88</sup>

El PIDCP establece en el párrafo 2 del mismo artículo 4 que no cabe la suspensión del instrumento internacional para el derecho a la vida (art. 6), la prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 8, 1 y 2), la prohibición del encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales (art. 11), la prohibición de penas aplicando la retroactividad penal (art. 15), el derecho a la personalidad jurídica (art. 16), y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18). El Comité de Derechos Humanos ha resaltado que el listado del artículo 4 párrafo 2 no significa que los demás derechos puedan ser suspendidos discrecionalmente, aún cuando el Estado exprese que exista una amenaza a la vida de la nación porque la suspensión debe restringirse exclusivamente a las obligaciones que exijan la situación.<sup>89</sup> A su vez, los derechos y libertades que no pueden ser suspendidos tienen que estar debidamente garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial.<sup>90</sup>

En resumen, los derechos reconocidos en el PIDCP pueden ser suspendidos si se cumplen las exigencias dispuestas por el propio instrumento internacional, aunque bajo ninguna circunstancia puede ser suspendido las obligaciones de respetar y garantizar la prohibición de la esclavitud y servidumbre dentro de los Estados Partes y las obligaciones de respetar y garantizar la prohibición de cualquier tipo de discriminación dentro de las relaciones laborales, todas de suma importancia para los migrantes irregulares.

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, párr. 2.

<sup>86</sup> *Ibidem*, párr. 5.

<sup>87</sup> *Ibidem*, párr. 9.

<sup>88</sup> *Ibidem*, párr. 4.

<sup>89</sup> *Ibidem*, párr. 6.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párr. 15.

### 4.3.4 Reservas y denuncia del PIDCP

#### 4.3.4.1 Reservas<sup>91</sup>

El PIDCP no contiene ninguna disposición sobre las reservas a su contenido, por lo que se sujeta a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, es decir, a que un Estado puede formular una reserva al tratado siempre que sea compatible con el objeto y fin del instrumento internacional (art. 19). Además, cabe recordar que la CIJ ha sostenido, en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que no están prohibidas las reservas a la Convención,<sup>92</sup> y que una reserva es permisible mientras no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.<sup>93</sup> Por lo que esta interpretación se puede extender hacia los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que no establecen ninguna regulación al respecto.

El Comité de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre las reservas al PIDCP,<sup>94</sup> agregando que las reservas deben someterse a la prueba de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado porque “el número de reservas, su contenido y su alcance pueden menoscabar la eficaz aplicación del Pacto y [tender] a debilitar el respeto hacia las obligaciones que ellos, y otros Estados Partes han contraído de hecho”.<sup>95</sup> Además, ha señalado que no caben reservas que nieguen el derecho a los pueblos de establecer libremente su condición política, ni es aceptable una reserva a la obligación de respetar y garantizar los derechos y hacerlo sobre una base discriminatoria, o que un Estado adopte una reserva sobre la obligación de adoptar las medidas necesarias a nivel interno para hacer efectivos los derechos reconocidos en el PIDCP.<sup>96</sup> Tampoco caben reservas sobre el

---

<sup>91</sup> Véanse las reservas realizadas al PIDCP en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en).

<sup>92</sup> *Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio*, op.cit., nota 49, p. 22.

<sup>93</sup> CIJ, *Caso relativo a actividades militares en el territorio del Congo*, sentencia de 3 de febrero de 2006, párr. 66.

<sup>94</sup> Algunos Estados (Estados Unidos, Reino Unido, Francia) han cuestionado los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos sobre las reservas presentadas por los Estados Partes y han discutido sobre la facultad del órgano de control de calificarlas, es decir, sobre si puede aceptar o rechazar las reservas de los Estados Partes. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha señalado que, toda vez que los tratados de derechos humanos guardan silencio sobre el tema, los órganos de control son competentes para comentar y expresar recomendaciones sobre la admisibilidad de las reservas presentadas por los Estados, sin que esto afecte las modalidades tradicionales de control por los Estados Partes. Eso sí, los órganos de control en el ejercicio de sus potestades con respecto a las reservas no pueden exceder del poder que se les ha otorgado. Por lo que, en el caso de la no admisibilidad de una reserva, es el Estado que ejercita la reserva quien tiene que tomar acción, ya sea modificándola, retirándola o denunciando a continuar seguir siendo Parte del tratado. Al respecto, véanse: Boerefijn, Ineke, *The Reporting Procedure under Covenant on Civil and Political Rights*, Antwerpen: Intersentia-Hart, 1999, p. 104-105; CDI, *Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos incluyendo tratados de derechos humanos*, A/52/10, 1997, párr. 6-10.

<sup>95</sup> Comité de Derechos Humanos, *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, Observación general no. 24, de 11 de noviembre de 1994, 52º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 6, 1.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párr. 9.



artículo 4 que niega la suspensión de determinados derechos ante una situación de excepción,<sup>97</sup> ni sobre las garantías de los derechos recogidos en el Pacto, ya que éstas constituyen el marco necesario para asegurar la protección de los derechos civiles y políticos.<sup>98</sup>

En resumen, se pueden formular reservas al PIDCP, siempre que no vayan en contra del objeto y fin del tratado. Por ello, no pueden presentarse reservas a las disposiciones que establecen las garantías que protegen los derechos enumerados en el Pacto, a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y hacerlo sobre una base discriminatoria, y a la obligación de adoptar las medidas necesarias a nivel interno para hacer efectivos los derechos humanos del PIDCP. Cabe recordar que los Estados Partes no pueden realizar reservas a derechos de importancia esencial para los migrantes irregulares como la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y al principio de prohibición de todo tipo de discriminación.

#### 4.3.4.2 Denuncia

El PIDCP tampoco contiene ninguna disposición relativa su denuncia o retiro, por lo que nuevamente la CV69 sería la norma supletoria al respecto. En este sentido, cabe recordar que el artículo 56.1 de la CV69 señala: “Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro no podrá ser objeto de denuncia o retiro a menos: a) que conste que fue la intención de las Partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro; o, b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”. Por lo que en el caso del PIDCP, podría interpretarse que por su fin y objeto -el reconocimiento y la protección de los derechos humanos- se omitió el derecho de denuncia o de retiro.<sup>99</sup> Además, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que el Pacto no puede ser objeto de denuncia ni de retirada porque la no inclusión de su denuncia fue una omisión deliberada, por lo que “el Derecho Internacional no permite que un Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él originariamente o a título de sucesión lo denuncie ni se retire de él”.<sup>100</sup> De esta forma, se puede concluir que la denuncia o retiro del PIDCP no es aceptada.

#### 4.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, párr. 10.

<sup>98</sup> *Ibidem*, párr. 11.

<sup>99</sup> Aunque se debe reconocer que se trataría de un caso especial porque otros instrumentos internacionales de derechos humanos sí permiten la posibilidad de la denuncia o el retiro, por ejemplo el primer Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 12); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 52); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 21).

<sup>100</sup> Comité de Derechos Humanos, *Continuidad de las obligaciones*, Observación General No. 26, de 66º período de sesiones, de 8 de diciembre de 1997, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 2, 5.

<sup>101</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976, de acuerdo con el artículo 27 del mismo. A febrero de 2011, 160 Estados lo han ratificado. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en).

El Protocolo Facultativo del PIDESC fue aprobado en la Resolución A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008. Aún no entra en vigor, toda vez que su artículo 18 dispone que su entrada en vigor cuando se registren

#### 4.4.1 La aplicación del PIDESC a los extranjeros

##### 4.4.1.1 El principio de no discriminación

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), al igual que el PIDCP, parte del supuesto de la universalidad de los derechos humanos, no haciendo diferencia la mayoría de las veces entre los derechos de nacionales y extranjeros, ni distinciones basadas en el estatus migratorio de las personas. Como señalan los *Principios de Limburgo*: “Como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado”.<sup>102</sup> El artículo 2.2 del PIDESC corrobora esta afirmación al establecer el principio de no discriminación:

“Los Estados Partes en el presente Pacto 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, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Como se puede apreciar, entre los motivos prohibidos de discriminación no se encuentra la de ser extranjero (aunque sí la del “origen nacional”),<sup>103</sup> por lo que se ha discutido si es un supuesto válido la diferenciación entre nacionales y extranjeros en el aseguramiento de los derechos contenidos en el PIDESC. Al respecto, Lillich señala que los supuestos señalados en el artículo 2.2 no son exhaustivos, si bien el PIDESC no tiene una norma general de no discriminación contra los extranjeros en comparación con el PIDCP.<sup>104</sup> Goodwin-Gill anota que la disposición es lo suficientemente amplia como para limitar las circunstancias en que la discriminación en contra de los extranjeros está justificada, pero señala que el artículo 2.3 puede debilitar este argumento.<sup>105</sup>

Klerk indica que, desde un punto de vista estricto, el uso de las palabras “por motivos de” en vez de “tales como” no necesariamente significa que la lista de motivos prohibidos de discriminación tenía la intención de ser exhaustiva, dada la falta de discusión sobre este aspecto en el proceso de elaboración del Pacto. Aún más, observa que los redactores vieron que la inclusión de supuestos adicionales, como la “asociación con grupos minoritarios”, era innecesaria al estar adecuadamente cubiertos en la disposición por términos como “sin discriminación alguna” y “cualquier otra condición social”.<sup>106</sup> Warzazi señala, por el

---

10 ratificaciones o adhesiones. Hasta febrero de 2011, los siguientes Estados han reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones: Ecuador, Mongolia y España. Véase

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en)

<sup>102</sup> ONU, *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, NU Doc. E/CN.4/1987/17, Anexo, reproducido en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, párr. 42.

<sup>103</sup> El Comité ha señalado que “origen nacional” se refiere al Estado, la nación o el lugar de *origen* de una persona, lo cual no implica su nacionalidad. La “nacionalidad” la incluye dentro del rubro “otra condición social”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 20, 42º período de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 24, 30.

<sup>104</sup> Lillich, R. B., 1984, *op.cit.*, nota 23, p. 47-48.

<sup>105</sup> Goodwin-Gill, 1978, *op.cit.*, nota 83, p. 68.

<sup>106</sup> Klerk, Y., Working Paper on Article 2 (2) and Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, p. 256.

contrario, que la mayoría de los redactores consideraron que la palabra “discriminación” daba a los Estados suficiente libertad para hacer distinciones entre nacionales y extranjeros con respecto a ciertos derechos, en particular con el derecho al trabajo y los beneficios sociales, los cuales los gobiernos consideran deben seguir siendo limitados a los nacionales.<sup>107</sup>

La práctica del Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales, por otro lado, indica que la lista de motivos señalados en el artículo 2.2, en efecto, sólo es ilustrativa. La inclusión de “cualquier otra condición social” indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría<sup>108</sup> en virtud de que el carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.<sup>109</sup> Entre los motivos comprendidos en la categoría de “cualquier otra condición social” ha señalado: discapacidad, edad, *nacionalidad*, estado civil y situación familiar, orientación sexual e identidad de género, estado de salud, lugar de residencia y situación económica y social,<sup>110</sup> así como la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, o una intersección de dos causas prohibidas de discriminación, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad.<sup>111</sup>

En cuanto a la nacionalidad se refiere, el Comité ha señalado que no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el PIDESC por razones de nacionalidad,<sup>112</sup> por ejemplo, todos los niños que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado Parte, *incluidos los irregulares*, tienen derecho a recibir educación, alimentación adecuada y atención sanitaria asequible. 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.<sup>113</sup> Por lo anterior, se puede afirmar

---

<sup>107</sup> Warzazi, Halima E., *Exploitation of Labour Through Illicit and Clandestine Trafficking*, Preliminary Study, New York: United Nations, 1974, p. 30, párr. 93.

<sup>108</sup> *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, *op.cit.*, nota 103, párr. 15.

<sup>109</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>110</sup> *Ibidem*, párr. 28-35.

<sup>111</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>112</sup> 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 garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

<sup>113</sup> *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, *op.cit.*, nota 103, párr. 30. Cabe señalar que, sobre la base de un estudio de las Observaciones Generales y Finales del Comité, Sepúlveda observó: “en cuanto al alcance personal [...] todos los derechos contenidos en el Pacto se aplican para cada una de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado Parte, con independencia de su condición de

que los Estados tienen prohibida la discriminación de los extranjeros y los trabajadores migrantes, regulares e irregulares, al asegurar los derechos contenidos en el PIDESC.

#### 4.4.1.2 Limitación general de los derechos de los extranjeros

El artículo 2.3 del PIDESC establece una clara limitación de los derechos de los extranjeros al señalar 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”.<sup>114</sup>

Como Lillich señala, esta disposición constituye una *carte blanche* para los países en vías de desarrollo para dar prioridad a sus nacionales en el aseguramiento de los derechos económicos.<sup>115</sup> Sin embargo, el objetivo de esta disposición fue permitir a los Estados en vías de desarrollo el rectificar el legado del colonialismo que dejó a ciertos grupos de extranjeros con una indebida influencia sobre sus economías.<sup>116</sup> Esta razón no ha salvado de críticas a esta disposición.<sup>117</sup> De hecho, en el proceso de elaboración del PIDESC, varios delegados la vieron como contraria al espíritu de universalidad e igualdad que subyace al Pacto y con posibilidades de suscitar toda clase de discriminaciones en contra de los extranjeros.<sup>118</sup>

Ahora, cabe recordar que el artículo 2.3 no significa que los Estados puedan discriminar a los extranjeros ni en general ni en particular bajo el PIDESC, pues las disposiciones de derechos humanos serían totalmente innecesarias si en general los Estados pudieran

---

legalidad dentro de él”. No obstante, “el estudio mostró que, aunque el Comité ciertamente ha enfatizado este principio en sus Observaciones Generales, al considerar los reportes de los Estados Partes no lo ha aplicado de una forma estricta. El grado de flexibilidad en la aplicación del principio depende de las diferentes categorías de no nacionales involucrados y los derechos en cuestión”. Y que, “en cuanto a la aplicación territorial del Pacto, la investigación concluyó que allí no hay dudas de que el Pacto se aplica a cada uno dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Esta es la interpretación señalada consistentemente por el Comité en el examen de los informes de los Estados Partes, como en sus Observaciones Generales”. Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 425.

<sup>114</sup> Goodwin-Gill señala que esta disposición es acorde con algunas resoluciones de la Asamblea General, por ejemplo: AG Res. 1803 (XVII) de 1962, Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales; AG Res. 3281 (XXIX) de 1974, por la cual se adopta la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Goodwin-Gill, 1978, *op.cit.*, nota 83, p. 68.

<sup>115</sup> Lillich, R. B., 1984, *op.cit.*, nota 23, p. 47.

<sup>116</sup> La disposición fue adoptada en una cerrada votación de 41 votos a favor y 38 en contra con 12 abstenciones. McKean, Warwick, *op.cit.*, nota 83, p. 201; *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op.cit.*, nota 102, párr. 43.

<sup>117</sup> Por ejemplo, McKean señala que el artículo 2.3 debe ser considerado como una “infortunada inclusión en un convenio de esta naturaleza y probable de causar odiosas e irrazonables distinciones en contra de los extranjeros sobre la base de su nacionalidad extranjera”. McKean, Warwick, *op.cit.*, nota 83, p. 201.

<sup>118</sup> Sohn, L., Supplementary Paper: A Short History of United Nations Documents on Human Rights, en Commission to Study the Organization of Peace, (ed.), *The United Nations and Human Rights*, Metuchen: Scarecrow Press, 1968, p. 116.

discriminar a los extranjeros.<sup>119</sup> Esto significa que los derechos económicos de los extranjeros sólo pueden ser *limitados* y no anulados.<sup>120</sup> Al ejercitar el artículo 2.3, los Estados en vías de desarrollo deben dar la debida consideración a los derechos humanos, asegurando todos aquellos que no son económicos y se encuentran incluidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y a su economía nacional, lo que significa que sólo deberán ejercitar esta disposición si la economía nacional así lo requiere.<sup>121</sup>

Además, a pesar de que el artículo 2.3 ha sido criticado por socavar el concepto de la universalidad de los derechos humanos, probablemente otorga a los Estados no desarrollados el mismo grado de discrecionalidad que los países desarrollados ya disfrutaban en esta materia. En la práctica, estos últimos Estados siempre han protegido los derechos económicos de sus nacionales al imponer exigentes requisitos de entrada y permanencia a los extranjeros y, en general, al controlar sus economías.<sup>122</sup> Eso sí, el artículo 2.3 deja claro que los Estados desarrollados no pueden excluir manifiestamente a los extranjeros de la protección de sus derechos económicos.

Otra crítica que ha suscitado el artículo 2.3 es la ambigüedad de algunos de sus términos.<sup>123</sup> Por ejemplo, a pesar de que los derechos no económicos contenidos en el PIDESC no se encuentran afectados por lo dispuesto en este artículo, no está enteramente claro cuáles son los derechos económicos. Si fueran definidos como “los derechos que permiten a una persona ganarse el sustento o que se relacionan con ese proceso”,<sup>124</sup> el derecho al trabajo establecido en el artículo 6<sup>125</sup> estaría claramente afectado por el artículo 2.3, si bien también es considerado como un ‘derecho social’.<sup>126</sup> La garantía del artículo 7 a ‘condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias’ también puede caer dentro de la categoría de derechos económicos.<sup>127</sup> Sin embargo, sería muy difícil justificar restricciones al artículo 7. Aunque los Estados no están obligados a garantizar a los extranjeros el derecho al trabajo en los mismos términos que a sus nacionales,<sup>128</sup> una vez que se ha otorgado a los extranjeros, regulares e irregulares, este derecho, deben tener el mismo derecho que los nacionales a gozar de ‘condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias’.<sup>129</sup>

---

<sup>119</sup> Lillich, R. B., 1978, *op.cit.*, nota 61, p. 395-396; Mc Dougal, Myres S.; Lasswell, Harold D.; Chen, Lung Chu, 1980, *op.cit.*, nota 23, p. 769.

<sup>120</sup> Dankwa, E. V. O., Working paper on article 2 (3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 3, 1987, p. 244-245.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 238, 242.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>123</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 58.

<sup>124</sup> Dankwa, E. V. O., *op.cit.*, nota 120, p. 240.

<sup>125</sup> El artículo 6.1 señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende *el derecho de toda persona* a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”

<sup>126</sup> Dankwa, E. V. O., *op.cit.*, nota 120 p. 239-240.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>128</sup> Craven, Matthew C. R., *The international covenant on economic, social, and cultural rights: a perspective on its development*, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 215-216.

<sup>129</sup> Goodwin-Gill, G. S., Immigration, Nationality and the Standards of International Law, en Dummett, A., (ed.), *Towards a Just Immigration Policy*, London: Cobben Trust, 1986, p. 14; Goodwin-Gill, G. S., Jenny, R.

El término “países en desarrollo” también ha sido considerado como no estar suficientemente claro en el artículo 2.3. Al respecto, aunque no se otorga una definición de “países en desarrollo”, se entiende que son aquellos económicamente débiles, especialmente los que han estado sometidos por el colonialismo.<sup>130</sup> No obstante, la clasificación de países desarrollados y en vías de desarrollo no siempre es clara. El Banco Mundial señala que el término “economías en desarrollo” se usa para denotar al grupo de economías de bajo y mediano ingreso,<sup>131</sup> si bien dicho término “no implica ni que todas las economías pertenecientes al grupo estén en proceso de desarrollo, ni que aquéllas que no estén en ese grupo necesariamente hayan alcanzado alguna etapa ideal o final de desarrollo”.<sup>132</sup> Lo que sí es claro, sin embargo, es que hay muchos más países en el mundo que se encuentran dentro de la clasificación del Banco Mundial de “economías en desarrollo” que dentro de la de “economías desarrolladas”.<sup>133</sup> Presumiblemente, una vez que la economía de un país alcanza cierto nivel de desarrollo, dicho país no caerá por mucho tiempo dentro de la categoría de “economías en desarrollo”<sup>134</sup> y, en consecuencia, no podrá imponer limitantes a los derechos de los extranjeros conforme al mencionado artículo 2.3.

Finalmente, otro término no definido en el artículo 2.3 es el de “no nacionales”. Aunque se han planteado dudas sobre si los migrantes irregulares pueden beneficiarse de los derechos contenidos en el PIDESC, el goce de los derechos contenidos en el Pacto,<sup>135</sup> al igual que el de los contenidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no está restringido por la condición migratoria de las personas (salvo que así expresamente se señale como es el caso del artículo 12.1 del PIDCP). Como señala Cholewinski, “es importante evitar una construcción tan limitada de estos derechos si se quiere mantener su naturaleza universal”.<sup>136</sup>

#### 4.4.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PIDESC

---

K., Perruchoud, R., Basic Humanitarian Principles Applicable to Non Nationals, *International Migration Review*, Vol. 10, 1985, p. 558.

<sup>130</sup> Dankwa, E. V. O., *op.cit.*, nota 120, p. 236, 238.

<sup>131</sup> Para el año 2009, el Banco Mundial consideró como *economías de bajo ingreso* a aquellas con ingresos iguales o menores a \$995 dólares americanos per cápita (ingreso nacional bruto-INB) y como *economías de mediano ingreso* a aquellas con ingresos de \$996 a \$3,945 dólares americanos per cápita (ingreso nacional bruto-INB). Véase, Banco Mundial, *World Bank Analytical Classifications, (presented in World Development Indicators), GNI per capita in US\$ (Atlas methodology)*, Country Analytical History. Disponible en: <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

<sup>132</sup> Banco Mundial, *How We Classify Countries. A short History*, <http://data.worldbank.org/about/country-classifications/a-short-history>.

<sup>133</sup> De 214 países considerados, en 2009 el Banco Mundial clasificó a 70 países como *países de alto ingreso* (ingresos mayores a \$12,195 dólares americanos per cápita de INB); a 48 países como *países de ingreso medio alto* (ingresos entre \$3,946 y \$12,195 dólares americanos per cápita de INB); a 56 países como *países de ingreso medio bajo* (ingresos entre \$996 y \$3,945 dólares americanos per cápita de INB); y a 40 países como *países de ingreso bajo* (ingresos menores a \$995 dólares americanos per cápita de INB). *World Bank Analytical Classifications, (presented in World Development Indicators), GNI per capita in US\$ (Atlas methodology)*, *op.cit.*, nota 131.

<sup>134</sup> *International Provisions Protecting the Human Rights of Non Citizens*, Estudio preparado por la Baronesa Elles, *op.cit.*, nota 26, p. 8, párr. 51.

<sup>135</sup> Dankwa, E. V. O., *op.cit.*, nota 120, p. 242.

<sup>136</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 59.

Además del artículo 2.3 (y el 4 que contiene una limitación general a los derechos reconocidos en el Pacto<sup>137</sup>), no existen limitaciones específicas a los derechos de los extranjeros en el PIDESC. De hecho, el Pacto reconoce a todas las personas un amplio catálogo de derechos, algunos de los cuales son de suma importancia para los migrantes irregulares por su condición de vulnerabilidad:

a) *Derechos al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias* (art. 6 y 7). Como ya antes se había señalado, estos derechos de capital importancia para nuestro tema de estudio, están garantizados a *todas* las personas, sin discriminación alguna por su calidad de nacionales o extranjeros o de regulares o irregulares.<sup>138</sup> Al respecto, cabe recordar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el principio de no discriminación, según figura en el artículo 2.2 del PIDESC y en el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios, debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo de trabajadores migratorios y sus familias. A este respecto, el Comité ha subrayado la necesidad de que se diseñen planes de acción nacionales para respetar y promover dichos principios mediante medidas adecuadas, tanto legislativas como de otro tipo.<sup>139</sup>

Asimismo, el Comité ha hecho hincapié en la obligación de los Estados de respetar el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, como los trabajadores migratorios.<sup>140</sup> Además, ha subrayado la obligación de los Estados de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, *en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta*,<sup>141</sup> situación a la que muchas veces se enfrentan los trabajadores migrantes irregulares.

En cuanto a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), la principal obligación de los Estados es proteger a las personas, lo que involucra el establecimiento de un 'piso' mínimo de derechos aplicable a los contratos de trabajo y un sistema de vigilancia. Craven señala que toda vez que el Comité enfrenta dificultades para establecer el nivel exacto a que cada derecho debe ser establecido, debe centrarse en obligaciones de

---

<sup>137</sup> Este artículo se analiza en la sección 4.4.3 de este capítulo.

<sup>138</sup> *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *op.cit.*, nota 103, párr. 30. También véase Goodwin-Gill, G. S., 1986, *op.cit.*, nota 129, p. 14.

<sup>139</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al trabajo*, Observación General No. 18, 6 de febrero de 2006, E/C.12/GC/18, párr. 18.

<sup>140</sup> Un tipo de trabajadores migratorios especialmente vulnerables a ser sometidos a condiciones de trabajo forzoso son los empleados en el servicio doméstico. Sobre la vulnerabilidad de estos trabajadores migratorios, regulares e irregulares, véanse Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, del 30 de noviembre de 2010, 13º período de sesiones, CMW/C/12/CRP.2/ Rev.2, párr. 7-27; *Día de debate general sobre los trabajadores migratorios en el servicio doméstico. 14 de octubre de 2009. Nota de antecedentes*, 17 de julio de 2009, CMW/C/11/CRP.1; OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe IV (2).

<sup>141</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al trabajo*, *op.cit.*, nota 139, párr. 23, 4.

procedimientos básicos, como las relativas al cumplimiento del salario mínimo, inspecciones laborales y evaluaciones del salario.<sup>142</sup> A diferencia del derecho de acceso al trabajo, el otorgar igualdad a los extranjeros respecto a los nacionales en el disfrute de condiciones de trabajo justas no ha sido controversial para los Estados, por lo que lo mismo debe aplicar a los extranjeros en situación irregular.

b) *Libertad sindical (art. 8)*. El PIDESC también garantiza a todas las personas los derechos relativos a la libertad sindical sin hacer diferencia entre nacionales y extranjeros (regulares o irregulares),<sup>143</sup> asemejándose a lo dispuesto por el artículo 22 del PIDCP. Ambas disposiciones, sin embargo, están sujetas a limitaciones similares. El artículo 22.2 del PIDCP señala: “El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”. Mientras que el artículo 8.2 del PIDESC dispone: “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”. En este último caso, sin embargo, los extranjeros quedan libres de tales limitaciones pues normalmente no pueden acceder a tales cargos en un Estado que no es el de su nacionalidad.

c) *Derecho a la seguridad social (art. 9)*. Este derecho, también de importancia crítica para los trabajadores migrantes, está redactado de una forma en que no hace distinciones entre su disfrute por nacionales o extranjeros (regulares e irregulares): “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.<sup>144</sup> Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha apuntado que, de conformidad con el artículo 2.2 que prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad, y toda vez que el Pacto no contiene ninguna limitación jurisdiccional expresa, los trabajadores migratorios que han cotizado a un plan de seguridad

---

<sup>142</sup> Craven, Matthew C. R., 1998, *op.cit.*, nota 128, p. 246-247.

<sup>143</sup> Por ejemplo, véase el asunto *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S., 2002, en el que un trabajador mexicano irregular fue despedido injustificadamente por dicha empresa estadounidense, junto con otros tres trabajadores, por realizar actividades sindicales. Véase un análisis del caso y las consecuencias internacionales que conllevó en Ortega Velázquez, Elisa, Los trabajadores migrantes irregulares y sus derechos humanos laborales en Estados Unidos: el caso de los trabajadores mexicanos, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 1, No. 2, 2008, p. 257-263.

<sup>144</sup> La seguridad social en este artículo está contemplada en un sentido limitado, al referirse solamente a los esquemas de aseguramiento que garantizan el bienestar de los trabajadores y otras personas económicamente activas en situaciones de riesgo. Es decir, no contempla la asistencia de fondos públicos financiados con impuestos. Las Directrices generales no. 9 del Comité delinean ampliamente los estándares desarrollados por la OIT. Los Estados deben reportar sobre 9 ramas de la seguridad social: atención médica, prestaciones por enfermedad, seguro de desempleo, pensión por jubilación, prestaciones por accidentes de trabajo, prestaciones familiares, prestaciones por maternidad, seguro de invalidez y viudez. Scheinin, Martin, *The Right to Social Security*, en Eide, Asbjørn, Krause, Catarina, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1995, p. 159-162.



social deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país.<sup>145</sup> Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse lesionados por el cambio del lugar de trabajo.<sup>146</sup>

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 migratoria, tienen derecho a atención médica primaria y de emergencia.<sup>147</sup> Los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupos desfavorecidos y marginados –por ejemplo los trabajadores migrantes irregulares– deben disfrutar del mismo trato para el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales.<sup>148</sup>

*d) Protección de la familia, la mujer embarazada y el niño (art. 10).* Esta disposición protege, sin discriminación alguna, a la familia, la mujer embarazada y el niño. El apartado 1 del artículo 10 reconoce a todas las personas el derecho a la protección de la familia y a contraer matrimonio. El apartado 2 hace hincapié en la protección especial que se debe otorgar a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Y que, durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. Esta disposición es de especial importancia para las migrantes irregulares, quienes, a causa de su vulnerabilidad y la falta de oportunidades de educación en materia de planificación familiar, tienen una tasa mayor de embarazos no deseados y menores posibilidades de acceso a la atención prenatal,<sup>149</sup> y, no se diga, de falta de prestaciones como la concesión de licencia con remuneración o prestaciones de seguridad social. Por ello, es importante resaltar que las migrantes irregulares están protegidas por esta disposición, independientemente de su condición migratoria.

Por último, el apartado 3 del artículo 10 señala el deber de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en materia laboral a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación *o cualquier otra condición*, como lo puede ser su situación migratoria irregular o la de sus padres. Entre las medidas que establece están las de: protegerlos contra la explotación económica y social; castigar su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley; y la de establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. La protección que esta disposición otorga a los niños

---

<sup>145</sup> Véase el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/60/871), párr. 98. También véase el artículo 27 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

<sup>146</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, Observación General No. 19, 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 36.

<sup>147</sup> *Ibidem*, párr. 37.

<sup>148</sup> Véanse los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

<sup>149</sup> Véase la sección 3.4.2.2 del capítulo 3 de este trabajo.

migrantes irregulares es de gran relevancia pues constituyen un grupo especialmente vulnerable a la violación de sus derechos humanos básicos,<sup>150</sup> incluidos los de carácter laboral cuando entablan una relación de trabajo en los Estados de recepción.

e) *Derechos a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11).* Estos derechos se encuentran enmarcados dentro de una disposición que también está redactada de tal forma que incluye a *todas* las personas, incluidos naturalmente los extranjeros de cualquier condición migratoria. Cabe señalar que el derecho a la vivienda fue abordado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 4, en la que reiteró que el derecho a una vivienda adecuada tiene aplicación a *todas las personas* “independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores”,<sup>151</sup> pero no se refirió específicamente a la ‘nacionalidad’ como un motivo prohibido de discriminación en este respecto, aunque señaló que el goce de este derecho debe ser acorde al artículo 2.2 del Pacto.

Asimismo, enfatizó los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial.<sup>152</sup> Y que las Directrices generales revisadas en materia de presentación de informes adoptadas por el Comité (E/C.12/1991/1) destacan la necesidad de ‘proporcionar información detallada sobre aquellos grupos de [la] sociedad que se encuentran en una situación vulnerable y desventajosa en materia de vivienda’. Incluyen, en particular, las personas sin hogar y sus familias, las alojadas inadecuadamente y las que no tienen acceso a instalaciones básicas, las que viven en asentamientos “ilegales”, las que están sujetas a desahucios forzados y los grupos de bajos ingresos”.<sup>153</sup> Sin duda, los trabajadores migrantes y sus familias y, en especial, los irregulares caen dentro de alguna o varias de las categorías señaladas.

f) *Derecho a la salud (art. 12).* Este derecho también está redactado de tal forma que no previene su disfrute a extranjeros o que diferencian su otorgamiento según su condición migratoria. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha anotado que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos, entre los que se halla la nacionalidad,<sup>154</sup> por lo que es claro que los trabajadores migrantes deben gozar de este derecho sin discriminación alguna por su carácter de extranjeros.

---

<sup>150</sup> Véase la sección 3.4.2.1 del capítulo 3 de este trabajo.

<sup>151</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1)*, Observación General No. 4, 13 de diciembre de 1991, párr. 6.

<sup>152</sup> *Ibidem*, párr. 11.

<sup>153</sup> *Ibidem*, párr. 13.

<sup>154</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación general No. 14, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, párr. 12, 18, 19.

g) *Derecho a la educación (art. 13)*. Otro derecho que no está restringido para los extranjeros, independientemente de su situación migratoria, es el derecho a la educación. Al respecto, cabe recordar que el principio de que la educación de un Estado debe estar disponible para todas las personas presentes en su territorio también está consagrado en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960, la cual señala en su artículo 3, inciso e, que los Estados deben: “conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales”. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 2.1:

“1. 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”.

De modo similar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos, como la nacionalidad. Además, considerando lo señalado por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de la UNESCO, “confirma que el principio de la no discriminación se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, *comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica*”.<sup>155</sup>

Finalmente, cabe señalar que el artículo 14 del PIDESC establece la obligación de garantizar la educación primaria gratuita en los Estados que, en el momento de hacerse parte en Pacto, aún no hayan podido instituir en su territorio la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, pues los obliga a “elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para *todos*”.

h) *Derecho a participar en la vida cultural (art. 15)*. El Pacto reconoce a toda persona el derecho a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. De este modo, los migrantes irregulares tienen derecho a la cultura en los Estados de recepción que sean Partes del PIDESC, pues este artículo incluye a todas las personas y no hace ningún distingo basado en la nacionalidad o extranjería o en la situación migratoria de las personas.

#### **4.4.2 Las obligaciones emanadas del PIDESC para los Estados Partes**

El artículo 2, párrafos 1 y 2, establece el marco general de las obligaciones de los Estados respecto a los derechos reconocidos en el Pacto. El párrafo 2, como ya se ha señalado, establece el deber de garantizar los derechos enunciados en el PIDESC sin discriminación

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, párr. 34.

alguna. El párrafo 1 dispone: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Al compararse los artículos 2.1 de los Pactos Internacionales, que establecen el marco general de las obligaciones, se puede notar que el PIDCP obliga a los Estados a “*respetar y garantizar*” a todos los individuos los derechos reconocidos en el instrumento internacional. Mientras que el PIDESC los obliga a “*adoptar medidas*” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que reconoce. La diferencia entre las obligaciones de respetar y garantizar y la obligación de adoptar medidas marca la diferencia entre ambos Pactos Internacionales. Sin embargo, esto no pone en tela de juicio el estatus de los derechos recogidos en el PIDESC.<sup>156</sup> Se trata de una diferencia en el grado o la intensidad de las obligaciones que imponen los dos instrumentos internacionales,<sup>157</sup> pero de ninguna manera en el plano de los derechos que obligan a respetar y garantizar.<sup>158</sup>

Aún más, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el PIDESC impone a los Estados Partes dos obligaciones de aplicación inmediata para los Estados que ratifiquen el Pacto<sup>159</sup>:

#### 4.4.2.1 Garantizar los derechos enunciados en el PIDESC sin discriminación alguna

La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto que implica para los Estados Partes no sólo abstenerse de discriminar, sino también la adopción de medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto.<sup>160</sup>

Para que los Estados Partes puedan garantizar el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto a todas las personas, el Comité ha señalado que deben erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo a través de medidas legislativas y políticas, planes y estrategias.<sup>161</sup> Para erradicar la discriminación formal es

---

<sup>156</sup> Como señala Gavison, “es importante recordar que estas diferencias [entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales] son en la aplicabilidad, no en el estatus de los intereses de los derechos, o en la importancia de la dignidad humana”. Gavison, Ruth, *On the relationships between civil and political rights, and social and economic rights*, en Coicaud, Jean-Marc, Doyle, Michael W., Gardner, Anne-Marie, *The Globalization of Human Rights*, New York: United Nations University Press, 2003, p. 46.

<sup>157</sup> Trindade, Antonio Augusto Cançado, *La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Costa Rica: IIDH, 1994, p. 40.

<sup>158</sup> Sepúlveda, Magdalena, 2003, *op.cit.*, nota 113, p. 422-423.

<sup>159</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Observación General No. 3, de 14 de diciembre de 1990, E/1991/23, párr. 1-2.

<sup>160</sup> *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, *op.cit.*, nota 103, párr. 7, 36.

<sup>161</sup> *Ibidem*, párr. 37-38.

preciso asegurar que la legislación interna no discrimine por ninguno de los motivos prohibidos. Para erradicar la discriminación sustantiva se debe prestar suficiente 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*.<sup>162</sup> Para erradicar la discriminación sustantiva el Comité admite que los Estados adopten medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas 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.<sup>163</sup>

Eso sí, tanto las formas directas como las indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto. Hay *discriminación directa* cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación; o cuando se cometen actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable. La *discriminación indirecta* hace referencia a 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. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.<sup>164</sup>

Por otro lado, los Estados Partes se encuentran obligados a garantizar que no exista discriminación en el ámbito de las relaciones privadas (familia, el lugar de trabajo y otros sectores de la sociedad).<sup>165</sup> Un caso relevante para nuestro tema de estudio son las relaciones laborales entabladas por los trabajadores migrantes irregulares, en las cuales los Estados Partes deben tomar medidas para velar por que los empleadores no apliquen los motivos prohibidos de discriminación en detrimento de los derechos de estas personas, por ejemplo, asegurándose que cumplan la normativa laboral básica (salario mínimo, salario igual por trabajo igual, etc.), entre otras.

Por último, los Estados también se encuentran obligados a garantizar que no se discrimine de forma sistémica a determinados grupos de individuos. Esta discriminación 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.<sup>166</sup> Para combatirla, los Estados deben adoptar un planteamiento integral que incluya leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter

---

<sup>162</sup> *Ibidem*, párr. 8.

<sup>163</sup> *Ibidem*, párr. 9. Aún así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.

<sup>164</sup> *Ibidem*, párr. 10.

<sup>165</sup> *Ibidem*, párr. 11.

<sup>166</sup> *Ibidem*, párr. 12.

temporal. Asimismo, deben considerar la posibilidad de emplear incentivos o sanciones para alentar a los actores públicos y privados a modificar su actitud y su comportamiento frente a los individuos y grupos de individuos que son objeto de discriminación sistémica. A menudo, son necesarios un liderazgo público, programas de creación de conciencia sobre la discriminación sistémica y la adopción de medidas contra la incitación a la discriminación. En muchos casos, será necesario dedicar más recursos a grupos que tradicionalmente han sido desatendidos. Dada la persistente hostilidad contra ciertos grupos, deberá prestarse especial atención a asegurar que los funcionarios y otras personas apliquen las leyes y las políticas en la práctica.<sup>167</sup>

Cabe recordar que los migrantes irregulares claramente sufren de este tipo de discriminación en los Estados de recepción. No sólo las políticas y legislaciones criminalizan su presencia,<sup>168</sup> sino que también los medios de comunicación y otras actitudes culturales influyen en la mala percepción que la sociedad de acogida tiene de ellos,<sup>169</sup> contribuyendo a que la discriminación contra ellos sea omnipresente, esté fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad e implique actos de discriminación indirecta o no cuestionada.

En conclusión, los Estados Partes se encuentran obligados a garantizar los derechos reconocidos en el PIDESC, sin discriminación alguna, a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. Esto implica adoptar medidas para combatir tanto la discriminación formal como la sustantiva, así como las formas directas e indirectas de trato diferencial. Además, deben garantizar que no exista discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares y que no haya discriminación sistémica en contra de un grupo o grupos de individuos.

#### **4.4.2.2 Adoptar medidas para lograr progresivamente la efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC**

La obligación de adoptar medidas no está condicionada ni limitada en sí misma por ninguna otra consideración, puesto que si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.<sup>170</sup> Como señala Alston:

“Un cuidadoso análisis del Pacto revela que la obligación más general de naturaleza inmediata es, usando las palabras de los Principios de Limburgo sobre la Implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la ‘de empezar inmediatamente a tomar medidas para la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto’. Esta interpretación es confirmada también por los *travaux*

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, párr. 39.

<sup>168</sup> Sobre este tema, véase el capítulo 7 de este trabajo.

<sup>169</sup> Al respecto, véase la sección 3.4 del capítulo 3 de este trabajo.

<sup>170</sup> *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, *op.cit.*, nota 159, párr. 2.

*préparatoires*, en los cuales se dijo que ‘sería engañoso para los pueblos del mundo hacerles creer que una medida legal era todo lo que se necesitaba’.<sup>171</sup>

Además, el Comité ha señalado que el Pacto reconoce algunos derechos de aplicación inmediata. Por ello, los Estados se encuentran obligados a garantizar su plena efectividad de forma inmediata y sin discriminación alguna: la igualdad entre los hombres y las mujeres en el goce de los derechos enunciados en el Pacto (art. 3); la igualdad en la remuneración por trabajo de igual valor (art. 7.a.i); la libertad sindical (art. 8); el derecho de huelga (art. 8); la protección al menor de edad contra la explotación económica y social (art. 10.3); la educación primaria obligatoria (art. 13.2.a); la libertad de los padres para elegir las escuelas de sus hijos distintas a las establecidas por las autoridades públicas (art. 13.3); y, la libertad para la investigación científica y la actividad creadora (art. 15.3).<sup>172</sup> Asimismo, cabría agregar el derecho a contraer matrimonio (art. 10.1).<sup>173</sup> Este señalamiento tiene un importante significado para los extranjeros (regulares e irregulares) inmersos en una relación laboral, puesto que los Estados se encuentran obligados a garantizarles, sin discriminación: la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, la libertad sindical, el derecho de huelga y la protección del menor de edad (en materia laboral). Y no pueden alegar que tales derechos no son de aplicación inmediata.

La obligación de “adoptar medidas” se traduce en determinadas obligaciones específicas para los Estados Partes:

a) *Adoptar medidas legislativas apropiadas para dar cumplimiento al Pacto.*<sup>174</sup> Se debe implementar una legislación que apunte a la eliminación de la discriminación y provea la igualdad ante la ley,<sup>175</sup> y derogar aquélla que esté en contradicción con lo establecido por el Pacto<sup>176</sup> o que implique algún tipo de discriminación.<sup>177</sup> Ahora, si bien las medidas legislativas son un medio apropiado para dar cumplimiento al Pacto, el Comité ha resaltado

---

<sup>171</sup> Alston, Philip, U.S. Ratification of the covenant of Economic, Social and Cultural Rights: The need for an entirely new strategy, *American Journal of International Law*, Vol. 84, No. 2, 1990, p. 379.

<sup>172</sup> *Ibidem*, párr. 5.

<sup>173</sup> Van Boven, Theodor C., Criterios distintivos de los derechos humanos, en Vasak, Karel, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984 (b), p. 91-92.

<sup>174</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La aplicación interna del Pacto*, Observación General No. 9, de 3 de diciembre de 1998, E/C.12/1998/24, párr. 3; *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, *op.cit.*, nota 159, párr. 3.

<sup>175</sup> Andreassen, Bard-Anders, Smith, Alan G., Stokke, Hugo, Compliance with Economic and Social Human Rights: realistic evaluations and monitoring in the light of immediate obligations, en Eide, Asjborn, Hagtvet, Benrt, *Human Rights in perspective*, Oxford: Basil Blackwell, 1992, p. 256.

<sup>176</sup> Los Principios de Limburgo señalan que al ratificar el Pacto, los Estados eliminarán de *jure* la discriminación mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria, incluyendo acciones de omisión y comisión, que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op.cit.*, nota 102, párr. 37.

<sup>177</sup> Los Principios de Limburgo no consideran como discriminación la adopción de medidas especiales cuyo único fin sea asegurar a determinados grupos o individuos que requieren de protección especial la igualdad en el disfrute de los derechos reconocidos, siempre que dichas medidas no resulten en el mantenimiento de derechos separados para distintos grupos y que las mismas no sean vigentes después de lograr los objetivos planteados. *Ibidem*, párr. 39.

que éstas no agotan por sí mismas las obligaciones de los Estados Partes.<sup>178</sup> Como señala Craven: “la adopción de medidas legislativas es sólo un elemento de una serie de actividades económicas o sociales necesarias para dar efecto a los derechos del Pacto. Además, hasta en el caso de esos derechos que no dependen para su implementación de los recursos del Estado (tales como el derecho a la formación y disfrute de organizaciones sindicales del artículo 8), la legislación sola no será suficiente si no viene acompañada por procedimientos obligatorios efectivos y accesibles”.<sup>179</sup>

b) *Establecer recursos jurídicos internos efectivos frente a las violaciones de los derechos.*<sup>180</sup> Al respecto, el Comité ha señalado que las personas lesionadas en sus derechos deben disponer de recursos para su reparación y, en caso de verificarse la violación de tales derechos, se deben establecer los mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos.<sup>181</sup> Asimismo, que “los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son ‘medios apropiados’ según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”.<sup>182</sup>

El Comité también ha resaltado que el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, pero deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo.<sup>183</sup>

De esta forma, el Comité ha subrayado la necesidad de que los derechos reconocidos en el Pacto sean justiciables y que no debe interpretarse restrictivamente que sólo aquéllos que tienen aplicación inmediata deben gozar de una adecuada protección dentro del sistema jurídico interno de cada Estado Parte, puesto que “no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justiciabilidad”.<sup>184</sup> Al respecto, Craven ha señalado que la insistencia de que existan recursos judiciales a nivel interno para hacer justiciables los derechos reconocidos en el PIDESC va dirigida a asegurar que las medidas

---

<sup>178</sup> *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), op.cit.*, nota 159, párr. 3-4.

<sup>179</sup> Craven, Matthew C. R., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its Development*, 2ª reimpr., Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 126.

<sup>180</sup> *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), op.cit.*, nota 159, párr. 5.

<sup>181</sup> *La aplicación interna del Pacto, op.cit.*, nota 174, párr. 2.

<sup>182</sup> *Ibidem*, párr. 3.

<sup>183</sup> *Ibidem*, párr. 9.

<sup>184</sup> *Ibidem*, párr. 10.



que tomen los Estados Partes para la realización de los derechos no sean puramente superficiales y vacías.<sup>185</sup>

*c) Asegurar la satisfacción de un mínimo del contenido de los derechos enumerados en el Pacto.* Esto en virtud de que si el Pacto se interpretara de modo que no estableciera una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Por ello, el hecho de que la efectividad del Pacto se prevea a lo largo del tiempo, o progresivamente, no se debe interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.<sup>186</sup>

El Comité ha señalado que toda evaluación del cumplimiento del Estado sobre su obligación mínima también debe tener en cuenta las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. Por ello, si pretende justificar su incumplimiento de las obligaciones mínimas con la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo lo necesario para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.<sup>187</sup> En cuanto a los extranjeros se refiere, se ha sostenido que toda vez que algunos de los derechos contenidos en el PIDESC implican la acción positiva<sup>188</sup> de los Estados, si los recursos son limitados, se dará preferencia a los nacionales en vez de a los extranjeros.<sup>189</sup> No obstante, no se debe dejar de lado la convicción de que los derechos humanos contenidos en el PIDESC están designados para *todos* los seres humanos, independientemente de su nacionalidad<sup>190</sup> o su condición migratoria, y que el principio de no discriminación se encuentra presente en este instrumento internacional.

De este modo, el establecimiento de la obligación de satisfacer un mínimo del contenido de los derechos enumerados en el Pacto sirve como un estándar mínimo a aplicar a todos los individuos en todas las situaciones.<sup>191</sup> Eso sí, constituye un componente necesario, pero no

---

<sup>185</sup> Craven, Matthew C. R., 2002, *op.cit.*, nota 179, p. 128.

<sup>186</sup> *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, *op.cit.*, nota 159, párr. 9-10. Los Principios de Limburgo ya habían adelantado este criterio al señalar que: “Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente, de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas”. Aunque la diferencia respecto al pronunciamiento del Comité es que se restringió esta obligación a aquellos derechos que aseguren la subsistencia mínima de las personas. *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op.cit.*, nota 102, párr. 25.

<sup>187</sup> *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, *op.cit.*, nota 159, párr. 10.

<sup>188</sup> Los derechos civiles y políticos también implican acciones positivas por parte de los Estados, pero el caso de los derechos sociales, económicos y culturales es más tajante en el sentido de que para satisfacer la mayoría de estos derechos, por ejemplo en el caso de la educación o la salud, los Estados deben destinar diversas partidas presupuestales para poder satisfacerlos, por ejemplo, para construir escuelas u hospitales. Respecto a la discusión sobre las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, económicos y culturales, véase Abramovich, Víctor, Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid: Trotta, 2004, p. 21 y ss.

<sup>189</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 57.

<sup>190</sup> Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, 1976, *op.cit.*, nota 8, p. 460.

<sup>191</sup> El núcleo mínimo de obligaciones es definido como la naturaleza o esencia de un derecho, esto es, el elemento esencial o los elementos sin los cuales el derecho pierde su significancia sustantiva como un derecho humano y la ausencia por la cual un Estado sería considerado como violador de una obligación

suficiente de las obligaciones de los Estados bajo el Pacto, al estar obligados a la completa, aunque progresiva, realización de todos los derechos del PIDESC.<sup>192</sup> Ahora, si bien el establecimiento de esta obligación de satisfacer un mínimo del contenido de los derechos reconocidos en el Pacto puede parecer más fácil de monitorear y hacer cumplir, este enfoque es dificultado por cuestiones logísticas como el establecimiento del estándar mínimo aplicable.<sup>193</sup> De hecho, el Comité no ha definido el contenido de dicho estándar mínimo en relación con derechos específicos.<sup>194</sup> Los únicos ejemplos que ha mencionado son los alimentos esenciales, la atención primaria de salud esencial, el abrigo y la vivienda básicos y las formas más básicas de enseñanza. Por lo que un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de tales derechos, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto.<sup>195</sup>

En resumen, las tres obligaciones provenientes de la adopción de medidas inmediatas del Pacto implican para los Estados Partes: derogar o modificar su legislación, de acuerdo con el contenido de los derechos reconocidos en el PIDESC; establecer recursos jurídicos internos que permitan a las personas la debida protección de los derechos enumerados en el PIDESC; y satisfacer el mínimo del contenido esencial de cada uno de los derechos humanos recogidos en el Pacto.

#### 4.4.2.3 Proteger en contra de violaciones de particulares

Una última obligación que los Estados Partes deben cumplir en relación con los derechos reconocidos en el PIDESC es la de *proteger* a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción *en contra de violaciones* de sus derechos provenientes no solo de oficiales gubernamentales, sino *de particulares*.<sup>196</sup> Resultaría incompleto el compromiso de los Estados Partes si se excluyese el ámbito de las relaciones

---

internacional. Chapman, Audrey, Russell, Sage, (eds.), *Core Obligations: Building a framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp: Intersentia, 2002, p. 9.

<sup>192</sup> Como señalan Chapman y Russell: “el propósito del enfoque de las obligaciones mínimas no es darle a los Estados una puerta de escape para eludir sus responsabilidades sobre el Pacto. En realidad es lo opuesto: una vía para acomodar la realidad de que muchos derechos económicos, sociales y culturales (y también algunos derechos civiles y políticos) requieren recursos que no son simplemente disponibles en los países pobres. El enfoque de las obligaciones mínimas afirma que hasta en las circunstancias más difíciles, un Estado tiene obligaciones irreductibles que ha asumido para ser capaz de cumplir”. Chapman, Audrey, Russell, Sage, 2002, *op.cit.*, nota 191, p. 10.

<sup>193</sup> Craven, Matthew C. R., 1998, *op.cit.*, nota 128, p. 143.

<sup>194</sup> Chapman, Audrey, A ‘Violations Approach’ for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, No. 1, 1996, p. 31-36; Chapman, Audrey, Russell, Sage, 2002, *op.cit.*, nota 191, p. 6.

<sup>195</sup> *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, *op.cit.*, nota 159, párr. 10.

<sup>196</sup> El Comité ha señalado que existen tres tipos de obligaciones internacionales que los Estados deben cumplir respecto a un derecho social, las cuales pueden extenderse a los derechos humanos en general: las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, Observación General No. 12, de 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, párr. 15.

entre particulares de la aplicación del Pacto.<sup>197</sup> Esto es especialmente relevante para el ámbito laboral, en el que son comunes las violaciones de los derechos laborales por parte de los empleadores. Al respecto, las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* señalan: “La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones de estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación del derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”.<sup>198</sup>

Ciertamente las obligaciones relativas a los derechos humanos son responsabilidad primariamente de los Estados, pero cuando buscan implementarlas en su derecho interno, los obligan a imponer deberes a las personas sujetas a su jurisdicción.<sup>199</sup> Deberes como el respetar el principio de no discriminación<sup>200</sup> y los derechos de otras personas son de una importancia esencial para que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos económicos, sociales y culturales. De esta forma, para el caso de las relaciones laborales entabladas por trabajadores migrantes, regulares e irregulares, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar la no discriminación en éstas y que los derechos laborales recogidos en el Pacto sean debidamente respetados por los empleadores.

#### 4.4.3 Limitación general de los derechos reconocidos por el PIDESC

El artículo 4 establece una cláusula restrictiva para los derechos que reconoce el PIDESC:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

Si se compara esta disposición con el artículo 4 del PIDCP (suspensión de derechos), se puede afirmar que el PIDESC no permite la suspensión, pero sí la limitación, de los derechos económicos, sociales y culturales que reconoce. Como señala Sepúlveda: “es posible argumentar que la ausencia de una norma de derogación [o suspensión] es una apropiada omisión en el Pacto porque la verdadera naturaleza de los derechos económicos,

---

<sup>197</sup> Como señala Craven: “La obligación de proteger los derechos individuales de la violación por terceras partes cruza la frontera entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Tal obligación implica la ‘eficacia horizontal’ de los derechos, también conocida como *Drittwirkung der Grundrechte*”. Craven, Matthew C. R., 2002, *op.cit.*, nota 179, p. 111.

<sup>198</sup> *Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, párr. 6.

<sup>199</sup> Eide, Asjborn, Economic, Social and Cultural Rights as human rights, en Eide, Asjborn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 22.

<sup>200</sup> Al respecto, los Principios de Limburgo han señalado que; “El artículo 2 (2) exige que los Estados Partes prohíban que los particulares y entidades privadas practiquen la discriminación en cualquier esfera de la vida pública”. *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op.cit.*, nota 102, párr. 40.

sociales y culturales no permite la clase de derogación [o suspensión] contemplada en los instrumentos de los derechos civiles y políticos.<sup>201</sup>

Ahora, se puede pensar que este tipo de disposiciones constituye un pretexto para los Estados para justificar la discriminación en contra de los extranjeros o de los trabajadores migrantes, aunque incurrir en tales prácticas nunca puede ser compatible con la naturaleza de los derechos contenidos en el Pacto. Además, como afirma Klerk, “la promoción del bienestar general nunca puede ser alcanzada a expensas de un sector de la sociedad”, incluso “en una economía en declive”.<sup>202</sup> Y los *Principios de Limburgo* limitan la aplicación del artículo 4 al señalar que estaba principalmente destinado “a proteger los derechos de los individuos más que a permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados”, y no “a introducir limitaciones a los derechos que afectan la subsistencia o sobrevivencia del individuo o la integridad de la persona”.<sup>203</sup> En última instancia, como sostiene Craven:

“Aún cuando los no nacionales no tuvieran derecho a un trato igual en todos los aspectos, es importante recalcar que esto no los priva de todos los derechos bajo el Pacto. Ciertamente, toda vez que el Pacto establece los derechos de todas las personas, los no nacionales deberían tener derecho al disfrute de un mínimo de esos derechos. Entonces, en la práctica, el Comité censurará las situaciones en las que los extranjeros gocen de unos cuantos derechos y sean objeto de explotación”.<sup>204</sup>

En resumen, caben limitaciones o restricciones de los derechos humanos recogidos en el Pacto, siempre que no violen el contenido esencial del derecho.

#### 4.4.4 Reservas y denuncia del PIDESC

El PIDESC, al igual que el PIDCP, tampoco contiene normas que regulen su reserva o su denuncia, por lo que aplicaría lo señalado en el apartado anterior respecto al PIDCP. Por un lado, que es posible formular reservas, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin del instrumento internacional (art. 19 CV69).<sup>205</sup> Eso sí, el PIDESC permite el establecimiento de restricciones a los derechos que consagra (art. 4), siempre que no violen el contenido esencial del derecho, lo cual si bien no implica realizar una reserva al instrumento internacional, sí puede conllevar las mismas consecuencias jurídicas; esto es, reducir los compromisos contraídos por los Estados Partes al ratificar o adherirse al instrumento. Y, por otro, que al haberse omitido deliberadamente la posibilidad de denunciar el tratado, la denuncia o retiro del PIDESC no es aceptada (art. 56.1 CV69), tomando en consideración, además, que tiene por objeto y finalidad el reconocimiento y la protección de los derechos humanos.

---

<sup>201</sup> Sepúlveda, Magdalena, 2003, *op.cit.*, nota 113, p. 295. Sin embargo, esta misma autora señala que la ausencia de una norma de derogación o suspensión no significa que los Estados no puedan legalmente suspender el ejercicio de los derechos contenidos en el Pacto, siempre que dicha suspensión se cumpla bajo las reglas del Derecho Internacional general. *Ibidem*, p. 425-426.

<sup>202</sup> Klerk, Y., *op.cit.*, nota 106, p. 263-264.

<sup>203</sup> *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op.cit.*, nota 102, párr. 46-47.

<sup>204</sup> Craven, Matthew C. R., 1998, *op.cit.*, nota 128, p. 174.

<sup>205</sup> Véanse las reservas realizadas al PIDESC en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en).

## 4.5 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>206</sup>

### 4.5.1 El principio de no discriminación y la aplicación de la CEDR a los extranjeros

Al igual que los instrumentos internacionales antes discutidos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR) tiene una aplicación universal, por lo que tanto ciudadanos como extranjeros, incluidos evidentemente los trabajadores migrantes (regulares e irregulares), están protegidos por sus disposiciones.

El principio general de no discriminación está contenido en su artículo 1.1, el cual define como ‘discriminación racial’ a: “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”. Sin embargo, al igual que en el PIDESC (art. 2.3), existe una cláusula (art. 1.2) que afecta directamente a los extranjeros: “esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”.

Al respecto, se ha señalado que esta disposición fue introducida con el fin de incentivar a los Estados a ratificar la Convención, toda vez que si no se les hubiera dado la posibilidad de establecer ‘diferencias’ entre nacionales y extranjeros en cuanto al otorgamiento de ciertos derechos, por ejemplo los políticos, el éxito del instrumento hubiera sido muy limitado. Sin embargo, la forma en que la disposición fue redactada no ha estado exenta de críticas.<sup>207</sup> El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha tratado de subsanar esto al señalar que debe interpretarse que el artículo 1.2 trata de evitar socavar la prohibición básica de la discriminación; por consiguiente, no debe interpretarse en un sentido que redunde en modo alguno en detrimento de los derechos y libertades reconocidos y enunciados en particular en la DUDH, el PIDESC y el PIDCP.<sup>208</sup> De hecho, los trabajos preparatorios de la CEDR muestran que los redactores tenían como uno de sus objetivos principales la protección tanto de nacionales como extranjeros de la discriminación racial. Y la práctica<sup>209</sup> del Comité y los reportes de los Estados Partes

---

<sup>206</sup> La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. A febrero de 2011, ha sido ratificada por 174 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en).

<sup>207</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 62-63.

<sup>208</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Discriminación contra los no ciudadanos*, Recomendación general No. 30, 65° período de sesiones, 2005, párr. 2. En el mismo sentido lo señalaba la Recomendación general No. 11 de 1993 del Comité (párr. 3), sustituida por esta recomendación no. 30.

<sup>209</sup> Por ejemplo, la primera comunicación individual aceptada por el Comité fue relativa a una mujer turca en los Países Bajos que había sido despedida por su empleador después de que la Corte local aceptara la petición del empleador de terminar su contrato de trabajo. La mujer alegó que la petición del empleador contenía señalamientos racialmente discriminatorios. El Comité encontró que los Países Bajos habían incumplido su

muestran que las distinciones entre nacionales y extranjeros están prohibidas si existe la mínima muestra de discriminación racial.<sup>210</sup>

De este modo, el artículo 1.2 no excluye a los extranjeros de la protección de la Convención, ni es una norma que permita la discriminación de los extranjeros: la CEDR claramente protege a los extranjeros. Y la doctrina concuerda con ello. Mc Dougal, Lasswell y Chen han señalado que el artículo 1.2 no autoriza a discriminar a las personas con base en la nacionalidad, sino que sólo se estableció con el objeto de autorizar a los Estados a realizar diferencias razonables y permitidas en el Derecho Internacional entre nacionales y extranjeros.<sup>211</sup> Fitzpatrick, por otro lado, señala que si un trabajador migrante sufre de discriminación racial o étnica, puede acogerse a la protección de la CEDR, a pesar de que sea extranjero.<sup>212</sup> Además, el artículo 1.3 aclara que las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización no podrán establecer discriminación contra ninguna nacionalidad en particular, lo cual nos indica que no se excluye a los no ciudadanos de la protección prevista en la CEDR.

Además, se debe recordar lo señalado en la Conferencia de Durban de 2001, en el sentido de que la xenofobia contra los extranjeros, en particular contra los *migrantes*, refugiados y asilados, constituye una de las fuentes contemporáneas de racismo y que las violaciones de los derechos humanos de estas personas ocurren ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias, xenofóbicas y racistas. Por ello, es de vital importancia la eliminación de la discriminación en contra de estas personas en cuestiones como el empleo, los servicios sociales, incluidos la educación y la salud, al igual que el acceso a la justicia. Se les debe tratar de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos y dicho trato debe estar libre de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancias relacionadas.<sup>213</sup>

#### 4.5.2 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo la CEDR

El artículo 5 consagra el deber de los Estados Partes de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de *toda persona* a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Y el artículo 6 prescribe que los Estados Partes deberán asegurar a *todas* las personas que se hallen bajo su jurisdicción protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y

---

obligación de garantizar a la demandante la igualdad ante la ley, tal como lo requiere el artículo 5.1 de la CEDR, porque la Corte local había emitido su decisión relativa a su despido antes de haber considerado todas las circunstancias del caso, incluida la alegación de discriminación racial. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *A. Yilmaz-Dogan vs. Países Bajos*, Comunicación 1/1984, CERD/C/36/D/1/1984, decisión de 10 de agosto de 1988.

<sup>210</sup> Mahalic, D, Mahalic, J. G., The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, p. 75-76.

<sup>211</sup> Mc Dougal, Myres S.; Lasswell, Harold D.; Chen, Lung Chu, 1980, *op.cit.*, nota 23, p. 770.

<sup>212</sup> Fitzpatrick, Joan, The Human Rights of Migrants, en Aleinikoff, T. Alexander, Chetail, Vincent, (ed.), *Migration and international legal norms*, La Haya: T.M.C. Asser Press, 2003, p. 176.

<sup>213</sup> ONU, *Conferencia Mundial en contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, "Conferencia de Durban", 2001. párr. 16, 51.

otras instituciones del Estado contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Como se puede apreciar, la CEDR no hace distinción entre nacionales o extranjeros, o alguna basada en la condición migratoria de las personas, para el goce de los derechos que reconoce, por lo que se puede afirmar que todos los derechos humanos deben, en principio, ser disfrutados por todas las personas y ser asegurados por los Estados sin discriminación alguna. Por ello, los trabajadores migrantes irregulares gozan de estos derechos de forma equivalente a los ciudadanos del Estado de que se trate y cualquier situación en la que los nacionales de un Estado tengan acceso a tales derechos y recursos y los extranjeros o trabajadores migrantes no, implicaría una violación de los artículos 5 y 6 de la Convención. Cualquier otra interpretación, sin duda, iría en contra del espíritu de la CEDR.<sup>214</sup>

Eso sí, se deben considerar las limitaciones generales que imponen los instrumentos generales de derechos humanos a los extranjeros, por ejemplo, en lo relativo a los derechos políticos, la libertad de circulación, etc. De esta forma, los Estados Partes deben garantizar la igualdad entre ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de los derechos humanos reconocidos en la CEDR en la medida reconocida en el Derecho Internacional. La diferencia de trato basada en la ciudadanía o la condición de migrante será discriminatoria 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.<sup>215</sup>

#### **4.5.3 Las obligaciones emanadas de la CEDR para los Estados Partes**

El marco general de las obligaciones de los Estados Partes bajo la CEDR se encuentra establecido en el artículo 2 y se puede resumir en las siguientes obligaciones específicas: no incurrir en actos o prácticas de discriminación racial (a); no fomentar la discriminación racial (b); revisar las políticas gubernamentales y enmendar, derogar o anular la legislación discriminatoria (c); prohibir y hacer cesar la discriminación racial (d); estimular movimientos multirraciales integracionistas y desalentar todo lo que tienda a la división racial (e); y tomar medidas especiales y concretas para asegurar la protección y el desenvolvimiento de ciertos grupos raciales.

El Comité ha acotado estas obligaciones de los Estados Partes en relación con los extranjeros en su Observación General no. 30, “Discriminación contra No Ciudadanos”:

---

<sup>214</sup> El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha confirmado este enfoque, por ejemplo, en su Comunicación 4/1991, *L. K., vs. The Netherlands*, UN Doc. CERD/C/42/D/4/1991, decisión de 16 de marzo de 1993, en la que señaló que las autoridades de los Países Bajos habían violado el artículo 6 de la Convención al no llevar con la debida diligencia una investigación relativa a señalamientos raciales y amenazas (constituyendo un incitamiento a la discriminación racial y a actos de violencia en contra de personas de otro color u origen étnico contrario al artículo 4 (a) de la CEDR) en contra de un ciudadano marroquí residente en los Países Bajos.

<sup>215</sup> *Discriminación contra los no ciudadanos*, Observación General No. 30, *op. cit.*, nota 208, párr. 3-4.

1. Garantizar la igualdad entre nacionales y extranjeros en el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en la medida reconocida por el Derecho Internacional y enunciada en especial en la DUDH, el PIDCP y el PIDESC (párr. 6);
2. Asegurar que las garantías legislativas contra la discriminación racial se apliquen a los extranjeros, *sin importar su estatus migratorio*, y que la puesta en práctica de la legislación no tenga un efecto discriminatorio en los extranjeros (párr. 7);
3. Prestar atención al problema de discriminación múltiple que enfrentan los extranjeros, en particular los hijos y cónyuges de trabajadores migrantes y abstenerse de aplicar normas distintas de trato a las diferentes categorías de extranjeros, como a las y los cónyuges de ciudadanos/as (párr. 8);
4. Asegurar que las políticas migratorias y las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo no tengan un efecto discriminatorio contra las personas sobre la base de la raza o el origen nacional (párr. 9-10);
5. Proteger a los no ciudadanos frente a actitudes y conductas xenófobas (párr. 11-12);
6. Asegurar que grupos particulares de extranjeros no sufran discriminación respecto del acceso a la ciudadanía o a la naturalización (párr. 13-17);
7. Acceso a la justicia: asegurar que *todos* los extranjeros disfruten de igual trato en el ámbito de la administración de la justicia; proteger a los extranjeros en caso de detenciones arbitrarias y las relacionadas con la lucha contra el terrorismo; combatir los malos tratos y la discriminación por parte de la policía y otras agencias, sancionando y asegurando que todos los funcionarios que tratan con extranjeros reciban entrenamiento especial, incluyendo en derechos humanos, entre otras (párr. 18-24);
8. Expulsión y deportación: asegurar que las leyes y los procedimientos no discriminen sobre la base de la raza o el origen nacional; otorgar a los extranjeros un igual acceso a medidas efectivas, incluyendo el derecho a desafiar las órdenes de expulsión; no practicar expulsiones colectivas; respetar el principio de *non refoulement*; evitar expulsiones de residentes de largo plazo que puedan resultar en interferencias desproporcionadas en el derecho a la vida familiar (párr. 25-28);
9. Derechos económicos, sociales y culturales: suprimir los obstáculos que impiden a los extranjeros disfrutar de estos derechos, sobretodo en las esferas de la educación, la vivienda, el empleo y la salud; asegurar que las instituciones educativas públicas estén abiertas para los extranjeros y *los hijos de migrantes irregulares*; prevenir y reparar los serios problemas que usualmente enfrentan los trabajadores migrantes domésticos, incluidos la obligación de deuda, la retención del pasaporte, el confinamiento ilegal, y la violación o cualquier ataque físico; reconocer que *todos los individuos, incluidos los extranjeros sin un permiso de trabajo, son titulares del goce de derechos laborales y de empleo*, incluidos la libertad sindical, desde el inicio de la relación laboral hasta que finalice, entre otras (párr. 29-38).

Como se puede apreciar, la Observación General No. 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se basa en toda la serie de protecciones internacionales existentes en favor de los extranjeros y en la interpretación de esas protecciones por los distintos órganos de control de los instrumentos de derechos humanos y otras instituciones. En consecuencia, esta Observación General constituye una recopilación exhaustiva de los derechos humanos de los extranjeros destinada a servir de orientación a todos los países y en particular a aquellos que han ratificado la CEDR, la cual goza de un amplio récord de ratificación.



#### 4.5.4 Reservas y denuncia de la CEDR

A diferencia del PIDCP y el PIDESC, la CEDR sí contiene normas que regulan la realización de reservas a su texto y su denuncia. La realización de reservas, por un lado, está contemplada en el artículo 20: no se acepta ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito del instrumento internacional, al igual que establece la regla general; no se permite ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos en la CEDR;<sup>216</sup> y se acepta la retirada de toda reserva en cualquier momento.<sup>217</sup> La denuncia de la CEDR, por otro lado, está regulada en el artículo 21, el cual acepta tal posibilidad, pero aclara que surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

### B) INSTRUMENTOS UNIVERSALES ESPECIALIZADOS

#### i. Naciones Unidas

#### 4.6 Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>218</sup>

La ‘Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven’ reitera en su preámbulo las disposiciones de no discriminación de la CNU, la DUDH, el PIDCP y el PIDESC, y reconoce “que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales debe garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que viven” (párr. 7).

Si bien el proyecto de la Declaración no tenía como propósito original la protección tanto de los extranjeros regulares como irregulares, la Declaración protege en buena medida a ambos grupos de extranjeros. Por ejemplo, el artículo 1 señala que será “extranjero [...] toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre”. En contraste, el artículo 1 del proyecto de la Declaración limitaba el término “extranjero” al “que resida *legalmente* en un Estado del que no es nacional”.<sup>219</sup> De hecho, la aplicación de la Declaración a los extranjeros en estatus irregular sólo fue aceptada después de varios años de intenso debate.<sup>220</sup> No obstante, a lo largo de la Declaración se lograron insertar varias

---

<sup>216</sup> Se considera que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados partes en la Convención formulan objeciones a la misma (art. 20.2).

<sup>217</sup> Véanse las reservas realizadas a la CEDR en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en).

<sup>218</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

<sup>219</sup> *International Provisions Protecting the Human Rights of Non Citizens*, Estudio preparado por la Baronesa Elles, *op.cit.*, nota 26, p. 53.

<sup>220</sup> Por ejemplo, México apoyó la “simple presencia” de extranjeros como un criterio suficiente para la aplicación de la Declaración, mientras que Alemania, Canadá y Estados Unidos querían retener el requisito de la presencia ‘legal’ para su aplicación. Goodwin-Gill, G. S., *International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees*, *International Migration Review*, Vol. 23, 1989, p. 539-540, citando el *Report of the Open-ended Working Group*, diciembre 1985, UN Doc. A/C.3/40/12, párr. 61-88. Para la historia del proceso de elaboración de la Declaración, véanse: UN Centre for Human Rights, *United*

cláusulas restrictivas para los extranjeros irregulares. Así, por ejemplo, el artículo 2.1 señala que ninguna disposición se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado, ni en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros.

Aunque varios derechos civiles están garantizados por virtud del artículo 5.1 a todos los extranjeros,<sup>221</sup> el disfrute de los derechos económicos, culturales y sociales es restringido a “los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado”,<sup>222</sup> una postura que contraría claramente la universalidad de estos derechos, reconocida en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de aceptación general. Además, existe una clara reducción en el otorgamiento de los derechos económicos, culturales y sociales a los extranjeros *legales*, en comparación con otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, el artículo 8.1, a), garantiza a estos extranjeros solamente condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, pero no el derecho al trabajo, a diferencia del PIDESC (art. 6). De modo similar, el artículo 8.1, b), les otorga el derecho a afiliarse a sindicatos y a otras organizaciones o asociaciones de su elección, así como a participar en sus actividades, pero no a fundar sindicatos, también a diferencia del PIDESC (art. 8.1, a).

El artículo 8.1, c) otorga “el derecho a protección sanitaria, atención médica, seguridad social, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento” a los extranjeros legales. Sin embargo, condiciona su otorgamiento a que “reúnan los requisitos de participación previstos en las reglamentaciones pertinentes y de que no se imponga una carga excesiva sobre los recursos del Estado”. En consecuencia, los Estados pueden limitar el otorgamiento de estos derechos a los extranjeros (legales) al establecer estrictos requisitos para su disfrute. Por ejemplo, en el caso de la seguridad social, varios países requieren que el extranjero haya sido residente por cierto número de años y que haya contribuido a ésta

---

*Nations Action in the Field of Human Rights*, New York; Geneva: United Nations, 1994, p. 239-240, párr. 1972-1981; Lillich, R. B., 1984, *op.cit.*, nota 23, p. 51-52.

<sup>221</sup> Art. 51. “Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos:

a) El derecho a la vida y la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta;

b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia;

c) El derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario, a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando lo disponga la ley, en otras actuaciones;

d) El derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia;

e) El derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a manifestar la religión propia o las creencias propias, con sujeción únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás;

f) El derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones;

g) El derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales”.

<sup>222</sup> Artículo 8.1.

antes de que pueda gozar de los beneficios de la seguridad social. En este sentido, los trabajadores migrantes encuentran grandes dificultades de cumplir estos requisitos y, por ende, se encuentran en situación de desventaja en comparación con los trabajadores nacionales.<sup>223</sup> Como ha señalado Cholewinski, aunque esta disposición se asemeja al artículo 2.3 del PIDESC,<sup>224</sup> su ámbito es potencialmente más amplio porque no sólo cubre ciertos derechos económicos, sino también algunos sociales. Aún más, es aplicable a todos los Estados y no sólo a los Estados en vías de desarrollo.<sup>225</sup>

Otros derechos, que si bien no se limitan expresamente a los extranjeros legales, pero están sujetos a “las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como los enunciados en la presente Declaración”, son: el derecho a salir del país (art. 5.2.a); el derecho a la libertad de expresión (art. 5.2.b); el derecho a reunirse pacíficamente (art. 5.2.c); y el derecho a la propiedad, individualmente y en asociación con otros, con sujeción a la legislación nacional (art. 5.2.d). Cabe recordar que buen parte de estos derechos también son garantizados por el PIDCP a *todas* las personas.<sup>226</sup>

En varios aspectos las disposiciones de la Declaración son similares en contenido a aquéllas de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 5.3 dispone “los extranjeros que se hallen *legalmente* en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado”, y el artículo 7 protege a estos extranjeros con las garantías en caso de expulsión, asemejándose a lo contenido en los artículos 12.1 y 13 del PIDCP. El mismo artículo 7 de la Declaración prohíbe la expulsión individual o colectiva de los extranjeros *legales* por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico. Como se puede apreciar, la prohibición de las expulsiones masivas de extranjeros es mucho más limitada que en otros instrumentos internacionales, en los que se encuentran prohibidas independientemente de la situación migratoria de los extranjeros.<sup>227</sup>

La Declaración otorga el derecho a la reunificación familiar a los extranjeros *legales*, de acuerdo con el artículo 5.4: “con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

---

<sup>223</sup> Warzazi, Halima E., *op.cit.*, nota 107, párr. 80, citando el *Report of the ILO Symposium on Equality of Opportunity and Treatment in Employment in the European Region*, Abril de 1975, ILO Doc. CETCTE 1975/R, párr. 32. El artículo 9 del PIDESC, por el contrario, reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

<sup>224</sup> Art. 2.3 PIDESC: “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”.

<sup>225</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 74.

<sup>226</sup> En este sentido, véanse los artículos 12.2, 22.1 y 19.2 del PIDCP.

<sup>227</sup> Véanse por ejemplo el artículo 22.9 de la CADH; el artículo 12.5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 22.1 de la CIDTM y el artículo 4 del protocolo No. 4 del CEDH.

De este modo, los Estados retienen una considerable discreción en este aspecto porque la obligación está sujeta a “la legislación nacional y la autorización debida”.

Algunos derechos ‘novedosos’ que la Declaración incluye son los siguientes. En primer lugar, el artículo 5.1, g) reconoce el derecho de todo extranjero a “transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales”. Esta disposición, como ha anotado Lillich, debió haber señalado expresamente que el Estado de empleo no podrá imponer restricciones a los extranjeros en el movimiento de sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales. En segundo lugar, el artículo 5.1, f) otorga a todos los extranjeros “el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones”. Y en tercer lugar, el artículo 10 señala que: “*todo* extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional”.

La Declaración no es un instrumento internacional vinculante, a diferencia de los instrumentos de derechos humanos universales y regionales. Tampoco tiene la posición que ha alcanzado en nuestros días la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual, a pesar de ser también una Declaración, ya es ampliamente considerada como parte del Derecho Internacional consuetudinario. Si bien la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven contiene ciertas disposiciones novedosas, no hay nada que sugiera un cambio de trato a los extranjeros. Por el contrario, como se desprende del análisis realizado, constituye un atraso en el sentido de que limita derechos previamente otorgados a *todos* los extranjeros en instrumentos de derechos humanos de aceptación general, en especial los derechos económicos y sociales.<sup>228</sup> Aún más, los derechos que otorga a los extranjeros legales también se encuentran reducidos en comparación con otros instrumentos de derechos humanos. Y esto es reconocido en buena medida por la Declaración, cuyo artículo 2.2 dispone:

“La presente Declaración no 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”.

#### **4.7 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares<sup>229</sup>**

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CIDTM) es un instrumento jurídico destinado a

---

<sup>228</sup> Como señala Eide: “Algunos derechos económicos y sociales son excluidos, tales como el derecho al trabajo y el derecho a un adecuado estándar de vida; otros derechos son mencionados pero con cláusulas de serias limitaciones las cuales los pueden hacer precarios”. Eide, Asjborn, 2001, *op.cit.*, nota 199, p. 21.

<sup>229</sup> La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 y entró en vigor el 1° de julio de 2003. A febrero de 2011, ha sido ratificada por 44 Estados. Información disponible en: [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).

identificar, categorizar y reconocer a un determinado colectivo humano, los trabajadores migratorios y sus familiares, como un grupo humano especialmente vulnerable en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y libertades; y a traducir en obligaciones jurídicas internacionales la voluntad de progresar en la mejora del goce y disfrute de sus derechos humanos.<sup>230</sup> Establece normas mínimas que los Estados Partes deben aplicar a los trabajadores migratorios y a sus familiares, *independientemente de su condición migratoria*.

La CIDTM complementa los estándares sobre el trabajo reconocidos internacionalmente y especifica la aplicación de los estándares sobre derechos humanos generalmente reconocidos a *todos* los trabajadores migrantes y sus familiares.<sup>231</sup> De este modo, es el tratado internacional más amplio en cuanto a derechos de los trabajadores migrantes se refiere, además de que protege los derechos humanos de estos trabajadores en todas las fases del proceso migratorio: en el país de origen, en el país de tránsito y en el país de empleo, clarificando las obligaciones de los Estados Partes.<sup>232</sup>

La CIDTM es el instrumento internacional más completo en el campo de la migración y los derechos humanos.<sup>233</sup> Protege a uno de los grupos humanos más vulnerables: los trabajadores migrantes, tanto regulares como irregulares. Establece un estándar mundial en términos de acceso de los migrantes a derechos humanos fundamentales, ya sea en el ámbito laboral, en la educación, la salud o en los tribunales. Es un instrumento internacional de suma importancia para estas personas en un tiempo en que la migración internacional laboral aumenta al mismo tiempo que lo hace la evidencia de las violaciones de los derechos humanos de los migrantes.<sup>234</sup>

A pesar de lo anterior, la CIDTM sufre de una marcada indiferencia: tiene un récord bajísimo de ratificación y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho. A pesar de haber entrado en vigor desde el 1 de julio de 2003, la mayoría de Estados se muestran reticentes a ratificarla e implementar sus disposiciones, a diferencia de lo que ha sucedido con otros instrumentos de derechos humanos ampliamente ratificados.<sup>235</sup> Esta

---

<sup>230</sup> Bonet Pérez, Jordi, La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Madrid: Catarata, 2006, p. 93.

<sup>231</sup> Kariyawasam, Prasad, La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, trad. del inglés de Fernando M. Mariño Menéndez, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Madrid: Catarata, 2006, p. 18.

<sup>232</sup> Artículo 1.2 de la CIDTM.

<sup>233</sup> Sobre los antecedentes y la historia de la elaboración de la CIDTM, véase Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 138-145.

<sup>234</sup> Por ejemplo, véase evidencia reciente en Amnistía Internacional, *Vivir en las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2006, 94 p.; Shelley, Toby, *Exploited: Migrant Labour in the New Global Economy*, London: Zed Books, 2007, 144 p.

<sup>235</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965 – 174 Partes); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966 – 167 Partes); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966 – 160 Partes); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979 – 186 Partes); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984 – 147 Partes); Convención sobre los Derechos del Niño (1989 – 193 Partes). Información a febrero de 2011:

<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>.

situación resalta el hecho de que los migrantes son, en buena medida, un grupo humano olvidado en términos de acceso a derechos: mientras que la necesidad de proteger a los niños y las mujeres es, al menos en papel, indiscutible (como lo demuestra la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a estas personas), el otorgar derechos a los migrantes no es una prioridad. A pesar de que el trabajo de los migrantes tiene una importancia creciente en la economía mundial, los aspectos no económicos de la migración y, en especial, los derechos humanos y laborales de los migrantes –en especial de los irregulares– permanecen como un descuidado aspecto de la globalización.

#### **4.7.1 Razón de ser de la CIDTM: proteger un grupo en extremo vulnerable de la violación de sus derechos humanos**

Actualmente, una de cada 32 personas es migrante: hay 213,944 millones de migrantes a nivel mundial que constituyen el 3.1% de la población mundial.<sup>236</sup> Casi todos los países se encuentran afectados por el fenómeno migratorio, ya sea como países de origen, tránsito o destino, o como una combinación de éstos. La migración internacional se ha convertido en una característica de la globalización que hace que surja la cuestión de la protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, la razón de ser la CIDTM. Por ejemplo, los párrafos 8, 9 y 11 del preámbulo de la CIDTM señalan:

“Comprendiendo la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional,

Conscientes de la repercusión que las corrientes de trabajadores migratorios tienen sobre los Estados y los pueblos interesados, y deseosos de establecer normas que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares, [...]

Convencidos de que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes y, por tanto, requieren una protección internacional apropiada”.

Existen al menos dos características que sitúan a los migrantes como personas vulnerables en los Estados receptores: como no nacionales y personas de origen extranjero, se encuentran en una situación ajena o extraña que puede aumentar su vulnerabilidad.<sup>237</sup> Aún más, como trabajadores frecuentemente se sitúan en los sectores menos privilegiados de la economía y están desproporcionadamente afectados por la falta de respeto a sus derechos laborales. Como extranjeros, los migrantes pueden no conocer el lenguaje del Estado de empleo; y pueden estar poco familiarizados con su sistema legal y administración; entre otras. Esto, por supuesto, varía con el grado de calificación que tiene el migrante, entre más calificado está expuesto a menor vulnerabilidad; asimismo, esto se recrudece si el migrante es irregular. Lo que es cierto es que el ser migrante implica tener menos derechos en el Estado de recepción.

---

<sup>236</sup> ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población, *International Migration Report 2009*, [http://www.un.org/esa/population/publications/2009Migration\\_Chart/ittmig\\_wallchart09.pdf](http://www.un.org/esa/population/publications/2009Migration_Chart/ittmig_wallchart09.pdf).

<sup>237</sup> A este respecto, el Preámbulo de la CIDTM señala: “Considerando 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” (párr. 10).

Racismo, xenofobia y discriminación son características frecuentes en la vida de los migrantes que contribuyen a exacerbar su ya frágil situación. Si bien esto se debe en parte a tensiones entre personas de diferentes antecedentes culturales y étnicos, también se debe al clima general de incertidumbre socioeconómica y la resistencia al cambio que afecta a muchas sociedades: desempleo, desregulación del mercado laboral, disminución de los recursos para la seguridad social y los programas sociales, populismo político, así como también los miedos que rodean a la globalización y al terrorismo, todo lo cual contribuye a la desconfianza hacia los extranjeros. En consecuencia, las miserables condiciones de vida y trabajo que experimentan los migrantes rara vez inspiran la solidaridad de los nacionales, quienes más bien expresan escepticismo hacia su presencia y, menospreciando sus contribuciones económicas, sociales y culturales, los usan como pretexto de problemas que poco tienen que ver con la migración.<sup>238</sup>

Además, los trabajadores migrantes ven aumentada su vulnerabilidad por sus condiciones de trabajo. Los migrantes están dentro de las personas más afectadas por las tendencias de la globalización económica. En las regiones de envío, el mercado libre y las políticas neoliberales están ocasionando trastornos en las economías locales y creando inseguridad humana, favoreciendo, en consecuencia, la emigración. En las economías avanzadas, la creciente interconexión y competencia entre países (resaltada por el desarrollo de las economías no occidentales) ha llevado, entre otras cosas, a la des-industrialización y al crecimiento del sector de los servicios, acompañado de una desregulación del mercado de trabajo para hacerlos más flexibles y competitivos. Como consecuencia, los mercados de trabajo enfrentan una polarización que ve la creación de un buen número de puestos de trabajo a su más baja expresión, caracterizados por condiciones de trabajo poco atractivas para los trabajadores nacionales.<sup>239</sup>

En consecuencia, los países desarrollados están listos para buscar fuera de sus fronteras trabajadores poco calificados. Si bien esto permite a los trabajadores nacionales disfrutar de mejores condiciones de vida y trabajo, también crea una necesidad estructural por mano de obra migrante, la cual está sobre representada en los trabajos “sucios, peligrosos y degradantes”.<sup>240</sup> Esto es particularmente visible en sectores como la agricultura, procesamiento de comida, construcción, manufactura y servicios de bajo salario (trabajo doméstico, cuidado de enfermos en casa), todos caracterizados por un subdesarrollo en la protección de los trabajadores. Esta situación se ve empeorada por el desconocimiento de los migrantes de sus derechos: mientras que los sindicatos existentes están crecientemente protegiéndolos, esto no sucede en todos lados y los migrantes sólo pueden contar con unas pocas instituciones (como la sociedad civil y organizaciones de migrantes) para apoyarlos. Esto facilita a empleadores sin escrúpulos el proporcionar a los trabajadores migrantes la mínima protección posible.

---

<sup>238</sup> Sobre este tema, véase De Varennes, F., *Strangers in Foreign Lands – Diversity, Vulnerability and Rights of Migrants*, *MOST Working Paper*, No. 9, París: UNESCO, 2002.

<sup>239</sup> Sobre esto, véase Taran, Patrick A., *The Need for a Rights Based Approach to Migration in the Age of Globalization*, en Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers’ Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, UNESCO, 2010, p. 150-168.

<sup>240</sup> Bosniak, Linda, 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 737; Reynieri, E., *Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union*, *International Migration Paper*, No. 41, OIT, 2001.

En ningún lado esta situación es más visible que con los trabajadores migrantes irregulares. La justificación de la protección de los derechos de estas personas se reafirma en el preámbulo de la CIDTM:

“Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales,

Considerando que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal,

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”.<sup>241</sup>

La CIDTM aborda esta situación sobre la base de que los trabajadores migrantes irregulares y sus familias enfrentan mayores penurias que los migrantes regulares, especialmente en el ámbito laboral, por lo que aboga por una acción que prevenga y elimine la migración irregular laboral. Eso sí, al mismo tiempo asegura los derechos humanos fundamentales a estos migrantes, a través de lo cual se espera desincentivar su empleo.

Los trabajadores migrantes irregulares, incluso antes de llegar a los países de destino, se encuentran en situaciones de alta vulnerabilidad: como los medios de comunicación ponen de manifiesto, casi diariamente pierden su vida intentando llegar al país de destino. Por ejemplo, se estima que al menos 410 migrantes irregulares mueren por año al intentar cruzar la frontera México-EE.UU.,<sup>242</sup> mientras que en Europa se estima que al menos 14,797 migrantes fallecieron en los últimos 10 años al intentar llegar a países europeos.<sup>243</sup> Actualmente la migración irregular es un rasgo estructural de los movimientos de personas: se estima que hay entre 11 y 12 millones de migrantes irregulares en Estados Unidos,<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> Preámbulo de la CIDTM, párr. 13-15.

<sup>242</sup> Cornelius, Wayne A., Controlling 'Unwanted' Immigration: Lessons from the United States, 1993-2004, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 31, No. 4, p. 783.

<sup>243</sup> Datos de *Fortress Europe*; informes anuales disponibles en línea en <http://fortresseurope.blogspot.com>. Las mujeres y los niños son particularmente vulnerables en los viajes a Europa por tierra y por mar, y constituyen un número desproporcionado de los muertos debido al cruce irregular de fronteras. Véase PICUM, *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa 2009*, Bruselas: PICUM, 2009, p. 14.

<sup>244</sup> Cifras a enero de 2009. U.S. Department of Homeland Security, Hoefer, Michael, Rytina, Nancy, Baker, Bryan C., Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2009, *Population Estimates*, January 2010, p. 3, disponible en: [http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois\\_ill\\_pe\\_2009.pdf](http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ill_pe_2009.pdf).



mientras que se estima que en 2008 en los 27 países de la Unión Europea había entre 1.9 a 3.8 de migrantes irregulares.<sup>245</sup>

Los migrantes irregulares son propensos a aceptar condiciones de vida y trabajo extremadamente precarias que favorecen su discriminación y explotación. Constituyen una reserva de mano de obra muy flexible y barata, y su estatus hace que sea difícil que se les respeten las condiciones de trabajo mínimas. Si bien esto debería llamar la atención para una mayor protección, en la realidad encuentran aún más barreras para la realización de sus derechos. Esta situación es agravada por la tolerancia implícita de los gobiernos: a pesar de sus duros discursos de *combate* a la migración irregular, limitan los fondos y el entusiasmo político para combatir el empleo de migrantes irregulares a través de medidas como las inspecciones de los sitios de trabajo.

Otra consecuencia de la migración irregular es poner bajo presión al sistema de asilo: se sospecha que los refugiados son migrantes económicos que tratan de evitar las restricciones de la migración, lo cual desdibuja la distinción entre refugiados y migrantes. A nivel universal, los derechos de los refugiados están delineados principalmente en la Convención de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado y en su Protocolo de 1967, mientras que los derechos de los migrantes lo están en la CIDTM de 1990, así como en los Convenios No. 97 y 143 de la OIT. Sin embargo, en la práctica la distinción es difícil de establecer. De acuerdo con los instrumentos universales sobre refugiados, el estatus de ‘refugiado’ se otorga con base en persecuciones, mientras que la gente que huye por otras situaciones, como desórdenes civiles, catástrofes naturales o incertidumbre económica, no tiene acceso a protección,<sup>246</sup> aunque en verdad la necesite, cayendo en la categoría de ‘migrante’. Por otro lado, los refugiados evitan algunas veces presentarse como tales toda vez que el reclamar este estatus puede ser un proceso largo e incierto. Esto eventualmente amenaza el principal objetivo del sistema de asilo, poniendo en riesgo uno de los mayores avances humanitarios de las últimas décadas.<sup>247</sup>

Un obstáculo final para la realización de los derechos de los migrantes es su implementación, en especial en el caso de los migrantes irregulares. Por ejemplo, en un estudio reciente se encontró que en la práctica el acceso al sistema de salud de los migrantes irregulares en Europa es extremadamente precario, la gente no conoce sus derechos, los procedimientos administrativos son complejos y algunos profesionales de la salud se niegan a tratar a los migrantes irregulares, quienes también tienen miedo de acudir

---

<sup>245</sup> Clandestino, *Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe. Final Report* (período cubierto: 01/09/2007 al 31/08/2009), 23 de noviembre de 2009, p. 105, disponible en: [http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2010/03/clandestino-final-report\\_-november-2009.pdf](http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2010/03/clandestino-final-report_-november-2009.pdf).

<sup>246</sup> Cabe recordar que a nivel regional, en África y Latinoamérica se han adoptado definiciones más amplias del término “refugiado” en la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969 y en la Declaración de Cartagena de Indias de 1984, respectivamente, que la contenida en la Convención de 1951. Las definiciones del término “refugiado” contenidas en estos instrumentos se ajustan a las respectivas realidades de estas regiones, las cuales han sufrido los flujos masivos de personas que huyen hacia los países vecinos por causas bélicas, conflictos civiles internos, inestabilidad política, agitación económica y desastres naturales. Véase la sección 3.3.2.2.1 del capítulo 3 de este trabajo.

<sup>247</sup> Sobre este tema, véase Joly, D., (ed.), *Global Changes in Asylum Regimes*, Basingstoke: Palsgrave Macmillan, 2002.

a estos servicios por miedo a ser denunciados.<sup>248</sup> De hecho, en algunos países,<sup>249</sup> toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) sólo es de pago, y los tratamientos suelen ser inasequibles para los migrante indocumentados.<sup>250</sup> Esta situación no sólo afecta a los migrantes irregulares, sino a la sociedad receptora en su conjunto. Esto ilustra la discrepancia entre los derechos y su disfrute en la práctica, lo cual es particularmente visible en el caso de los extranjeros<sup>251</sup> y, dentro de éstos, con los migrantes irregulares.

En resumen, actualmente la migración es asociada con violaciones sustanciales de la integridad física y la dignidad de los migrantes. Esto resalta la ineficacia de las actuales políticas para abordar la migración en una forma que asegure el respeto de los derechos humanos fundamentales. Estos trágicos resultados de la migración tienen lugar en un contexto en el que la preocupación central de los países de destino es ‘combatir’ y prevenir la migración irregular por todos los medios, y no la de proteger los derechos de los migrantes, especialmente de los irregulares. Es por tanto, muy optimista el creer que la CIDTM puede resolver estos problemas, pero sí puede, al menos, contribuir a redirigir las políticas públicas y las prácticas en otra dirección.

#### **4.7.2 Trabajador migrante, regular e irregular: definiciones, categorías incluidas y excluidas**

La CIDTM ofrece la definición más amplia de trabajador migratorio que exista hasta la fecha, lo cual, por sí solo, ha sido definido como un gran logro.<sup>252</sup> Así, el artículo 2.1 define al trabajador migratorio como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Es decir, una persona es considerada como trabajador migrante desde el momento en que tiene un contrato o relación similar con un empleador en el país de destino, haya partido, o no, de su propio país.<sup>253</sup> La definición de trabajador migrante es inclusiva más que exclusiva, por lo que comprende varios grupos de trabajadores migrantes excluidos de otros instrumentos internacionales, así el artículo 2.2 señala como incluidos los siguientes trabajadores: trabajador de temporada, marino, trabajador en una estructura marina, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto, y el trabajador por cuenta propia. Por ejemplo, la definición de trabajador migrante es considerablemente más

---

<sup>248</sup> Médecins du Monde, *European survey on undocumented migrant's access to health care*, París: Observatoire Européen de l'Accès aux Soins de Médecins du Monde, 24 de septiembre de 2007, disponible en: <http://www.medecinsdumonde.org/gb/Publications/Publications/Reports/A-1-international/European-survey-on-undocumented-migrant-s-access-to-health-care>; Da Lomba. Sylvie, *Fundamental Social Rights for Irregular Migrants: The Right to Health Care in France and England*, en Bogusz, Barbara et.al., (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 363-386.

<sup>249</sup> Véase el informe de PICUM sobre *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas: PICUM, 2007; disponible en: <http://picum.org/data/Access%20to%20Health%20Care%20for%20Undocumented%20Migrants.pdf>.

<sup>250</sup> PICUM, 2009, *op.cit.*, nota 243, p. 21.

<sup>251</sup> Weissbrodt, David S., *The human rights of non-citizens*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

<sup>252</sup> Hune, H., *Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, *International Migration Review*, Vol. 21, 1987, p. 124.

<sup>253</sup> Kariyawasam, Prasad, *op.cit.*, nota 231, p. 19.

amplia que la contenida en el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977,<sup>254</sup> o en los Convenios No. 97<sup>255</sup> y 143<sup>256</sup> de la OIT.

Como ya se mencionó, la CIDTM es aplicable a *todos* los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias (art. 1.1). El término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que 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.<sup>257</sup> La CIDTM aplica a todos los trabajadores migrantes que residen y trabajan en el territorio de los Estados Partes, independientemente de si el país del que proceden haya ratificado la Convención. Con esto, la CIDTM evita la inequidad que los migrantes enfrentan con los instrumentos de la Unión Europea y el Consejo de Europa, los cuales, con la excepción del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, operan sobre la base de la reciprocidad al extender la protección sólo a aquellos migrantes cuyos países sean miembros de la Unión Europea o hayan ratificado el instrumento del Consejo de Europa en cuestión. Aún más, de acuerdo con uno de los principales objetivos de la CIDTM, "todos los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias" también se refiere a los migrantes en situación irregular, a pesar de los intentos de algunos Estados de limitar la definición a los migrantes regulares.<sup>258</sup>

El artículo 3 de la CIDTM contiene la lista de personas excluidas de su aplicación: las personas enviadas o empleadas por organizaciones y organismos internacionales o por un Estado fuera de su territorio para desempeñar funciones oficiales, o que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación; los inversionistas; 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; los estudiantes y las personas que reciben capacitación; y 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.

En cuanto a la motivación de las exclusiones señaladas, se puede decir que en lo relativo a los inversionistas fueron los países en vías de desarrollo los que pugnaron por ello en virtud de que querían limitar la aplicación de la CIDTM a los migrantes más vulnerables.<sup>259</sup> La exclusión de refugiados y apátridas estuvo motivada porque estas personas se encuentran protegidas por otros instrumentos internacionales, aunque su exclusión crea la anómala situación en la que a personas que soliciten refugio definidas como 'trabajadores migrantes' sí se les permite trabajar en el Estado de recepción, pero pierden el estatus de 'trabajadores migrantes' una vez que se les otorga el estatus de refugiados, si bien una vez que adquieren

---

<sup>254</sup> Véase el artículo 1 del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante.

<sup>255</sup> Véase el artículo 11 del Convenio No. 97.

<sup>256</sup> Véase el artículo 11 del Convenio No. 143.

<sup>257</sup> Véase el artículo 4 de la CIDTM.

<sup>258</sup> ONU, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/38/5, 11 de octubre de 1983, párr. 78; y UN Doc. A/C.3/39/1, 14 de junio de 1984, párr. 105.

<sup>259</sup> *Ibidem*, UN Doc. A/C.3/39/1, 14 de junio de 1984, párr. 110.

el referido estatus de refugiados obtienen el correspondiente permiso de trabajo.<sup>260</sup> Aunque los estudiantes y las personas que realizan prácticas profesionales no están cubiertos por otro instrumento internacional, su exclusión estuvo dirigida a desincentivar la fuga de cerebros de los países en vías de desarrollo a los desarrollados.<sup>261</sup> Es de notar que la OIT en sus observaciones urgió a los redactores de la CIDTM a asegurar una protección adecuada a “todas las personas que trabajan en un país distinto al suyo, cualquiera que sea su actividad o estatus contractual, incluidos los refugiados, apátridas, estudiantes y personas que realizan prácticas profesionales, siempre que sean económicamente activos”.<sup>262</sup>

Finalmente, en cuanto al motivo de excluir a los marinos y trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo se puede señalar que fue con el objeto de ir acorde con las políticas de países occidentales que pagan diferentes salarios a estas personas sobre la base de su nacionalidad. Cabe señalar que esta exclusión fue puesta en la CIDTM a pesar de la observación de la OIT de que tal práctica era contraria a los estándares de la Organización en relación con la discriminación en el empleo, por ejemplo el Convenio No. 111, relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación de 1958.<sup>263</sup>

Por último, el artículo 5 especifica que los trabajadores migratorios y sus familiares 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”. Si no se cumplen esas condiciones, serán considerados no documentados o en situación irregular. La distinción precedente es importante puesto que la CIDTM otorga ciertos derechos a todos los trabajadores migrantes, documentados o no, y otros adicionales a los trabajadores migrantes documentados.

#### **4.7.3 Los principios de no discriminación e igualdad en la CIDTM**

Uno de los principios rectores de la CIDTM es el de no discriminación. Así lo afirman los artículos 1.1 y 7. El artículo 1.1 dispone:

---

<sup>260</sup> Böhning, W. R., The ILO and the New Convention on Migrant Workers: The Past and Future, *International Migration Review*, Vol. 25, 1991, p. 707-708.

<sup>261</sup> ONU, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/40/6, 15 de octubre de 1985, párr. 126.

<sup>262</sup> OIT, Consejo de Administración, 229ª sesión, febrero a marzo de 1985, *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, OIT Doc. GB.229/IO/I/6, Apéndice, párr. 3; 235ª sesión, febrero a marzo de 1987, *Recent Events in the United Nations System (Draft International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families)*, OIT Doc. GB.235/IO/I/3, p. 2.

<sup>263</sup> ONU, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/44/1, 19 de junio de 1989, párr. 43. También véase Hasenau, M., Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in relation to ILO in Standards on Migrant Workers, *International Migration Review*, Vol. 28, 1990, p. 135.

“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”.

Por otro lado, el artículo 7 establece que los Estados partes se comprometen a respetar y asegurar los derechos previstos en la CIDTM sin distinción alguna por los motivos enumerados en el artículo 1. Si bien la enumeración de los motivos de distinción prohibidos es ilustrativa y no exhaustiva, es más amplia que las que se encuentran en otras convenciones de derechos humanos, tales como el PIDESC y el PIDCP. También es ilustrativo del principio de no discriminación lo dispuesto por el artículo 88, el cual señala que los Estados que ratifiquen o se adhieran a la CIDTM no podrán excluir la aplicación de ninguna parte de ella ni tampoco a ninguna categoría determinada de trabajadores migratorios, a diferencia del Convenio No. 143 de la OIT (art. 16.1) que permite que los Estados ratifiquen sólo alguna de sus partes. Finalmente, es de señalarse que el artículo 91 establece la posibilidad de hacer reservas a la CIDTM; no obstante, también se dispone que ‘no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la Convención’, como lo podría ser claramente una que excluya a una categoría completa de trabajadores migrantes, tales como los irregulares.

Otro de los principios rectores de la CIDTM es el de igualdad. A lo largo de ésta se pueden observar dos tipos de trato igualitario: aquél entre nacionales y no nacionales; y aquél entre migrantes regulares e irregulares. La CIDTM, al igual que otros instrumentos relativos a trabajadores migrantes, busca alcanzar la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales. Sin embargo, este objetivo no se logra por completo en virtud de que diferencia los tipos de derechos que corresponden a los trabajadores regulares y aquellos que corresponden a los irregulares. Esto es, el disfrute de los derechos consignados en la CIDTM está relacionado directamente con el estatus legal de los trabajadores, si bien no es nada despreciable el hecho de que se reconozcan derechos a los migrantes irregulares.

Por un lado, la Parte III de la CIDTM señala que *todos* los trabajadores tienen derecho, por igual, a los derechos ahí consignados, en su mayoría, derechos civiles y políticos básicos o fundamentales consagrados en el PIDCP. La igualdad respecto al disfrute de estos derechos fundamentales es absoluta, con la salvedad de las limitaciones aplicables tanto a nacionales como a trabajadores migrantes. El enfoque de la Parte III es consistente con el principio de no discriminación con respecto a los derechos a asegurar tanto a nacionales como a extranjeros (independientemente de su estatus migratorio) que se encuentra en los instrumentos generales de derechos humanos y el Convenio No. 143 de la OIT. Con respecto a los derechos económicos, culturales y sociales, la Parte III dispone la igualdad de trato entre todos los trabajadores migrantes y los nacionales con respecto a la remuneración, el trabajo y las condiciones de empleo (art. 25), seguridad social (art. 27), atención médica de emergencia (art. 28) y acceso a la educación (art. 30).

Por otro lado, la Parte IV de la CIDTM, relativa a los derechos de los trabajadores migrantes en estatus regular, contiene dos previsiones de igualdad. La primera es la del artículo 43.1, referente a la igualdad entre nacionales y extranjeros en cuanto al acceso a educación, vivienda, servicios sociales, de orientación profesional, salud y cultura. Y la

segunda es la del artículo 45.1, referente al ejercicio de los derechos consignados en el artículo 43.1 por los familiares de los trabajadores migratorios regulares. Para el cumplimiento del artículo 43.1, se establece que los Estados Partes promoverán las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato, a fin de que los trabajadores migratorios puedan gozar de los referidos derechos, ‘siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo, satisfagan los requisitos correspondientes’. Es decir, se reconoce que la prohibición de medidas y leyes discriminatorias es insuficiente, por lo que se obliga a los Estados a promover y garantizar tales derechos y a garantizar la igualdad en la práctica. Sin embargo, para el cumplimiento del artículo 45.1 no existe ninguna disposición encaminada a promover la efectiva igualdad de tratamiento en el ejercicio de los derechos entre nacionales y los familiares de los trabajadores migratorios regulares.<sup>264</sup>

Además de asegurar la no discriminación y la igualdad a los trabajadores migrantes, la CIDTM establece en el artículo 16.2 la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones. Esta disposición se sitúa en el contexto del derecho a la libertad y seguridad personales (art. 16.1), por lo que se asemeja al artículo 9 del PIDCP. Esta disposición también puede ser considerada como una parte de un concepto más amplio de no discriminación que es especialmente importante en un contexto de racismo y xenofobia en contra de los migrantes, fenómenos que frecuentemente resultan en eventos violentos y, algunas veces, fatales.<sup>265</sup>

#### **4.7.4 Los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes: regulares e irregulares**

En la parte III de la CIDTM (arts. 8 a 35) se concede una amplia serie de derechos, en su mayoría contenidos en el PIDCP y el PIDESC, a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, independientemente de su condición migratoria regular o irregular.

##### **4.7.4.1 Derechos Civiles**

###### *a) Derechos civiles generales*

La CIDTM garantiza a todos los trabajadores migratorios: el derecho a salir de cualquier Estado y regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él (art. 8); el derecho a la vida (art. 9); la prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10); la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso (art. 11); el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12); el derecho de libertad de expresión (art. 13); el derecho a no ser sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre (art. 14); el derecho a no ser privado arbitrariamente de sus

---

<sup>264</sup> Al respecto, véase Hasenau, M., 1990, *op.cit.*, nota 263, p. 146.

<sup>265</sup> Penna, L. R., Some Salient Human Rights in the UN Convention on Migrant Workers, *Asian and Pacific Migration Journal*, Vol. 2, 1993, p. 190.

bienes, ya sean de propiedad personal exclusiva o en asociación con otras personas (art. 15).

*b) Derechos civiles de especial importancia para los trabajadores migrantes*

i. Garantías dentro de los derechos a la seguridad de la persona y las garantías procesales

Los derechos a la libertad y seguridad de la persona y las garantías procesales están consignados en los artículos 16 a 19 y 24. Cabe destacar que se garantiza el derecho de todos los trabajadores migrantes y sus familiares que sean detenidos a ser informados en el momento de la detención, de ser posible *en un idioma que comprendan*, de los motivos de esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les haya formulado (art. 16.5). Asimismo, el artículo 16.9 establece que los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido víctimas de detención o prisión ilegal tendrán derecho a exigir una indemnización. En este mismo sentido, el artículo 18.3 señala que, dentro de las garantías mínimas a que todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito debe tener durante el proceso, están el ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra (a); y a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal (f).

Siguiendo la línea establecida en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, el artículo 16.7 señala que cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluso en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención: a) las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida; b) la persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades; c) se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal. En congruencia con lo anterior, el artículo 23 establece el derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la CIDTM. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.

El artículo 17.3 establece que todo trabajador migratorio o familiar suyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas. Además, los gastos que ocasione ese procedimiento no correrán por su cuenta (art. 17.8).

El artículo 20 establece el derecho a no ser encarcelado por deudas de carácter contractual. El artículo 20.2 dispone que ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado de su autorización de residencia o 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 necesaria para dicha autorización o permiso.

ii. Conservación de documentación

El artículo 21 otorga el derecho a los trabajadores migrantes de que ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. Además, en ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo.

iii. Prohibición de expulsión colectiva y garantías en caso de expulsión

El artículo 22 establece varias de las garantías en contra de una expulsión arbitraria o injusta generalmente aceptadas en esta materia por otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como el artículo 13 del PIDCP y el artículo no. 1 del Protocolo No. 7 del CoEDH. La novedad del artículo 22 es que, a diferencia de los instrumentos citados, protege a los migrantes irregulares y no sólo a los regulares como aquéllos. Eso sí, siempre que se otorguen tales garantías a los sujetos a un proceso de expulsión, ésta se podrá llevar a cabo.

El artículo 22.1 señala que los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva y que cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley (art. 22.2). La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender, por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento (art. 22.3).

Asimismo, se garantiza a los interesados el derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello (art. 22.4). Esta garantía, sin embargo, no constituye un derecho de apelación de la decisión en sentido estricto puesto que no otorga al migrante acceso a la autoridad administrativa, a una instancia superior o a un cuerpo judicial.<sup>266</sup> El artículo 22.4 también establece el derecho de ‘solicitar’ que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión hasta que no se haga dicha revisión. A pesar de que sólo se trata de una solicitud que los migrantes pueden hacer, les abre la puerta de permanecer en el Estado de empleo. Además, si la decisión de

---

<sup>266</sup> Hasenau, M., 1990, *op.cit.*, nota 263, p. 150.



expulsión ya ejecutada es ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate (art. 22.5).

El artículo 22.7 permite a los trabajadores migrantes y sus familiares solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen y el artículo 22.8 señala que los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta, pero sí podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.

Finalmente, los artículos 22.6 y 22.9 protegen los derechos adquiridos en sus empleos anteriores. Por un lado, otorga a los migrantes un tiempo razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes (art. 22.6). Además, la expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos adquiridos, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden (art. 22.9).

#### **4.7.4.2 Derechos económicos, sociales y culturales**

##### *a) Derechos laborales*

El artículo 25.1 garantiza a los trabajadores migratorios la igualdad de trato en lo tocante a la remuneración y “otras condiciones de trabajo y empleo”. Otras condiciones de trabajo incluyen: horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo (art. 25.1.a). Otras condiciones de empleo abarcan: edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio (art. 25.1.b). Ambas condiciones son abiertas, en el sentido de que pueden ser extendidas ‘conforme a la legislación y la práctica nacionales’. El artículo 25.2 prohíbe menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el artículo 25.1. Y el artículo 25.3, acorde con que este derecho se debe garantizar a todos los trabajadores migrantes independientemente de su condición migratoria, dispone:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades”.

##### *b) Derechos de libertad sindical*

La CIDTM otorga un primer grado de protección en materia de libertad sindical a todos los trabajadores en el artículo 26.<sup>267</sup> Reconoce los derechos de los trabajadores de participar en las reuniones y actividades de los sindicatos; afiliarse libremente a cualquier sindicato; y solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato. El artículo 26.2 establece que “el ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden

---

<sup>267</sup> El segundo grado de protección está contemplado en el artículo 40 de la CIDTM (parte IV).

público o para proteger los derechos y libertades de los demás”. Toda vez que este derecho está contemplado en la Parte III de la CIDTM, es aplicable a todos los trabajadores migrantes, incluidos los irregulares.

Destaca el hecho de que este artículo no otorga el derecho a todos los trabajadores de establecer o formar sindicatos, en clara contraposición a otros instrumentos internacionales de derechos humanos que sí lo conceden a todas las personas, por ejemplo el PIDCP (art. 22) y el PIDESC (art. 8). Aún más, ambas disposiciones señalan que no afectan las obligaciones de los Estados Partes del Convenio No. 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (1948), el cual otorga en su artículo 2 a “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa [...] el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Es cierto que en la práctica el derecho de formar sindicatos es de difícil realización para los trabajadores migrantes irregulares, sin embargo, también lo es que la CIDTM se aparta, en este sentido, de instrumentos de aceptación general que sí lo incluyen. En este sentido, algún autor ha anotado que esta desviación de la CIDTM del PIDCP, PIDESC y el Convenio No. 87 de la OIT tiene que ser considerado como “una considerable depreciación de los derechos sindicales de los trabajadores migrantes en situación irregular”.<sup>268</sup>

### *c) Derecho a la seguridad social*

El artículo 27 aborda el derecho a la seguridad social en dos materias distintas. Por un lado, el artículo 27.1 garantiza a los trabajadores migrantes y sus familiares el mismo trato que los nacionales con respecto a la seguridad social “en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”. Y el artículo 27.2, por otro lado, obliga a los Estados Partes a considerar “la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones”, cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación.

Cabe señalar que si bien el artículo 27.1 establece la igualdad de trato con los nacionales respecto a los beneficios de la seguridad social, también condiciona tal derecho a “que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”. Por este motivo, en la práctica este derecho puede ser difícil realización para los trabajadores migrantes irregulares, puesto que sería posible para los Estados Partes adoptar diferentes previsiones de acuerdo con la situación de regularidad (o irregularidad) del trabajador migrante.<sup>269</sup> Por otro lado, el artículo 27.1 no menciona ningún tratado multilateral en particular, en claro contraste con el artículo 10 del Convenio No. 143 de la OIT que establece igualdad de trato en cuanto a los derechos relativos a la seguridad social y puede ser complementado por otros estándares más precisos de la OIT en la materia. Por lo tanto, el nivel de protección que los trabajadores migrantes pueden esperar en esta materia es sólo determinable por los tratados internacionales en materia de seguridad social que el Estado Parte haya ratificado, si los

---

<sup>268</sup> Hasenau, M., 1990, *op.cit.*, nota 263, p. 139.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 143.

hay, o por la legislación nacional. Eso sí, una ventaja de la CIDTM es que no requiere reciprocidad para que tenga efectos esta disposición, por lo que tiene aplicación a aquellos trabajadores migrantes que son nacionales de Estados que no la han ratificado.<sup>270</sup>

El artículo 27.2 aplica a los derechos de los migrantes en el proceso de adquisición, los derechos de aquellos migrantes que ya han dejado el Estado de empleo y han adquirido derechos en ese Estado pero no el derecho de recibir los beneficios en el extranjero, así como a aquellos derechos de los trabajadores migrantes irregulares.<sup>271</sup> Los Estados, sin embargo, sólo son requeridos a ‘considerar la posibilidad’ de reembolsar las contribuciones que hubieren aportado los trabajadores migrantes cuando la legislación aplicable no permita que gocen de alguna prestación. De esta manera, esta disposición sólo constituye una débil recomendación y, por ello, una débil protección para los trabajadores migrantes.

*d) Derecho a la atención médica de urgencia*

El artículo 28 de la CIDTM establece el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Asimismo, dispone que esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo. Este derecho representa un buen avance en materia de salud para los migrantes irregulares, pues normalmente tienen muy complicado el acceso a estos servicios, si bien sólo se trata de un ‘servicio médico de urgencia’.

*e) Derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad*

El artículo 29 dispone que todos los hijos de los trabajadores migratorios tienen derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad, por lo que no importando el estatus migratorio de los padres, se deberá otorgar lo previsto en este artículo a sus hijos. Este es otro derecho de gran importancia para los migrantes irregulares, puesto que en caso contrario sus hijos corren el riesgo de convertirse en apátridas, con todas las desventajas que ello implica, o en irregulares de ‘segunda generación’, perpetuándose su irregularidad.

*f) Derecho a la educación*

El artículo 30 señala que todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Asimismo, señala que el acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación *irregular* en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo. Se debe señalar que en la práctica el ejercicio

---

<sup>270</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 167.

<sup>271</sup> Hasenau, M., 1990, *op.cit.*, nota 263, p. 144.

de este derecho para los migrantes irregulares se vuelve complicado por el miedo de entrar en contacto con autoridades públicas y, por ende, ser denunciados y deportados.

*g) Derecho al respeto de la identidad cultural*

El artículo 31 establece que los Estados velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen. Aún más, dispone que los Estados podrán tomar las medidas apropiadas para ayudar y alentar los esfuerzos a este respecto.

*h) Derecho de transferir ingresos, ahorros, efectos personales y otras pertenencias*

El artículo 32 prevé que los trabajadores migratorios y sus familiares, al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros y, de conformidad con la legislación aplicable de los Estados de que se trate, sus efectos personales y otras pertenencias.

*i) Derecho de ser informados de sus derechos con arreglo a la CIDTM*

Por último, el artículo 33 establece el derecho de los migrantes a ser informados de sus derechos con arreglo a la CIDTM y los requisitos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado.

#### **4.7.5 Los derechos de los trabajadores migrantes en situación regular**

La CIDTM concede derechos adicionales a los trabajadores migratorios en situación regular.

##### **4.7.5.1 Derechos civiles y políticos**

Destaca el derecho a la libertad de circulación en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia (art. 39); el 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). Así como a ciertos derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos (art. 42). Asimismo, los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a no ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la parte III (art. 56).

##### **4.7.5.2 Derechos económicos, sociales y culturales**

*a) Igualdad en el acceso a derechos económicos, sociales y culturales*

Los trabajadores migrantes y sus familiares tienen derecho a gozar de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: el acceso a instituciones y servicios de enseñanza; el acceso a servicios de orientación profesional y colocación; el acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento; el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres; el acceso a los servicios sociales y de salud; el acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados; el acceso a la vida cultural y la participación en ella (art. 43).

De modo similar, el artículo 45 señala la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con el acceso a instituciones y servicios de enseñanza; a instituciones y servicios de orientación y capacitación vocacional; a servicios sociales y de salud; y a la vida cultural y la participación en ella (art. 45.1). Destaca también la obligación de los Estados de empleo de facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local (art. 45.2).

#### *b) Derechos relativos a la familia*

Los trabajadores migrantes y sus familiares tienen derecho a la facilitación de la reunificación familiar (art. 44). Si bien puede parecer razonable que este derecho sólo sea otorgado a los migrantes en situación regular, ya que de otra manera incentivaría el flujo de personas hacia el Estado de empleo, algún autor ha sostenido que tal situación entra en conflicto con el derecho humano básico contenido en el artículo 44.1: “Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”.<sup>272</sup> Este propósito parece, sin embargo, ser el olvidado en el apartado 2 del artículo, el cual trata la reunificación familiar *per se*. Bajo el artículo 44.2 los Estados:

“tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”.

Como se puede apreciar, esta disposición está planteada en términos de ‘una mera recomendación’,<sup>273</sup> por lo que sólo puede ser considerada como una orientación para los Estados al ejercer su poder discrecional de decidir a qué miembros de la familia del trabajador migrante admitir. Finalmente, el artículo 44.3 establece el deber de los Estados, por razones humanitarias, de “considerar” conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del artículo 44 a otros familiares de los trabajadores migratorios. Como se puede apreciar, los Estados tienen una amplia discreción en materia de reunificación familiar, la CIDTM sólo establece recomendaciones. Como ha anotado Cholewinski: “el artículo 44 es un

---

<sup>272</sup> Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 759.

<sup>273</sup> Hasenau, M., 1990, *op.cit.*, nota 263, p. 149.

significativo paso atrás en los esfuerzos para realizar este importante derecho de los migrantes. En esta etapa de desarrollo de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que protegen a los trabajadores migrantes y sus familias, un enfoque más progresivo hubiera otorgado a los migrantes el derecho a la reunificación familiar, y sometido este derecho a regulación. En cambio, el artículo 44 constituye una carta en blanco que efectivamente permite a los Estados Partes controlar y restringir a su voluntad la entrada de las familias de los trabajadores migrantes”.<sup>274</sup>

Otro derecho relativo a la familia es el establecido en el artículo 50, el cual dispone 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 en consideración de la unidad de la familia, teniendo en cuenta su período de residencia. Siguiendo la línea del artículo 44, este artículo constituye solamente una recomendación. De hecho, el artículo 50.2 señala que aquellos familiares a quienes no se conceda esa autorización, se les dará tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él. El objetivo principal de esta disposición es asegurar que los miembros de la familia del trabajador no se encuentren en una situación irregular ante un evento de muerte o divorcio.<sup>275</sup> Eso sí, si ya tuvieran concedido el derecho a permanecer y trabajar, lo señalado en el artículo 50, apartados 1 y 2, no les afectará.

#### *c) Impuestos*

Los trabajadores migrantes y sus familiares tienen derecho a estar exentos de derechos e impuestos en concepto de importación y exportación por sus efectos personales y enseres domésticos, así como por el equipo necesario para el desempeño de su actividad remunerada (art. 46). Asimismo, a no pagar impuestos, derechos ni gravámenes de ningún tipo que sean más elevados o gravosos que los que deban pagar los nacionales en circunstancias análogas y a evitar la doble tributación (art. 48).

#### *d) Derechos laborales y de libertad sindical*

Destacan el derecho a ausentarse temporalmente sin que ello afecte a la autorización que tengan de permanecer o trabajar (art. 38); el derecho a establecer asociaciones y sindicatos (art. 40); el derecho a protección contra los despidos; prestaciones de desempleo; acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo; el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada; a recurrir ante las autoridades competentes si su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo (art. 54); el derecho a igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de esa actividad remunerada (art. 55); y a transferir sus ingresos y ahorros (art. 47).

---

<sup>274</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 173.

<sup>275</sup> *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/43/1, 20 de junio de 1988, párr. 24.

Las disposiciones de la CIDTM relativas a la equidad en el trabajo y las condiciones laborales entre nacionales y trabajadores migrantes son más avanzadas en comparación con otros estándares internacionales en esta área, por ejemplo los de la OIT, en virtud de que otorgan derechos directos a los migrantes en contra de sus empleadores y el Estado. Los derechos, por tanto, son primordiales, en contraste con los deberes del Estado para prevenir prácticas discriminatorias por parte de las autoridades o promover la igualdad de oportunidades con respecto al trabajo y las condiciones laborales encontradas en las disposiciones de la OIT.<sup>276</sup>

*e) Derechos de residencia*

La CIDTM liga el permiso de residencia al de empleo. Por ello, los trabajadores migrantes que tengan la libertad de elegir una actividad remunerada tendrán derecho a obtener una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso de trabajo. La Convención protege a aquellos trabajadores a los que se les termina su empleo, antes del vencimiento de su permiso de trabajo. En este sentido, el artículo 49.2 establece que por ese hecho no se considerará que se encuentren en situación irregular, ni se les retirará su autorización de residencia. De hecho, a fin de permitir que estos trabajadores 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 tuvieran derecho a prestaciones de desempleo (art. 49.3).

Los trabajadores que no estén autorizados a elegir libremente su actividad remunerada también están protegidos con el derecho de buscar otro empleo, participar en programas de obras públicas y readiestrarse (art. 51). Este derecho, sin embargo, sólo podrá ser ejercido por el tiempo restante en su permiso de trabajo, sujeto a las limitaciones y condiciones especificadas en el mismo. De cualquier forma, es preciso resaltar que no se considerará que estos trabajadores se encuentren en situación irregular, 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.

*f) Libertad de elegir empleo*

La CIDTM señala que los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán la libertad de elegir su actividad remunerada, con sujeción a las restricciones o condiciones del Estado de empleo (art. 52.1). En este sentido, el Estado de empleo puede restringir: el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades (art. 52.2.a); y la libre elección de empleo, de conformidad con su legislación relativa a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo (art. 52.2.b). En contraste con las amplias protecciones otorgadas por la CIDTM en relación al trabajo y las condiciones laborales, el derecho de elegir libremente un empleo está sujeto a un número de restricciones que reflejan el interés de los Estados en retener el control soberano de un delicado ámbito por sus implicaciones económicas.

---

<sup>276</sup> Hasenau, M., 1990, *op.cit.*, nota 263, p. 139.

Para el caso de los trabajadores temporales, el Estado de empleo también podrá restringir el derecho de libre elección de empleo a la condición de que el trabajador migratorio haya residido legalmente por un tiempo que no sea superior a dos años (art. 52.3.a). También podrá limitar el empleo de estos trabajadores 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 (por ejemplo el caso de la Unión Europea). Tal limitación, sin embargo, deberá ser removida si el trabajador ha residido legalmente por un período que no sea superior a cinco años (art. 52.3.b).

Los períodos de tiempo señalados en el artículo 52 sólo son una recomendación, por lo que el Estado de empleo podrá incrementarlos, sin necesariamente infringir la CIDTM.<sup>277</sup> Este enfoque fue criticado por algunos Estados en el momento de la redacción de la Convención bajo el argumento que debilitaba los estándares existentes de la OIT en la materia (por ejemplo el artículo 14.a del Convenio No. 143).<sup>278</sup> Siguiendo este argumento, algún autor ha señalado que constituye un atraso el permitir a los Estados el restringir el acceso al empleo sin limitación.<sup>279</sup> Finalmente, con respecto a los trabajadores migrantes por cuenta propia, el artículo 52.4 señala que el Estado de empleo fijará las condiciones para puedan trabajar en su territorio, si bien el período que hayan residido legalmente en su territorio deberá ser tomado en cuenta al fijar tales condiciones (art. 52.4).

El artículo 53 trata la cuestión relativa a la libertad de elegir empleo de los familiares del trabajador migrante. Una distinción similar a la presente en el artículo 52 es hecha en esta disposición entre los familiares de un trabajador cuya autorización de residencia o admisión no tenga límite de tiempo o se renueve automáticamente, quienes podrán elegir libremente una actividad remunerada en las mismas condiciones aplicables a dicho trabajador migratorio (art. 53.1), y aquellos a quienes no se les permita elegir libremente su actividad remunerada. Respecto a estos últimos, el artículo 53.2 señala que los Estados “considerarán” 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.

#### *g) Categorías particulares de trabajadores migrantes*

Finalmente, la parte V de la CIDTM contiene disposiciones específicas aplicables a categorías particulares de trabajadores migrantes, tales como los trabajadores fronterizos, de temporada, itinerantes, así como los vinculados a un proyecto, con un empleo concreto o trabajadores por cuenta propia. Estos trabajadores gozan de los derechos contenidos en las partes III y IV de la CIDTM, pero el ejercicio de los derechos de esta última parte está sometido a las modalidades establecidas en la Parte V.

### **4.7.6 Migración irregular**

---

<sup>277</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 162.

<sup>278</sup> Los Estados que formularon tal crítica fueron Finlandia y Grecia. *Report of the Open-ended Working Group*, junio de 1988, UN Doc. A/C.3/43/1, *op.cit.*, nota 275, párr. 104.

<sup>279</sup> Hasenau, M., 1990, *op.cit.*, nota 263, p. 141.



#### 4.7.6.1 Definición

Como ya se ha mencionado, la CIDTM protege a los trabajadores migrantes irregulares, quienes, según el artículo 5.b), son aquéllos que no “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”. Las disposiciones de los artículos 2 y 4 que definen a los trabajadores migrantes y sus familiares les son aplicables a los migrantes irregulares. Consecuentemente, los migrantes irregulares que han estado comprometidos en una actividad remunerada en cualquier momento en el Estado de empleo están protegidos por las disposiciones pertinentes de la CIDTM (art. 2.1), así como también las personas más cercanas a ellos (art. 4).<sup>280</sup> Los marinos que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, por el contrario, no están protegidos por la Convención, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 3.f). La CIDTM protege a la mayoría de los migrantes irregulares, con excepción de aquéllos que hayan sobrepasado el tiempo permitido en su permiso de trabajo o visa pero que no estén empleados, así como de aquéllos que no estén dentro de la definición de “miembros de familia” del Estado de empleo.<sup>281</sup>

#### 4.7.6.2 El debate en el proceso de elaboración de la CIDTM

En el proceso de elaboración de la Convención se expresaron varios puntos de vista sobre la protección que debía ser otorgada a los migrantes irregulares.<sup>282</sup> Por un lado, estuvieron los países que consideraron que otorgar derechos sustanciales a los migrantes irregulares era algo en extremo ‘problemático’, sobre la base de que otorgar más derechos a este grupo de personas los incentiva y, aún más, premia su violación de las fronteras del Estado receptor.<sup>283</sup> El enfoque opuesto fue sostenido por aquellos países que consideraron la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares como una cuestión de valores universales; un ejemplo del movimiento reciente dentro de la Comunidad Internacional de otorgar una protección especial a los grupos vulnerables. Otro argumento para otorgar más derechos a los migrantes irregulares se basó en un razonamiento instrumental, por oposición a uno normativo. Se sostuvo que otorgar derechos a los trabajadores migrantes irregulares desincentivaría a los empleadores de contratarlos y mejoraría las condiciones de los trabajadores nacionales.<sup>284</sup> De hecho, este razonamiento es reiterado en el párrafo 15 del Preámbulo de la Convención, el cual sostiene:

“Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentarán a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”.

---

<sup>280</sup> Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 740.

<sup>281</sup> *Ídem.*

<sup>282</sup> Estos puntos de vista han sido sucintamente analizados por Linda Bosniak, *ibídem.*, p. 747-751.

<sup>283</sup> Este punto de vista fue compartido por Estados Unidos y Alemania, quienes quisieron limitar la definición de ‘trabajador migrante’ únicamente a aquellos en situación regular. Véanse los *Reports of the Open-Ended Group*, años 1983 y 1985, *op.cit.*, notas 258 y 261.

<sup>284</sup> Al respecto, véase Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 750.

Estos argumentos a favor de otorgar derechos a los migrantes irregulares y los miembros de sus familias pueden ser reforzados por otras justificaciones,<sup>285</sup> que en parte transfieren la responsabilidad de la migración irregular a los Estados de empleo: su demanda insaciable de mano de obra barata, la historia de explotación política y económica de los países de origen de los migrantes irregulares, y la contribución económica de los migrantes irregulares a la economía de los Estados de empleo. Finalmente, el argumento avanzó al punto de que controles migratorios estrictos combinados con medidas efectivas de control para penalizar a aquéllos que exploten y empleen a los migrantes irregulares constituiría el mejor método para prevenir la migración irregular.<sup>286</sup> Este enfoque, sin embargo, tiene que ser combinado con la protección de los derechos humanos de aquéllos trabajadores que ya se encuentran dentro del Estado de empleo en una situación irregular. En efecto, tal parece ser el enfoque tomado por la CIDTM.

#### **4.7.6.3 El enfoque de protección de la CIDTM: derechos para los migrantes irregulares y prevención de la migración irregular**

La CIDTM tiene dos objetivos principales en cuanto a migración irregular se refiere: garantizar derechos humanos básicos a los migrantes irregulares y prevenir los movimientos clandestinos y el tráfico de trabajadores migrantes. Ha sido argumentado, sin embargo, que esta política lleva a la ambivalencia de la protección de los derechos humanos de estas personas en virtud de que intenta alcanzar un objetivo sobre la base de dos principios esencialmente irreconciliables.<sup>287</sup>

En cuanto al primer objetivo, como ya se mencionó, la Parte III de la Convención otorga derechos tan relevantes para los migrantes irregulares como gozar de un trato igual a los nacionales del Estado de recepción en lo tocante a la remuneración y las condiciones de trabajo, a la seguridad social, a afiliarse en sindicatos, a la salud (atención médica de emergencia), a la educación, a la cultura,<sup>288</sup> y a ciertas garantías en caso de expulsión. Algunos derechos otorgados a todos los trabajadores migrantes en la Parte III, sin embargo, están por debajo de otros instrumentos internacionales de aceptación general que otorgan un grado mayor de protección, por ejemplo el derecho a establecer sindicatos no se otorga a los migrantes irregulares en la Convención.

El segundo objetivo de la CIDTM en cuanto a la migración irregular se refiere es abordado en la Parte IV titulada “Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares”. De acuerdo con el artículo 68.1, los Estados Partes, incluidos los Estados de tránsito, deberán colaborar para impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular. Las medidas a tomar por los Estados

---

<sup>285</sup> Véanse el apartado 4.7.1 de este capítulo y el apartado 3.4 del capítulo 3 de este trabajo.

<sup>286</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 188.

<sup>287</sup> Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 741; Nafziger, J. A. R., Bartel, B. C., *The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law*, *International Migration Review*, Vol. 25, 1991, p. 784.

<sup>288</sup> Si bien el derecho a la vivienda no se otorga a los migrantes irregulares, se podría argumentar alguna protección en este sentido en virtud del artículo 64.1, el cual impone a los Estados la obligación de consultar y colaborar entre sí “con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares”.

incluyen: tomar acción en contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración; imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan los movimientos irregulares o presten asistencia a tal efecto; y a quienes hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular.

Otra importante medida es la imposición de sanciones a los empleadores de los trabajadores irregulares, lo cual no menoscabará los derechos de los trabajadores migrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo (art. 68.2). Cabe señalar que el representante de Estados Unidos se opuso a esta disposición. Argumentó que ‘la cuestión de imponer sanciones a los empleadores de los trabajadores indocumentados era una materia exclusiva de la jurisdicción del Estado de empleo y no debía ser discutida en el artículo 68’.<sup>289</sup> La precisión de salvaguardar los derechos de los trabajadores fue hecha por la preocupación de algunos Estados de que los empleadores no debían deslindarse respecto a sus responsabilidades con los trabajadores por la existencia de medidas que previeran sancionarlos.<sup>290</sup> Al elaborarse esta disposición se enfatizó, sin embargo, “que los derechos protegidos eran sólo aquellos que se hubieran acumulado en el momento en que el empleo fuera terminado debido a su ilegalidad”.<sup>291</sup> Cabe señalar que el artículo 68.2 no establece el tipo de sanciones a aplicar a los empleadores, a diferencia del artículo 6.1 del Convenio No. 143 de la OIT, el cual señala que las sanciones a imponerse podrán ser administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión.

Bosniak señala que la disposición que establece la imposición de sanciones a los empleadores y el ejercicio de los derechos que otorga la CIDTM por los trabajadores migrantes irregulares están en conflicto. Ejemplifica esto con el caso de un empleador que despide a un trabajador irregular por participar en actividades sindicales (derecho protegido por el artículo 26), pero argumenta que lo hizo para cumplir con la disposición que sanciona la contratación de estos trabajadores. Si bajo la ley nacional está prohibido el despido de los trabajadores nacionales por participación en actividades sindicales, entonces el despido constituiría, *a la vez*, una *violación* del artículo 25.1.a de la Convención, que establece la igualdad de trato con los nacionales en lo relativo al fin de la relación de empleo; y el *cumplimiento* con la ley que sanciona la contratación de estos trabajadores. Bajo estas circunstancias, puede ser difícil asegurar que las sanciones a los empleadores no entren en conflicto con los derechos de los trabajadores irregulares, con respecto a sus empleadores. De hecho, aún en el caso de que se encontrara que el empleador violó el derecho del trabajador al usar el pretexto de las sanciones, las sanciones en contra del

---

<sup>289</sup> *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/38/1, 16 de junio de 1983, párr. 109.

<sup>290</sup> India e Italia compartieron este punto de vista. Véase *Report of the Open-ended Working Group*, UN Doc. A/C.3/38/5, octubre de 1983, *op.cit.*, nota 258, párr. 27.

<sup>291</sup> *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, UN Doc. A/C.3/43/7, 17 de octubre de 1988, párr. 112.

empleo de trabajadores irregulares evitarían que el empleador fuera obligado a reinstalar al trabajador despedido injustamente.<sup>292</sup>

En efecto, la CIDTM no prevé una solución para este tipo de casos, de hecho el ejemplo de Bosniak pone de manifiesto las dificultades a las que se pueden enfrentar los trabajadores migrantes irregulares a la hora de querer hacer valer los derechos que les confiere la Convención. Sin duda, significa un gran avance que un instrumento internacional universal de derechos humanos otorgue derechos a los trabajadores migrantes irregulares; sin embargo, no se deben dejar de observar las dificultades prácticas que estas personas enfrentan a la hora de querer hacer valer los derechos que les confiere el referido instrumento internacional. Por ejemplo, el ejercicio de los derechos consignados en la Parte III de la CIDTM por parte de los trabajadores irregulares puede verse frustrado si éstos son detenidos, perseguidos, sancionados o, en última instancia, expulsados del Estado de empleo. De hecho, la sola amenaza de expulsión o de ser detectados como irregulares es razón suficiente para que estos trabajadores no soliciten la reparación por violaciones de sus derechos. De acuerdo con Bosniak, esencialmente ésta es la experiencia de los migrantes irregulares en los Estados de empleo que formalmente les confieren derechos.<sup>293</sup>

Además, la CIDTM no contiene ninguna disposición que garantice la protección de los trabajadores irregulares que denuncien ante las autoridades cualquier violación de sus derechos consagrados en la CIDTM.<sup>294</sup> Aún más, algunas disposiciones de la CIDTM parecen excluir tal derecho. Por ejemplo, el artículo 79<sup>295</sup> reafirma los derechos soberanos de los Estados respecto a la admisión de trabajadores migrantes y sus familias y el artículo 34 dispone que: “ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención [III] tendrá por efecto 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 [...]”. Por lo anterior, si bien la CIDTM ha dado un paso más en otorgar una amplia serie de derechos a los trabajadores irregulares y ello constituye un gran adelanto en la protección de los derechos humanos de este grupo humano tan vulnerable, los ejemplos precedentes ilustran las dificultades prácticas con las que se enfrentan los trabajadores irregulares para el ejercicio de los derechos que les otorga.

#### 4.7.6.4 Regularización

En la CIDTM no existe la obligación de regularizar el estatus migratorio de los trabajadores irregulares. El artículo 69.1 establece el deber de los Estados en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular de tomar “medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”. Enseguida, el artículo 69.2 señala que “cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la

---

<sup>292</sup> Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 761-762.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 759.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 759-760.

<sup>295</sup> El artículo 79 señala: “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. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención”.

situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar”. Durante el proceso de elaboración de esta disposición las delegaciones de algunos Estados señalaron que implicaba la obligación de regularizar a los migrantes irregulares.<sup>296</sup> Sin embargo, como claramente se puede ver, no existe tal obligación. Sólo se establece que se deberán tomar en cuenta ciertas consideraciones si el Estado de empleo decide llevar a cabo una regularización de estas personas. Además, el artículo 69.2 debe ser leído en conjunción con el artículo 35 de la Parte III de la CIDTM, el cual señala:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención se interpretará en el sentido de que implica 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, ni menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte VI de la presente Convención”.

La referencia en el artículo 35 a la Parte VI de la CIDTM deja claro que la disposición no entra en conflicto en ninguna forma con el artículo 69.2.

El hecho de que la CIDTM no establezca la obligación de regularizar a los trabajadores migrantes irregulares, particularmente los que han residido y contribuido a la economía del Estado de empleo por un tiempo considerable, o al menos de dar algún paso para una redefinición gradual de su situación, menoscaba aún más el ejercicio de los derechos que les confiere la CIDTM en ausencia de disposiciones que los protejan en contra de su detección si intentan hacer valer estos derechos.<sup>297</sup> Al respecto, Bosniak señala que, desde el punto de vista de los derechos humanos, esta omisión de la Convención “amenaza con remover con una mano lo que ha sido ofrecido por la otra”, aunque también acepta que, en la práctica, recurrir constantemente a amnistías es un ejercicio de autoderrota porque alienta más entrada y permanencia irregulares en el país, con la esperanza de una futura regularización.<sup>298</sup>

Como ha apuntado Cholewinski,<sup>299</sup> la tensión precedente es resultado de los dos enfoques de la CIDTM en cuanto a migración irregular se refiere: la protección de los derechos humanos y el principio de la soberanía estatal, el cual indudablemente prevalece en el tema de la migración irregular. No obstante, la CIDTM constituye un avance significativo en la protección de estas personas y sus familiares. De hecho, es un esfuerzo considerable, aunque no enteramente exitoso dadas las restricciones derivadas de la soberanía estatal, para implementar los principios universales de protección de los derechos humanos. Como ha notado Bosniak, experta en migración irregular:

---

<sup>296</sup> Esta postura fue sostenida por las delegaciones de Canadá y Alemania. De hecho, los representantes de Alemania argumentaron que el artículo 69.2 explícitamente asumía que “la regularización era un método apropiado para combatir la migración irregular”, considerando que el primer párrafo implícitamente asumía lo mismo. *Report of the Open-ended Working Group, A/C.3/43/7*, octubre de 1988, *op.cit.*, nota 291, párr. 27-28.

<sup>297</sup> Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 763.

<sup>298</sup> *Ídem.*

<sup>299</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 192.

“La inclusión de los migrantes indocumentados dentro del marco de protección del régimen internacional de derechos humanos es [...] significativo en cuanto que revela un desarrollo más general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En una sociedad internacional en la que la soberanía estatal permanece como el principio ordenador primordial, los migrantes indocumentados desafían al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con un caso especialmente difícil. Al promulgarse esta Convención, e incluirse las amplias protecciones para los migrantes indocumentados que tiene, las Naciones Unidas han demostrado una notable, si bien parcial, voluntad de plantear el desafío de la universalidad sobre el que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha posicionado”.<sup>300</sup>

#### **4.7.7 Las obligaciones emanadas de la CIDTM para los Estados Partes**

Las obligaciones que los Estados Partes deben cumplir de conformidad con la Convención se pueden resumir en las siguientes:

1. Respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención, sin discriminación alguna y de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 7).
2. Promover condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares (art. 64-71), a través de:
  - a) La formulación y la ejecución de políticas relativas a esa clase de migración;
  - b) El intercambio de información, las consultas y la cooperación con otros Estados;
  - c) El suministro de información a empleadores, trabajadores y sus organizaciones, acerca de las políticas, las leyes y los reglamentos relativos a la migración y el empleo;
  - d) El suministro de información y asistencia a los trabajadores migratorios y sus familiares en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el Estado de empleo, las normas aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes;
  - e) La provisión de servicios consulares y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares;
  - f) La adopción de medidas relativas al regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familiares al Estado de origen cuando: decidan regresar, expire su permiso de residencia o empleo, o se encuentren en situación irregular; y al fomento de las condiciones económicas adecuadas para el reasentamiento de los trabajadores regulares;
  - g) La colaboración para impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de trabajadores migrantes, a través de:
    - i. La toma de medidas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración;
    - ii. La detección y eliminación de esos movimientos migratorios;

---

<sup>300</sup> Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 765.

- iii. La imposición de sanciones a quienes organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto, y a quienes hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular;
- iv. La toma de medidas para eliminar la contratación de trabajadores migrantes irregulares, incluso, mediante la imposición de sanciones a los empleadores, sin que esas medidas menoscaben los derechos de los trabajadores frente a sus empleadores; y
- v. La toma de medidas para evitar que persista la presencia de trabajadores irregulares en su territorio.

3. Garantizar un recurso efectivo a toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados con el fin de que pueda obtener una reparación efectiva (art. 83).

4. Adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar las disposiciones de la Convención (art. 84).

#### **4.7.8 El Comité de Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares**

La aplicación de la CIDTM está prevista en la Parte VII. El cuerpo encargado de tal propósito es el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (art. 72.1.a). Se previó que el Comité estaría integrado por diez expertos independientes elegidos después de la entrada en vigor de la Convención, y de 14 expertos cuando se hubieran registrado 41 ratificaciones, lo cual ya sucedió.<sup>301</sup> Los expertos deben ser ‘de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia en el sector abarcado por la Convención’ (art. 72.1.b). Son elegidos en votación secreta por los Estados Partes. En el proceso de elección se presta consideración a la distribución geográfica equitativa y a la representación de los principales sistemas jurídicos y se incluye tanto a Estados de origen como Estados de empleo de trabajadores migratorios. Los miembros del Comité, que actúan a título personal, tienen un mandato de cuatro años (art. 72.2.a).

El artículo 75.1 de la CIDTM otorga facultades al Comité para aprobar su propio Reglamento,<sup>302</sup> el cual contiene disposiciones sobre: sus períodos de sesiones- se reunirá las veces que sean necesarias para el desempeño satisfactorio de sus funciones (art. 1) y celebrará normalmente un período ordinario de sesiones cada año en la Sede de la ONU (art. 2.1 y 3);<sup>303</sup> el programa provisional de cada período ordinario de sesiones (art. 5-8); sus miembros- mandato, provisión de vacantes imprevistas, declaración solemne (art. 9-11); su Mesa- elección, procedimiento de elección, mandato de los miembros, funciones del presidente, presidente interino, sustitución de los miembros (art. 12-17);<sup>304</sup> su Secretaría- declaraciones, consecuencias financieras de las propuestas (art. 18-19); idiomas oficiales de trabajo (art. 20); sus sesiones públicas y privadas (art. 21); la distribución de sus informes y otros documentos oficiales (art. 22); su procedimiento de trabajo- quórum para la adopción

---

<sup>301</sup> A febrero de 2011, la CIDTM cuenta con 44 ratificaciones:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/index.htm>.

<sup>302</sup> El Comité aprobó el “Reglamento del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares” el 7 de mayo de 2004, HRI/GEN/3/Rev.1/Add.1.

<sup>303</sup> La CIDTM también establece esta obligación en su artículo 75, apartados 3 y 4.

<sup>304</sup> El artículo 75.2 de la CIDTM señala que el Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

de decisiones oficiales (8 miembros), atribuciones del presidente, adopción de decisiones (por consenso y en caso contrario por votación), votaciones (art. 23-26); la participación de los organismos especializados y otros órganos de NU, organizaciones intergubernamentales y otros órganos interesados (art. 27-28); su informe anual (art. 29); los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 73 de la CIDTM- aprobación de directrices para la presentación de los informes, examen de los informes de acuerdo con el artículo 74 de la CIDTM (art. 30-32). Las normas para el examen de las comunicaciones señaladas en los artículos 76 y 77 de la CIDTM no fueron desarrolladas en este Reglamento en virtud de que tales procedimientos de comunicación aún no entran en vigor.

El Comité tiene una triple función: examinar los informes sobre la aplicación de la Convención presentados por los Estados Partes, así como recibir las comunicaciones de los Estados y los individuos.

#### *a) Informes de los Estados Partes*

De acuerdo con el artículo 73.1, los Estados Partes se encuentran obligados a remitir informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención. También deberán informar de los factores y las dificultades que afecten a la aplicación de la Convención y proporcionar información acerca de las características de las corrientes de migración que se produzcan en el Estado Parte de que se trate (art. 73.2). A partir de la entrada en vigor de la Convención, los informes debían ser presentados en el plazo de un año. En lo sucesivo, cada cinco años y cada vez que el Comité lo solicite (art. 73.1). Los Estados deben adecuar la presentación de sus informes a las Directrices respecto de la forma y el contenido de éstos, aprobadas por el Comité de acuerdo con los artículos 30 y 31.2 de su Reglamento.<sup>305</sup>

El Comité debe examinar los referidos informes, pedir información complementaria si así lo requiere, y transmitir las observaciones que considere apropiadas al Estado Parte interesado, el cual podrá presentar sus comentarios sobre cualquier observación (art. 74.1).<sup>306</sup> En el examen de los informes o en el debate y la aprobación de las observaciones finales no podrán participar los miembros del Comité que hayan sido elegidos por el Estado Parte al cual se refieren.<sup>307</sup> Las observaciones del Comité a los Estados Partes tienen la siguiente estructura: introducción, aspectos positivos, factores y dificultades que afectan a

---

<sup>305</sup> Al respecto, véanse “*Directrices para los informes periódicos que han de presentar los Estados Partes en virtud del artículo 73 de la Convención*”, de 20 de mayo de 2008, CMW/C/2008/1; “*Compilación de directrices sobre la forma y contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes de los tratados internacionales de derechos humanos*”, de 6 de mayo de 2005, HRI/GEN/2/Rev.2/Add.1.

<sup>306</sup> A febrero de 2011, han presentado sus informes: Malí (abril de 2006), México (octubre-noviembre de 2006), Egipto (abril de 2007), Ecuador (noviembre de 2007), Bolivia y la República Árabe Siria (abril de 2008), El Salvador (noviembre de 2008), Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Colombia y Filipinas (abril-mayo de 2009), Sri Lanka (octubre de 2009), Argelia (abril de 2010), Albania, Ecuador y Senegal (noviembre-diciembre de 2010). Está previsto que Argentina, Chile, Guatemala y México lo hagan para 2011. Información disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm>.

<sup>307</sup> Artículo 32 del Reglamento del Comité.



la aplicación de la Convención, principales motivos de preocupación, sugerencias y recomendaciones, seguimiento y difusión y próximo informe periódico.<sup>308</sup>

La CIDTM prevé una estrecha cooperación entre el Comité y la OIT, la cual recibirá copias de los informes presentados por los Estados Partes y la información pertinente para el examen de esos informes, a fin de que pueda proporcionar al Comité los conocimientos especializados de que disponga respecto de las cuestiones que caigan dentro del ámbito de su competencia (art. 74.2). Aún más, podrá nombrar representantes para que participen, con carácter consultivo, en las sesiones del Comité (art. 74.5).<sup>309</sup> La Convención también prevé la cooperación entre el Comité y otros organismos internacionales especializados y organizaciones intergubernamentales, a quienes también se transmitirán copias de los informes que caigan dentro del ámbito de su competencia (art. 74.3).<sup>310</sup> El Comité podrá invitarlos a que presenten información escrita (art. 74.4) y a que estén presentes y sean escuchados en las sesiones relevantes (art. 74.6).

La Convención (art. 74.7 y 8) y el Reglamento del Comité (art. 29) establecen la obligación del Comité de presentar un informe anual a la Asamblea General sobre la aplicación de la Convención, en el cual debe exponer sus opiniones y recomendaciones basadas, en particular, en el examen de los informes de los Estados Partes y en las observaciones que éstos presenten. El Secretario General de las Naciones Unidas, a su vez, debe transmitir los informes anuales del Comité a los Estados Partes, al Consejo Económico y Social, al Consejo de Derechos Humanos, al Director General de la OIT y a otras organizaciones pertinentes.<sup>311</sup>

#### *b) Comunicaciones de Estados Partes*

El artículo 76 de la Convención establece el procedimiento a través del cual el Comité puede recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanadas de la Convención. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados Partes interesados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá referir el asunto al Comité (art. 76.1.b). En tal caso, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto a las obligaciones establecidas en la Convención (art. 76.1.d).<sup>312</sup> El procedimiento de las comunicaciones interestatales es opcional y sólo puede

---

<sup>308</sup> Véanse las observaciones del Comité a los informes presentados por los Estados Partes, así como el seguimiento respectivo en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm>.

<sup>309</sup> El artículo 27 del Reglamento del Comité se pronuncia en el mismo sentido.

<sup>310</sup> Al respecto, véanse el artículo 74.4 de la CIDTM y el artículo 28 del Reglamento del Comité.

<sup>311</sup> Véanse los informes anuales del Comité en:

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/annual\\_reports.htm](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/annual_reports.htm).

<sup>312</sup> Sin perjuicio de la existencia de los mecanismos de garantía de naturaleza no contenciosa, y como sucede en otros tratados de derechos humanos de la ONU, las controversias entre Estados Partes sobre la interpretación y aplicación de la CIDTM tienen como vía preferente la negociación, según el artículo 92.1. No obstante, a petición de una de las partes de la controversia, ésta será sometida a un procedimiento jurisdiccional *ad hoc* como es el arbitraje. De no ponerse de acuerdo dentro de los seis meses siguientes a la solicitud de arbitraje sobre su organización, cualquiera de los Estados Partes implicados en la controversia podrá someterla a la Corte Internacional de Justicia. A febrero de 2011, Argelia, Argentina, El Salvador y

operar si los Estados involucrados han hecho una declaración por la cual reconocen con respecto a sí mismos la competencia del Comité para estos efectos (art. 76.1), y si al menos 10 Estados Partes en total han hecho tal declaración (art. 76.2).<sup>313</sup>

Durante el proceso de elaboración de la CIDTM, prevaleció el punto de vista de los Estados que querían hacer este procedimiento opcional sobre aquéllos que querían que fuera un procedimiento obligatorio.<sup>314</sup> Los primeros consideraron que un procedimiento obligatorio sería inapropiado dada la complejidad de la Convención y también porque desincentivaría a los Estados a ratificarla.<sup>315</sup> Los segundos manifestaron que tal procedimiento aseguraría la implementación efectiva de la Convención.<sup>316</sup> Como señalan Bosniak y Cholewinski, este debate es otro ejemplo de la tensión existente entre el principio de la soberanía estatal y la protección de los derechos humanos, la cual impregna la CIDTM y todo su proceso de elaboración.<sup>317</sup> Por lo demás, la práctica advierte que este procedimiento, también establecido por otras convenciones universales de derechos humanos, nunca es utilizado.

### c) Comunicaciones de particulares

El artículo 77 establece el procedimiento para el envío de comunicaciones por parte de los particulares.<sup>318</sup> El Comité está facultado para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas, o en su nombre, que aleguen que un Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce la CIDTM. Las personas que envíen la comunicación deben estar sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte que expresamente haya declarado que reconoce la competencia del Comité para tales efectos; en caso contrario, el Comité no admitirá comunicación alguna relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración (art. 77.1). Otros requisitos de admisibilidad de este tipo de comunicaciones es que no sean anónimas (art. 77.2); que la misma cuestión no haya sido, ni esté siendo examinada en otro procedimiento de investigación o solución internacional (art. 77.3.a); y que la persona haya agotado todos los recursos que existan en la jurisdicción

---

Marruecos no han aceptado tal disposición y han hecho reserva expresa de ella, según lo permite el mismo artículo 92.2 de la Convención. Información disponible en:

[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>313</sup> A febrero de 2011, sólo Guatemala ha reconocido la competencia del Comité para efectos de las comunicaciones interestatales. Turquía ha expresado que lo hará en un futuro: “E) The declaration regarding Articles 76 and 77: Turkey will recognize the competence of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families at a later time”. Información disponible en:

[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>314</sup> *Report of the Open-ended Working Group*, UN Doc. A/C.3/44/1, junio de 1989, *op.cit.*, nota 263, párr. 81-109.

<sup>315</sup> Alemania y Estados Unidos tuvieron este punto de vista. *Ibidem*, párr. 85, 89.

<sup>316</sup> Argelia y China apoyaron esta postura. *Ibidem*, párr. 87.

<sup>317</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 194; Bosniak, Linda S., 1991, *op.cit.*, nota 77, p. 752.

<sup>318</sup> El procedimiento de las comunicaciones individuales fue incluido en la CIDTM debido a la experiencia de este tipo de procedimientos bajo otros instrumentos internacionales y su relativa eficacia, en comparación con las comunicaciones entre Estados. *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, A/C.3/44/4, 17 de octubre de 1989, párr. 274. Su inclusión obtuvo oposición de algunos Estados de empleo (Francia, Alemania y Estados Unidos). *Ibidem*, párr. 278-279. Sin embargo, dado que la mayoría de Estados apoyaron este procedimiento (Argelia, Australia, Canadá, Finlandia, México, Marruecos, Países Bajos y Suecia), sus oponentes fueron incapaces de bloquear su inclusión. *Ibidem*, párr. 270-271, 273-275, 281-282.

interna, salvo que la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente o no ofrezca posibilidades de dar un amparo eficaz a esa persona (art. 77.3.b).

El Comité señalará las comunicaciones de los particulares al Estado Parte de que se trate, el cual se encuentra obligado, en un plazo de seis meses, a proporcionar al Comité una explicación u otra exposición por escrito en la aclare el asunto y exponga, en su caso, la medida correctiva que haya adoptado (art. 77.4). El Comité entonces comunicará sus opiniones al Estado Parte de que se trate y a la persona que haya presentado la comunicación (art. 77.7). El procedimiento es opcional en virtud de que sólo tiene aplicación a aquellos Estados que expresamente hayan aceptado la competencia del Comité para tales efectos y sólo puede entrar en vigor una vez que 10 Estados hayan realizado la referida aceptación de competencia del Comité (art. 78.8).<sup>319</sup>

#### **4.7.9 Reservas y denuncia de la CIDTM**

La CIDTM es otro de los tratados de derechos humanos que permite la realización de reservas a su texto y su denuncia. La realización de reservas, por un lado, está contemplada en el artículo 91: no se acepta ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito del instrumento internacional, al igual que establece la regla general; y se acepta la retirada de toda reserva en cualquier momento.<sup>320</sup> La denuncia de la CIDTM, por otro lado, está regulada en el artículo 89, el cual acepta tal posibilidad, pero una vez transcurridos cinco años desde la fecha en que la Convención haya entrado en vigor para el Estado denunciante. Dicha denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se haya recibido la notificación correspondiente. El artículo 89 también señala que la denuncia no tendrá el efecto de liberar al Estado Parte de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención respecto de ningún acto u omisión que haya ocurrido antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia, ni impedirá que continúe el examen de cualquier asunto que se hubiere sometido a la consideración del Comité antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia. Eso sí, una vez que se haga efectiva la denuncia, el Comité no podrá iniciar el examen de ningún nuevo asunto relacionado con el Estado denunciante.

#### **4.7.10 Los pasos dados y los pasos por dar**

La CIDTM es el primer instrumento convencional universal de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes puesto que los demás instrumentos universales relativos a los trabajadores migrantes han sido adoptados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, la cual tiene competencias limitadas para tratar temas como la

---

<sup>319</sup> A febrero de 2011, sólo Guatemala (11/09/2007) y México (15/09/2008) han reconocido la competencia del Comité para recibir comunicaciones de particulares. Al igual que en el caso de las comunicaciones interestatales, Turquía ha expresado que reconocerá la competencia del Comité para estos efectos en un futuro: “E) The declaration regarding Articles 76 and 77: Turkey will recognize the competence of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families at a later time”. Información disponible en:

[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>320</sup> Véanse las reservas realizadas a la CIDTM en:

[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).

educación, la cultura o la participación política.<sup>321</sup> De este modo, la CIDTM es el tratado internacional más completo de protección de los derechos de *todos* los trabajadores migrantes y un instrumento crucial para fomentar el respeto de los derechos humanos de los migrantes alrededor del mundo.

La CIDTM contiene un importante número de innovaciones que no se encuentran en otros instrumentos internacionales, con respecto a la protección de los derechos económicos, culturales, sociales, políticos y de residencia de los trabajadores migrantes y sus familiares. Además, como ya se señaló, la CIDTM contiene la definición más amplia hasta la fecha de ‘trabajador migrante’, teniendo aplicación a todos los trabajadores migrantes y sus familiares, incluidos aquellos en situación irregular. Extiende y refuerza el número de derechos aplicables a los migrantes contenidos en otros instrumentos de derechos humanos, como por ejemplo el derecho a la igualdad de trato en lo relativo al trabajo y las condiciones laborales, así como también en lo relativo a la protección en contra de una expulsión injusta y arbitraria. Además, crea derechos políticos nuevos (si bien limitados) para los migrantes regulares.

La característica más importante de la CIDTM, desde el punto de vista de nuestro estudio, es que ofrece un estándar mínimo de tratamiento para los migrantes irregulares. De hecho, ésta es una de sus características más desafiantes: reconoce derechos a los trabajadores migrantes irregulares, pues sobre ella subyace la idea de que todos los trabajadores migrantes, independientemente de su estatus legal, son titulares de derechos humanos fundamentales.<sup>322</sup> En otros instrumentos internacionales previos, este grupo de personas había sido ignorado o excluido expresamente.

La CIDTM aborda de manera integral el fenómeno de la migración. Sienta con gran claridad los estándares que los Estados deberían tomar en cuenta para regular en su legislación interna el fenómeno de la migración, pero, sobretodo, y sin perjuicio de reconocer el derecho de los Estados de determinar su política migratoria, establece un amplio catálogo de derechos y libertades fundamentales que, al ser inherentes a la persona, todos los Estados deberían abstenerse de negar o restringir por motivos de nacionalidad o de condición migratoria.<sup>323</sup> La CIDTM tiene el potencial para convertirse en la norma estándar por excelencia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes. Puede constituir un marco para la adopción de otros instrumentos internacionales en esta área, particularmente los acuerdos bilaterales entre los países de envío y de empleo de migrantes.

---

<sup>321</sup> De hecho, una característica valiosa de la CIDTM es la participación de la OIT en las reuniones del órgano supervisor de la Convención, lo cual es un paso concreto hacia la realización de una cooperación productiva entre las Naciones Unidas y la OIT en el campo de la migración internacional.

<sup>322</sup> Esto, sin duda, es un tema controversial por lo que uno de los desafíos de la CIDTM consiste en hallar el equilibrio entre los derechos de los Estados y los derechos de los migrantes. De hecho, aún cuando la CIDTM no promueve la regularización de trabajadores irregulares y garantiza a los Estados control total sobre su admisión y expulsión, este asunto es de los que más controversia han generado en la ratificación de la Convención por parte de los países desarrollados y receptores de grandes flujos de trabajadores migrantes.

<sup>323</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *El Migrante: personaje olvidado en los derechos humanos*, en Orcí Gándara, Luis, Martínez Bullé Goyri, Víctor M., (coord.), *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura de bienestar*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), 2007, p. 209.

Ahora bien, a pesar de los indudables aciertos de la CIDTM, también se tienen que señalar sus debilidades. La tensión entre el principio de soberanía nacional y la protección de los derechos humanos es claramente resuelto a favor de los Estados con respecto a materias cruciales que afectan las condiciones de vida y trabajo de los migrantes en el Estado receptor. En particular, los derechos a la libre elección de empleo y reunificación familiar están reducidos a meras recomendaciones. De hecho el grado de protección otorgado a estos derechos cae por debajo de lo establecido en otros instrumentos internacionales, particularmente los de la OIT. Otras notables omisiones son el derecho de todos los trabajadores de establecer o fundar sindicatos y la falta de una disposición clara que garantice el derecho a la vivienda a los trabajadores migrantes. Aún más, no hay derechos que permitan a los migrantes permanecer en el Estado receptor o naturalizarse, lo cual, junto con las débiles protecciones relativas al acceso al empleo y a la reunificación, impiden que los trabajadores migrantes puedan planear una vida segura en el Estado de empleo. Asimismo, tampoco contempla ninguna disposición que proteja efectivamente al migrante irregular que denuncie la violación de alguno de sus derechos protegidos por la Convención, dejándolo en situación de indefensión. La CIDTM también presta una atención insuficiente al tema de la salud de los migrantes, además de a ciertos grupos vulnerables como las mujeres y los niños/jóvenes migrantes.

Claramente el éxito de la CIDTM depende mucho de la acción que se haga a nivel nacional. Entre más Estados la ratifiquen, más probable será que se vuelva en un instrumento autorizado y reconocido de protección de los derechos de los migrantes. Si bien su adopción muestra que hay conciencia entre la Comunidad Internacional de las violaciones de los derechos humanos de estas personas, su ratificación ha carecido de interés. De hecho, ningún país desarrollado y receptor de migración a gran escala la ha ratificado, al menos por el momento.<sup>324</sup>

Según Pécoud y De Guchteneire,<sup>325</sup> un número de obstáculos puede ser identificado para ello. El *contenido de la Convención* es uno de ellos. Existen disposiciones de la CIDTM con las que los Estados desarrollados no están de acuerdo y otras que son malinterpretadas. Por ejemplo, es común la idea de que los trabajadores migrantes son menos merecedores de protección que otros grupos vulnerables, como los niños y las mujeres, debido a que son extranjeros y los nacionales tienen preferencia en la protección de sus derechos. Asimismo, los Estados tienen la percepción de que si la ratifican tendrán menos libertad para elaborar sus políticas migratorias, lo cual es impreciso pues la CIDTM explícitamente señala que tienen plena libertad en cuanto a la admisión y expulsión de extranjeros.

---

<sup>324</sup> Si bien, como Pécoud y De Guchteneire han resaltado, la tajante distinción entre países de origen y de destino de migrantes está perdiendo relevancia en virtud de que algunos países de origen que son Partes de la CIDTM también se han convertido en países de tránsito y destino, como por ejemplo México y Marruecos. Pécoud, Antoine, De Guchteneire, Paul, Introduction: The UN Convention on Migrant Workers' rights, en en Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, UNESCO, 2010, p. 13.

<sup>325</sup> Pécoud, Antoine, De Guchteneire, Paul, Migration, Human Rights and the United Nations: an investigation into the obstacles to the UN Convention on Migrant Workers' rights, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 24, No. 2, 2006, p. 254-263.

Además, muchos Estados encuentran inaceptable que se otorguen derechos a los *migrantes irregulares*, pues creen que con ello se alienta este tipo de migración, a pesar de que existe una disposición expresa que dispone las medidas a realizar por los Estados para combatir la migración irregular. Esto, como señala Kariyawasam,<sup>326</sup> no tiene una justificación real, puesto que la CIDTM compila derechos ya reconocidos en instrumentos previos de derechos humanos, además de que establece la posibilidad de hacer reservas (art. 91). De hecho, un reporte de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales señaló que un número de Estados se niega a ratificar la CIDTM porque otorga a los migrantes derechos que no se encuentran en otros instrumentos internacionales, así como porque generalmente no permite diferenciaciones basadas en el estatus regular de los migrantes.<sup>327</sup> De este modo, lo que en realidad subyace a su no ratificación es la falta de voluntad política.

Asimismo, existen *obstáculos administrativos* en virtud de que los Estados encuentran que ratificar la CIDTM lleva aparejada la complicada tarea de realizar ajustes en sus legislaciones migratoria, educativa, sanitaria y laboral para adaptarlas a los estándares de la Convención. Otros *obstáculos* son los *financieros*. Los Estados ven a la CIDTM como una fuente de costos, puesto que prevé que los Estados que la ratifiquen adopten ciertas medidas. No obstante, esto debe ser matizado porque otras convenciones de Naciones Unidas han sido ratificadas sin la plena capacidad financiera de los Estados. Por tanto, nuevamente es la falta de voluntad política lo que impide su ratificación. Finalmente, existen *obstáculos políticos*. Consideraciones políticas que entorpecen la ratificación de la CIDTM, entre las que destacan la consideración de la migración como algo negativo, pues se asocia frecuentemente al crimen o al terrorismo, por lo que aprobar una convención que otorgue derechos sustanciales a los trabajadores migrantes, y aún más a los irregulares, puede tener altos costos políticos para los gobiernos.

## 4.8 Otros instrumentos y acciones

### 4.8.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en su Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada (Convención de Palermo)<sup>328</sup> y dos Protocolos que la complementan<sup>329</sup>: el Protocolo para

---

<sup>326</sup> Kariyawasam, Prasad, *op.cit.*, nota 231, p. 25.

<sup>327</sup> Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, Suiza: Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, 2005, p. 57.

<sup>328</sup> Adoptada en Palermo, Italia, por la Asamblea General en su resolución A/RES/55/25, del 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, de conformidad con el artículo 38 de la misma. A septiembre de 2011, la han ratificado 163 Estados. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en).

<sup>329</sup> Hay un tercer protocolo que la complementa: el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, adoptado por la Asamblea General en Nueva York en su resolución A/RES/55/255, del 31 de mayo de 2001.

Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños,<sup>330</sup> y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.<sup>331</sup> El segundo de ellos, en adelante el Protocolo, es el más relevante para nuestro tema de estudio.

La Convención de Palermo constituye el primer tratado internacional contra el crimen organizado y además un gran avance para que los Estados puedan responder y combatir el crimen organizado transnacional, el cual incluye el delito de tráfico ilícito de migrantes. De acuerdo con su artículo 1, tiene por finalidad “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. La Convención y el Protocolo están planteados desde el punto de vista de que la amenaza más grande no proviene del migrante objeto del tráfico ilícito, sino de los traficantes y su creciente habilidad para burlar las fronteras, las regulaciones sobre migración y falsificar documentos. El Protocolo tipifica no sólo que los traficantes faciliten a los migrantes la entrada irregular a un Estado, cualquiera que sea la forma empleada, sino también los documentos necesarios para permanecer de una forma no autorizada en el Estado receptor. Incluso, tipifica los intentos no exitosos de realizar las conductas anteriores.<sup>332</sup>

El Protocolo se centra en las actividades de tráfico ilícito de migrantes que realiza un “grupo delictivo organizado”,<sup>333</sup> dejando fuera de su ámbito de aplicación las mismas acciones que realicen los migrantes irregulares por su cuenta. Es por ello que su artículo 5 dispone que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo por el hecho de haber sido objeto del delito de tráfico ilícito de migrantes. Eso sí, aclara en su artículo 6.4 que ninguna de sus disposiciones “impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su Derecho interno”. Es decir, deja abierta la posibilidad de que los Estados sancionen las conductas ilegales de los migrantes irregulares de acuerdo con las normas pertinentes de su Derecho interno, y cuyas penas, como se sabe, pueden incluir el encarcelamiento, la expulsión o la deportación.

Es importante distinguir el delito de tráfico ilícito de migrantes del de trata de personas. De acuerdo con el artículo 3, inciso a), del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, la “trata de personas” consiste en:

---

<sup>330</sup> Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, de conformidad con el artículo 17 del mismo. A febrero de 2011, lo han ratificado 142 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en).

<sup>331</sup> Entró en vigor el 28 de enero de 2004, de conformidad con el artículo 22 del mismo. A febrero de 2011, lo han ratificado 126 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en).

<sup>332</sup> Véase el artículo 6 del Protocolo.

<sup>333</sup> De acuerdo con el artículo 2, inciso a), de la Convención, se entiende por “grupo delictivo organizado” al “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Será un “grupo estructurado” aquél “no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada” (artículo 2, inciso c).

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

El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional es irrelevante cuando se recurre a cualquiera de los medios anteriormente señalados. Y, cuando las víctimas son niños, se considera “trata de personas” incluso cuando no se recurre a ninguno de los medios enunciados en el artículo 3, inciso a).<sup>334</sup>

El delito de tráfico ilícito de migrantes, por otro lado, es una forma de traficar seres humanos y consiste en “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.<sup>335</sup> Las diferencias principales entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son las siguientes: a) en el caso de tráfico ilícito de migrantes, que suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico. Las víctimas de la trata, por el contrario, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes; b) el tráfico ilícito termina con la llegada de los migrantes a su destino, en tanto que la trata implica la explotación continua de las víctimas de alguna manera para generar ganancias ilegales para los traficantes; y c) el tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. Ésta puede tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado.<sup>336</sup>

El factor más importante que explica la relevancia actual de las migraciones irregulares y del tráfico de personas es la delincuencia organizada, convertida en uno de los grandes retos del Derecho Penal de hoy.<sup>337</sup> Las situaciones de marginación y clandestinidad favorecen determinadas formas de delincuencia.<sup>338</sup> Por ello, los migrantes irregulares son sujetos pasivos especialmente idóneos de numerosos delitos, y el primer ámbito de riesgo penalmente relevante para ellos se produce precisamente en el propio acto de la inmigración, donde a menudo existen redes más o menos organizadas y personas

---

<sup>334</sup> Artículo 3, incisos b) y c) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

<sup>335</sup> Artículo 3, inciso a) del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

<sup>336</sup> Al respecto, véanse Yussouf, Geoffrey, *Global Human Trafficking and the UN Convention against Transnational Organised Crime*, *UCL Human Rights Review*, Vol. 1, no. 1, 2008, p. 174-177; Iselin, B., Adams, M., *Distinguishing between Human Trafficking and People Smuggling*, Bangkok: UN Office on Drugs and Crime, Regional Centre for East Asia and the Pacific, 2003, 10 p.; Artola, Juan, Tráfico de personas: cruce de fronteras, documentos de identidad y principales rutas, en *Seminario Internacional de Tráfico ilícito de migrantes, derechos humanos e instituciones nacionales*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), 2008, p. 4-6.

<sup>337</sup> Sáinz - Cantero Caparrós, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona: Atelier Penal, 2002, p. 23.

<sup>338</sup> Asúa Batarrita, A., La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración, en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 56.



individuales dedicadas al tráfico ilegal de personas. Por su parte, las mafias organizadas obtienen enormes beneficios económicos aprovechando la situación de necesidad de estas personas y se dedican a lucrar a costa de su vida, integridad y dignidad.<sup>339</sup>

Miles de los migrantes objeto del tráfico ilícito mueren sofocados en contenedores, perecen en desiertos o se ahogan en el mar.<sup>340</sup> Los traficantes de migrantes suelen realizar sus actividades con poca o ninguna consideración por la vida y seguridad de estas personas, cuyas dificultades en su Estado de origen han generado la demanda de sus servicios. Los supervivientes relatan historias desgarradoras de sus terribles experiencias: personas hacinadas en depósitos sin ventanas, forzadas a permanecer sentadas sin moverse en medio de orina, agua de mar, heces o vómitos, privadas de alimentos y de agua, mientras a su alrededor otros mueren y sus cadáveres son tirados por la borda o dejados abandonados en el camino.<sup>341</sup>

A pesar de lo anterior, en respuesta a la mejora de los controles fronterizos, así como del continuo endurecimiento de las políticas migratorias y los requisitos de entrada a los

---

<sup>339</sup> Rodríguez Montañés, T., Ley de Extranjería y Derecho Penal, *La Ley*, No. 5261, 2001, p. 1736-1737.

<sup>340</sup> La muerte de migrantes objeto de tráfico ilícito ha ido en aumento en los últimos años. Por ejemplo, en Europa como mínimo 14,797 migrantes fallecieron en los últimos 10 años al intentar llegar a las fronteras europeas. Datos de *Fortress Europe*; informes anuales disponibles en <http://fortresseurope.blogspot.com>. En América la situación no es mejor. La Coalición de los Derechos Humanos de Arizona reveló que de 2000 a finales de 2010 un total de 2,104 migrantes irregulares murieron en su intento por cruzar el desierto de Arizona. CNN México, “En la última década murieron más de 2,000 migrantes en la frontera norte”, 22 de octubre de 2010. También véase: United States Government Accountability Office, *Illegal Immigration. Border-Crossing Deaths Have Doubled Since 1995. Border Patrol’s Efforts to Prevent Deaths Have Not Been Fully Evaluated*, Report to the Honorable Bill Frist, Majority Leader, U.S. Senate, agosto de 2006, GAO-06-770.

<sup>341</sup> Algunos ejemplos de los últimos años son los siguientes. En 2007, con apenas 10 días de diferencia se produjeron dos tragedias en aguas del Atlántico. El 24 de octubre, un pesquero español encontró en el límite de la zona económica exclusiva de Cabo Verde un cayuco con un único superviviente, tras haber muerto de sed 56 inmigrantes. Llevaban 20 días sin agua, sin alimentos y perdidos en el mar. El patrón de la embarcación –único superviviente– había descartado poner rumbo hacia el norte para evitar ser detectado por las patrulleras hispano-mauritanas que vigilan las costas africanas dentro del programa *Frontex* de la Unión Europea contra la inmigración irregular. Y el 5 de noviembre, un destacamento del Ejército de Tierra mauritano localizó un cayuco a escasos metros de la costa norte de Cabo Blanco (en la frontera entre el Sahara Occidental y Mauritania) con 102 supervivientes a bordo. Sin agua potable ni alimentos suficientes, bajo un terrible frío nocturno y un sol casi ecuatorial, los inmigrantes fueron muriendo durante los 14 días que estuvieron a la deriva. Fallecieron 50 personas. *Diario Vasco*, 26 de octubre de 2007, p. 13 y 7 de noviembre de 2007, p. 13. En junio de 2008, una embarcación en aguas maltesas se partió en dos tras chocar contra las jaulas de atunes de un barco pesquero. Seis somalíes, dos de ellos niños, murieron después de haber sido aspirados dentro de las jaulas, mientras que los otros 28 pasajeros sobrevivieron agarrándose a las jaulas y a otros objetos flotantes tirados al agua por los pescadores. “Barcone affonda al largo di Malta sei dispersi, tra loro dei bambini”, *La Repubblica*, 15 de junio de 2008. El creciente uso de la península del Sinaí por los migrantes africanos, muchos de ellos de Eritrea y Sudán, ha conducido a un considerable aumento de las muertes en la región, con al menos 16 migrantes muertos a tiros cuando intentaban cruzar la frontera egipcio-israelí, en los primeros seis meses de 2008. “June 2008”, *Fortress Europe*, 2 de julio de 2008. En Turquía, 13 solicitantes de asilo fueron hallados muertos en el barrio Küçükçekmece en Estambul, tras haber sido descargados por el conductor del camión en que estaban escondidos junto con otras 60 personas (otros 13 tuvieron que ser hospitalizados). “13 migrants die in a truck in Istanbul”, *Hürriyet Daily News*, 31 de julio de 2008. En América la situación es similar. Por ejemplo, véanse: “Van 378 migrantes muertos en frontera México-EU”, *NOTIMEX*, 2 octubre de 2009; “El número de muertos en la frontera de EE.UU. con México podría batir récord”, *El Mundo*, 25 de agosto de 2010.

Estados, los migrantes recurren cada vez más a los servicios de traficantes que operan con fines de lucro para que les ayuden a eludir los controles de las fronteras, los reglamentos sobre migración y los requisitos de visado de los Estados a los que pretenden emigrar.<sup>342</sup> Los métodos utilizados por los traficantes varían desde simples operaciones de pequeño alcance y gran riesgo para la vida de los migrantes, hasta aquéllas que alcanzan varios destinos y ofrecen una amplia gama de servicios al migrante. En el nivel más sofisticado, estas operaciones implican itinerarios complejos, a través de diversos países, combinando, donde sea necesario, transporte aéreo y terrestre y documentos falsos de diversas clases, incluyendo pasaporte, visas y permisos pertinentes. También son expertos en capacitar o preparar a los migrantes. Les dan instrucciones sobre qué ropa vestir y cómo responder a preguntas particulares de los oficiales fronterizos y de otros oficiales, y les dan otros medios para disminuir la atención y aumentar la probabilidad de pasar seguros la frontera y, si es posible, una estancia apoyada en el país de destino, a través del sistema de asilo. Algunos traficantes pueden invitar a algunos funcionarios del gobierno a formar parte del tráfico ilícito de migrantes en puntos clave del proceso, incluyendo aquellos implicados en la expedición de documentos, inspección de documentos y decisiones de entrada y salida en diversos niveles.<sup>343</sup>

Generalmente, las operaciones de tráfico ilícito de migrantes son altamente flexibles, con la habilidad para ajustar y cambiar itinerarios y estrategias rápidamente en respuesta a niveles cambiantes de seguridad en puntos clave en el proceso. Todo esto, a expensas de la seguridad de las personas pues el objetivo de los traficantes es la ganancia inmediata, sin considerar el terminar la transacción de una forma segura y “exitosa” para el migrante. Además, estas operaciones de tráfico requieren la habilidad para crear u obtener documentación de viaje y posiblemente asegurar la confabulación de funcionarios del gobierno con un aviso relativamente corto. Incluso, es común la confabulación de empleadores con los traficantes. Existen informes de que algunos empleadores arreglan los servicios de los traficantes con el fin de traer a los migrantes a trabajar en el país destino. En tales casos, por lo general los migrantes llegan endeudados con el empleador y, como resultado de ello y su estatus irregular, son explotados y sometidos a toda clase de arbitrariedades laborales. Con grandes sumas de dinero en juego, los grupos organizados de traficantes requieren formas para lavar o esconderlas, lo cual puede realizarse a través de la creación de otras empresas criminales. Por ello, son frecuentes los lazos entre las operaciones de tráfico ilícito de migrantes y otras formas de crimen organizado.<sup>344</sup>

---

<sup>342</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Tráfico Ilícito de Migrantes*, Viena: UNODC, 2009, p. 2.

<sup>343</sup> Al respecto, véanse, entre otros, Zhang, S., Chin, K. L., Enter the Dragon: Inside Chinese Human Smuggling Organisations, *Criminology*, Vol. 40, No. 4, 2002, p. 737-768; Chuang, J., Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 11, 1998, p. 65; Schloenhardt, A., Trafficking in Migrants in the Asia-Pacific: National, Regional and International Responses, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, 2001, p. 700; Schloenhardt, A., The Business of Migration: Organised Crime and Illegal Migration in Australia and the Asia-Pacific Region, *Adelaide Law Review*, Vol. 21, 1999, p. 82.

<sup>344</sup> Véase más información en el sitio de Internet de la Organización Internacional para las Migraciones: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managing-migration/managing-migration-irregular-migration/criminalization-of-migrant-smuggling/lang/es/cache/offonce/> y en el de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: <http://www.unodc.org/southerncone/es/trafico-de-pessoas/index.html>.

Todo lo anterior ha puesto de relieve la necesidad de que se tomen medidas en contra del delito de tráfico ilícito de migrantes.<sup>345</sup> La adopción de la Convención de Palermo y el Protocolo es una de ellas y responde a esta necesidad, pero sin que ello implique el dejar de lado la protección de los derechos de los migrantes, en especial de su vida y seguridad.<sup>346</sup> En este sentido, el Protocolo señala que una de sus finalidades es proteger “los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico” (artículo 2).<sup>347</sup> Además, es claro al enfatizar que ninguna de sus disposiciones “afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al Derecho Internacional, incluidos el Derecho Internacional Humanitario y la Normativa Internacional de Derechos Humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos”. Asimismo, menciona que la interpretación y aplicación de las medidas que establece se harán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos, de modo que no sean discriminatorias para las personas por el hecho de ser objeto del delito de tráfico ilícito de migrantes.<sup>348</sup>

De conformidad con el artículo 16 del Protocolo, los Estados están obligados a prestar a los migrantes que son objeto del tráfico ilícito las siguientes medidas de protección y asistencia<sup>349</sup>:

1. La preservación y protección de sus derechos, conforme a las normas aplicables del Derecho Internacional, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
2. La protección contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de haber sido objeto del tráfico ilícito.
3. La asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto del tráfico ilícito.
4. La consideración de las necesidades especiales de las mujeres y los niños.
5. El informar sin demora a los migrantes que hayan sido detenidos sobre las disposiciones relativas a la notificación del personal consular y a la comunicación con dicho personal, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

---

<sup>345</sup> Según informes de Naciones Unidas, todos los países del mundo, prácticamente sin excepciones, son tocados de algún modo por el tráfico de seres humanos. Al respecto, véanse: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Report in Trafficking in Persons*, UN.Gift, 2009; *Trafficking in Persons. Global Patterns*, 2005.

<sup>346</sup> El párrafo 7 del preámbulo del Protocolo menciona como una de las razones para adoptarlo la preocupación de los Estados Parte “por el hecho de que el tráfico ilícito de migrantes puede poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes involucrados”.

<sup>347</sup> Igualmente, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, dispone en su artículo 2, inciso b), como una de sus finalidades “proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos”.

<sup>348</sup> Artículo 19 del Protocolo.

<sup>349</sup> En el mismo sentido, el artículo 25 de la Convención establece la obligación de los Estados Parte de adoptar “medidas apropiadas [...] para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación” y “procedimientos adecuados que [les] permitan obtener indemnización y restitución”, así como de permitir “que se presenten y examinen [sus] opiniones y preocupaciones en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa”.

El Protocolo establece otras medidas en relación con la protección de los migrantes y que los Estados Parte están obligados a llevar a cabo. Una de ellas es la de garantizar la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo de un buque contra el que se hayan tomado medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar.<sup>350</sup> Otra es la de impartir a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes capacitación especializada en el trato humano de los migrantes, respetando sus derechos reconocidos conforme al Protocolo.<sup>351</sup> Y, en caso de repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito, llevar a cabo las repatriaciones de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona repatriada.<sup>352</sup>

#### 4.8.2 La Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes

El mandato de la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1999/44,<sup>353</sup> y prorrogado por otros tres años por la Comisión de Derechos Humanos en 2005, de acuerdo con la resolución 2005/47.<sup>354</sup> Con la reforma de la maquinaria en materia de derechos humanos de Naciones Unidas en 2006, el mandato de la Relatoría fue renovado por el Consejo de Derechos Humanos. En el 2008, el Consejo lo consideró en el marco del examen, racionalización y perfeccionamiento de los mandatos y, por medio de la resolución 8/10 del 10 de junio de 2008, lo reforzó y prorrogó por un período de tres años.<sup>355</sup>

El mandato de la Relatoría Especial abarca todos los Estados, independientemente de si han ratificado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares de 1990. El Relator Especial no requiere el agotamiento de los recursos internos para adoptar medidas. Cuando los hechos en cuestión entran dentro del ámbito de aplicación de más de un mandato establecido por la Comisión, el Relator Especial puede dirigirse a otros mecanismos temáticos y relatores por países con el propósito de enviar comunicaciones conjuntas o realizar misiones conjuntas.<sup>356</sup>

Las principales funciones del Relator Especial son<sup>357</sup>:

a) Examinar los medios necesarios para superar los obstáculos a la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes, reconociendo la especial vulnerabilidad de las mujeres, los niños y aquellos que no poseen documentos o se encuentran en una situación irregular;

---

<sup>350</sup> Artículo 9.1, inciso a), del Protocolo.

<sup>351</sup> Artículo 14, apartados 1 y 2, inciso e), del Protocolo.

<sup>352</sup> Artículo 18.5 del Protocolo.

<sup>353</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 1999/44, 27 de abril de 1999, 56° sesión, E/CN.4/RES/1999/44, párr. 3. La Relatora Especial para el período 1999-2005 fue la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro de Costa Rica.

<sup>354</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 2005/47, 19 de abril de 2005, 57° sesión, E/CN.4/RES/2005/47, párr. 35.

<sup>355</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes: Mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Resolución 8/10, 18 de junio de 2008, 28° sesión, párr. 1. El Relator Especial para el período 2005-2011 es el Sr. Jorge A. Bustamante de México.

<sup>356</sup> Al respecto, véase: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>.

<sup>357</sup> *Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 1999/44, *op.cit.*, nota 353, párr. 3-11; *Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 2005/47, *op.cit.*, nota 354, párr. 28-31.

- b) Solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, incluidos los propios migrantes, sobre las violaciones de los derechos humanos de los migrantes y de sus familiares;
- c) Formular recomendaciones apropiadas para impedir las violaciones de los derechos humanos de los migrantes y para remediarlas, dondequiera que se produzcan;
- d) Promover la aplicación efectiva de la normativa internacional pertinente sobre la materia;
- e) Recomendar actividades y medidas aplicables a escala nacional, regional e internacional, para eliminar las violaciones de los derechos humanos de los migrantes;
- f) Tener en cuenta una perspectiva de género al solicitar y analizar la información, así como prestar atención a la incidencia de múltiples casos de discriminación y violencia contra las mujeres migrantes;
- g) Hacer especial hincapié en las recomendaciones sobre soluciones prácticas con respecto a la realización de los derechos pertinentes al mandato, en particular definiendo prácticas óptimas y esferas y medios concretos de cooperación internacional;
- h) Informar periódicamente al Consejo, con arreglo a su programa de trabajo anual, y a la Asamblea General, a petición del Consejo y de la Asamblea;

En el desempeño de sus funciones, el Relator Especial debe<sup>358</sup>:

1. Tomar en consideración los instrumentos de derechos humanos pertinentes de las Naciones Unidas para la promoción y la protección de los derechos humanos de los migrantes.
2. Solicitar información sobre las violaciones de los derechos humanos de los migrantes a gobiernos, órganos de tratados, organismos especializados y relatores especiales de diversas cuestiones de derechos humanos, así como a ONG, otras organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales, incluidas las organizaciones de migrantes, recibir e intercambiar dicha información y responder efectivamente a ella.

Las comunicaciones recibidas por el Relator Especial se pueden dividir en dos categorías principales: información sobre casos individuales de presuntas violaciones de los derechos humanos de los migrantes; e información acerca de situaciones generales relativas a los derechos humanos de los migrantes en un país determinado. Ambos tipos de información se abordan en las comunicaciones con los gobiernos. Las comunicaciones enviadas por el Relator Especial pueden tratarse de solicitudes de información, cooperación (cartas de denuncia) y/o de adopción de medidas urgentes (llamamientos urgentes) con miras a aclarar las denuncias señaladas a su atención, así como a prevenir o, en caso necesario, a investigar las presuntas violaciones de los derechos humanos de los migrantes.<sup>359</sup>

a) *Cartas de denuncia.* El Relator Especial evalúa la conformidad de las cartas de denuncia tomando en consideración los siguientes criterios: la comunicación no debe ser manifiestamente infundada o tener una motivación política clara; debe contener una

---

<sup>358</sup> *Ídem.*

<sup>359</sup> Más información en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/complaints.htm>.

descripción fáctica de las presuntas violaciones de derechos humanos; el lenguaje usado no debe ser abusivo; debe ser presentada por una persona o un grupo de personas que alegue ser víctima de violaciones o por cualquier persona o grupo de personas, incluidas ONG que actúen de buena fe de conformidad con los principios de los derechos humanos, y libres de motivaciones políticas o contrarias a las disposiciones de la Carta de las NU, y que pretendan tener conocimiento directo o fidedigno de esos casos de violaciones respaldado por informaciones claras; y no debe basarse exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación masiva.

b) *Llamamientos urgentes*. El Relator Especial podrá recurrir a los llamamientos urgentes para comunicar información en los casos en que las presuntas violaciones requieran medidas perentorias por entrañar pérdidas de vidas humanas, situaciones que pongan en peligro la vida o un daño inminente o continuo de mucha gravedad para las víctimas que no se pueda atender oportunamente mediante el procedimiento de las cartas de denuncia.

3. Realizar un programa de visitas a los países. En su resolución 2000/48, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al Relator Especial la inclusión en su programa de trabajo de visitas a los países que contribuya a mejorar la protección de los derechos humanos de los migrantes y a ejecutar de forma amplia y plena todos los aspectos de su mandato.<sup>360</sup> Las visitas a los países constituyen una oportunidad para el Relator Especial, a través del diálogo directo con los representantes de los gobiernos y la sociedad civil, para entender de una mejor manera la situación prevaleciente en el Estado en cuestión. Además, las discusiones con los representantes de los gobiernos mejoran su entendimiento sobre el Estado visitado, así como la evolución de su legislación desde la perspectiva de las normas de derechos humanos, tomando en cuenta el contexto social, político e histórico en cada país.

Cabe señalar que las visitas se realizan sólo cuando el gobierno de un Estado ha invitado al Relator Especial.<sup>361</sup> Sin embargo, éste puede solicitar una invitación, basándose en ciertos factores, tales como el número, la credibilidad y la gravedad de las denuncias recibidas, así como el impacto potencial que la visita pueda tener sobre el total de la situación de los derechos humanos.<sup>362</sup>

---

<sup>360</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 2000/48, 25 de abril de 2000, 62° sesión, párr. 7.

<sup>361</sup> A febrero de 2011, el Relator Especial ha realizado las siguientes visitas: Senegal (17-21 de agosto de 2009), Reino Unido (21-26 de junio de 2009), Rumania (15-20 de junio de 2009), Guatemala (24-28 de marzo de 2008), México (9-15 de marzo de 2008), Estados Unidos (30 de abril - 18 de mayo de 2007), Indonesia (diciembre de 2006), Corea del Sur (diciembre de 2006), Burkina Faso (febrero de 2005), Perú (septiembre de 2004), Italia (junio de 2004), Irán (febrero de 2004), Marruecos (octubre de 2003), España (septiembre de 2003), Filipinas (mayo de 2002), frontera México-Estados Unidos (marzo de 2002), México (febrero de 2002), Ecuador (noviembre de 2001), Canadá (septiembre de 2000). Información disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/visits.htm>.

<sup>362</sup> A febrero de 2011, el Relator Especial ha solicitado ser "invitado" a los siguientes Estados: Australia (aceptada), Baréin (solicitada en 2006), Canadá (aceptada en 2006), India (solicitada en 2009), Japón (aceptada para 2010), Malasia (solicitada en 2006), Mauritania (solicitada en 2006), Filipinas (solicitada en 2006), Sudáfrica (aceptada), España (solicitada en 2006), Tailandia (solicitada en 2009). Información disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/visits.htm>.

4. Tomar en cuenta las negociaciones bilaterales y regionales encaminadas a tratar, entre otras cosas, el regreso y la reintegración de los migrantes que no poseen documentos o se encuentran en situación irregular.

5. Participar en conferencias, seminarios y mesas redondas sobre cuestiones relativas a los derechos humanos de los migrantes.

6. Presentar al Consejo de Derechos Humanos un informe anual sobre la situación mundial en materia de protección de los derechos humanos de los migrantes, sus principales preocupaciones y las buenas prácticas que ha observado. En su informe, el Relator Especial debe dar a conocer las comunicaciones que ha enviado y las respuestas recibidas de los gobiernos y formular recomendaciones concretas con miras a mejorar la protección de los derechos humanos de los migrantes. Asimismo, a petición del Consejo de Derechos Humanos, el Relator Especial podrá presentar informes a la Asamblea General.<sup>363</sup>

7. Realizar, de conformidad con la resolución 9/5 del Consejo de Derechos Humanos de septiembre de 2008, otros procedimientos especiales del Consejo y del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, tales como la atención de los casos de detención arbitraria de migrantes, particularmente de niños y adolescentes.<sup>364</sup> Además, debe asegurarse que la perspectiva de los derechos humanos de los migrantes sea incluida dentro de los temas prioritarios en las discusiones subsecuentes sobre migración internacional y desarrollo de Naciones Unidas, tomando en cuenta el Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo.<sup>365</sup> Y debe seguir con el examen de los medios necesarios para superar los obstáculos para la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes, incluidos los esfuerzos nacionales e internacionales para combatir el tráfico de estas personas, con el fin de alcanzar una mejor comprensión del fenómeno y evitar prácticas violatorias de sus derechos humanos.<sup>366</sup>

## *ii. Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

### **4.9 La OIT y la protección de los derechos humanos laborales: instrumentos centrales**

#### **4.9.1 Constitución de la OIT**

El concepto de normas internacionales del trabajo es relativamente reciente en el contexto de la historia del mundo, si bien, cronológicamente hablando, la regulación laboral internacional emergió antes de cualquier intento comprensivo de un estándar internacional

---

<sup>363</sup> Véanse los informes anuales del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=97](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97).

<sup>364</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 9/5, 24 de septiembre de 2008, párr. 2 (b).

<sup>365</sup> *Ibidem*, párr. 4 (e).

<sup>366</sup> *Ibidem*, párr. 4 (f). Asimismo, las resoluciones 62/132 y 63/184 de la Asamblea General proporcionan una guía temática para el trabajo del Relator Especial.

de derechos humanos.<sup>367</sup> La Revolución Industrial en el siglo XIX y los movimientos de ideas de la época sirvieron de catalizadores para el desarrollo de un estándar internacional de protección en materia laboral.<sup>368</sup> Así, y a medida que el coste humano de la industrialización se hizo aparente, aumentó la conciencia sobre la importancia de proteger a los trabajadores y establecer un conjunto universal de normas laborales internacionales que garantizara una protección mínima e igual para todos.<sup>369</sup>

La Primera Guerra Mundial produjo profundas modificaciones en la posición y el peso de la clase obrera de las potencias aliadas. Una serie de factores influyeron en ello y en las reivindicaciones del mundo del trabajo en el momento de las negociaciones del Tratado de Paz: la tregua social y la cooperación que se había establecido en Europa occidental entre los dirigentes sindicales y los gobernantes; los grandes sacrificios llevados a cabo por los trabajadores y su papel en el desenlace del conflicto; las promesas de los políticos de crear un mundo nuevo; la presión de las organizaciones obreras para hacer que el Tratado de Paz consagrara sus aspiraciones a una vida mejor; las preocupaciones suscitadas por la agitación social y las situaciones revolucionarias existentes en varios países; así como la influencia ejercida por la Revolución Rusa de 1917. Estas reivindicaciones tuvieron como efecto que al final de la guerra se crearan proyectos destinados a establecer, mediante el Tratado de Paz, una reglamentación internacional del trabajo.<sup>370</sup>

La Constitución de la OIT es el resultado de las negociaciones de la Conferencia de Paz,<sup>371</sup> celebrada luego de concluida la Primera Guerra Mundial. Las sesiones de la Conferencia de Paz se iniciaron el 25 de enero de 1919, aprobándose la designación de una Comisión de Legislación Internacional del Trabajo que tenía por objetivo elaborar un estudio preliminar sobre la reglamentación internacional del trabajo. Era la primera vez que una comisión

---

<sup>367</sup> Drzewicki, Krzysztof, *The right to work and rights in work*, en Eide, Asbjorn, Krause, Catarina, Rosas, Allan, *Economic, Social and Cultural Rights*, 2ª ed. rev., Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 224.

<sup>368</sup> Los precursores de la idea de una legislación internacional del trabajo aparecen al comienzo del siglo XIX. Dos industriales liberales, el inglés Robert Owen y el francés Daniel Le Grand, están generalmente considerados como los verdaderos promotores de la idea. En la segunda mitad del siglo XIX, tras haber sido preconizada por voces aisladas, la idea de una legislación internacional del trabajo iba a ser adoptada primero por agrupaciones privadas para después tomar resonancia en las asambleas legislativas. Esto habría de provocar las primeras iniciativas oficiales y, finalmente, convertirse en objeto de conferencias internacionales: la Conferencia de Berlín de 1890 y las Conferencias de Berna de los años 1905-1906. Valticos, Nicolás, *Derecho internacional del trabajo*, Madrid: Tecnos, 1977, p. 29-49.

<sup>369</sup> OIT, *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*, Ginebra: OIT, 2003, p. 9.

<sup>370</sup> Valticos, Nicolás, 1977, *op.cit.*, nota 368, p. 52-64.

<sup>371</sup> Paralelamente se reunió en la ciudad de Berna (febrero de 1919) la Conferencia Sindical Internacional, donde se aprobó la Carta del Trabajo como plataforma de defensa de la clase trabajadora mundial, la cual recogía derechos como: la jornada de ocho horas de trabajo, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres y los menores, la fijación de salarios mínimos, el descanso semanal, el seguro de maternidad, el descanso por natalidad, las medidas de higiene y seguridad en el trabajo, la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, la igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, la libertad sindical, el seguro contra el desempleo y accidentes de trabajo, la reglamentación internacional del trabajo marítimo. Esta Carta del Trabajo luego fue presentada a la Conferencia de Versalles como aporte de la clase trabajadora mundial al Tratado de Paz.



diplomática incluía representantes del mundo del trabajo.<sup>372</sup> Los trabajos de la Comisión tuvieron tres puntos de partida: el establecimiento de un cuadro institucional permanente para una reglamentación internacional del trabajo; la asociación de las organizaciones de patronos y trabajadores a este mecanismo, el cual no debería ser puramente intergubernamental; y el establecimiento de que este mecanismo habría de permitir la adopción de convenios internacionales destinados a mejorar la condición de los trabajadores.<sup>373</sup>

Después de 35 sesiones de trabajo, la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo presentó su informe a la Conferencia de Paz, donde proponía: a) la necesidad de crear un organismo internacional que permitiese la elaboración permanente de normas jurídicas internacionales laborales; b) esta Organización Internacional del Trabajo debería estar constituida tripartitamente por los gobiernos y las organizaciones patronales y de trabajadores; c) el funcionamiento de la Organización se concretaría por una Conferencia anual de sus miembros y la creación de un Consejo de Administración y una Oficina Internacional del Trabajo; d) la Conferencia adoptaría convenios internacionales del trabajo como instrumentos reguladores de las relaciones laborales; e) la elaboración de mecanismos de control del cumplimiento de los convenios internacionales; y f) la inserción nueve cláusulas laborales en el Tratado de Paz.<sup>374</sup>

El informe de la Comisión fue sometido a diversas modificaciones, pero se mantuvo lo sustancial de la propuesta original, siendo luego aprobado por la Conferencia de Versalles el 11 de abril de 1919. Los trabajos de la Comisión desembocaron en la inclusión de la parte XIII en el Tratado de Versalles,<sup>375</sup> dedicada a las cuestiones del trabajo y que preveía la creación de una Organización Internacional del Trabajo en el artículo 387 del Tratado.

El artículo 387 del Tratado de Versalles desarrolló los Principios Generales de la OIT. En ellos se expresó claramente “que el bienestar físico, moral e intelectual de los asalariados industriales es de importancia esencial desde el punto de vista internacional”, por lo que “el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio”. Y se señaló un listado de principios para la reglamentación de las condiciones de trabajo: el ya mencionado que el trabajo no debe ser considerado como mercancía o artículo de comercio, el derecho de asociación de trabajadores y empleadores para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, el pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, la adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, la adopción de un descanso semanal, la supresión del trabajo de los niños, el establecimiento de normas sobre las condiciones de trabajo que permitan una retribución económica equitativa entre los trabajadores que residan legalmente en el país y la constitución de un servicio de inspección.

---

<sup>372</sup> La referida Comisión estuvo presidida por Samuel Gompers (dirigente máximo de la American Federation of Labour), Arthur Fontaine y Harold Butler.

<sup>373</sup> Véanse a detalle los trabajos de la comisión en Valticos, Nicolás, 1977, *op.cit.*, nota 370, p. 64-85.

<sup>374</sup> *Ídem.*

<sup>375</sup> El Tratado de Versalles fue firmado el 28 de junio de 1919 en el Salón de los Espejos del Palacio de Versalles.

Los Principios Generales en el Tratado de Versalles tuvieron la función de delimitar los objetivos de la OIT y establecer la política inmediata a desarrollar. En ese marco constitucional, para el primer Director de la Organización, Albert Thomas, dos fueron las tareas principales de la OIT: “la primera es establecer por doquiera un régimen de trabajo ‘realmente humano’, instituir e imponer –con las reservas del caso, dada la soberanía de cada Estado– una legislación internacional del trabajo. A la vez,| por un afán de la humanidad y por el miedo a una competencia mutua desleal, todos los Estados contratantes se han comprometido a garantizar, mediante la adopción de normas uniformes (proyectos de convenio) o de medidas equivalentes (recomendaciones), mejores condiciones de trabajo y, en la medida de lo posible, iguales para todos los trabajadores del mundo”.<sup>376</sup>

La Constitución de la OIT puede dividirse en dos grandes partes. Por un lado, la que regula la estructura y funcionamiento de la Organización; y, por otro lado, la que establece los Principios Generales en materia laboral.<sup>377</sup> Además, contiene un ilustrativo Preámbulo.<sup>378</sup> La segunda parte y el preámbulo son importantes para nuestro tema de estudio porque consagran históricamente el primer contenido normativo universal de derechos humanos laborales.

En el Preámbulo se resalta que “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”. Asimismo, se señala “que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales”. Por ello, es necesaria la regulación de una serie de derechos laborales para alcanzar esa paz universal y permanente,

“teniendo en cuenta que *es urgente mejorar dichas condiciones*, por ejemplo, en lo que respecta a la fijación de las horas de trabajo, al reclutamiento de la mano de obra, a la lucha contra el paro, a la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia convenientes, a la protección de los trabajadores contra las enfermedades generales o profesionales o los accidentes resultantes del trabajo, a la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez y de invalidez, *a la defensa de los intereses de los obreros ocupados en el extranjero*, a la afirmación del principio de la libertad sindical, a la organización de la enseñanza profesional y técnica, y otras medidas análogas”.

Finalmente, el Preámbulo afirma “que si cualquier nación no adoptare un *régimen de trabajo realmente humano*, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”.

Si bien en la Constitución de la OIT no se emplea de forma expresa el concepto de derechos humanos –el cual no había sido mencionado en ningún instrumento internacional en el momento de elaborarse la Constitución de la OIT–, hay referencias inequívocas en su

---

<sup>376</sup> Thomas, Albert, La Organización Internacional del Trabajo. Origen, evolución y porvenir, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 1, 1921. Artículo republicado en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 115, No. 3-4, p. 283-284, en el número especial: “75 Años de la Revista Internacional del Trabajo. Numero Retrospectivo”.

<sup>377</sup> Los Principios Generales fueron modificados en su integridad por la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944.

<sup>378</sup> El Preámbulo de la Constitución de la OIT ha sufrido diversas modificaciones desde su elaboración en 1919.

Preámbulo a este concepto en el ámbito de las relaciones laborales, especialmente cuando se alude a la lucha del nuevo organismo contra las condiciones injustas de trabajo y a la necesidad de adoptar un régimen de trabajo realmente humano. Por lo anterior, la Organización Internacional del Trabajo desde sus inicios ha tenido un papel muy importante en la protección y definición de los derechos humanos laborales, pues ‘está por entero dirigida a promover la democracia y los derechos humanos’.<sup>379</sup> Como señala Jenks, “todos los convenios y recomendaciones de la OIT contribuyen, en mayor o menor medida, al fomento y a la defensa de los derechos humanos”.<sup>380</sup> De hecho, se ha sostenido que los derechos humanos se encuentran en el centro de la misión de la Organización.<sup>381</sup> Y que las normas internacionales del trabajo y los derechos humanos no sólo comparten su inspiración y su objetivo en lo esencial, sino incluso las condiciones en que fueron establecidas en el plano internacional, esto es, a raíz de un gran conflicto mundial y con el afán de edificar un mundo mejor.<sup>382</sup>

El carácter vinculante del contenido normativo de la Constitución de la OIT descrito se concreta cuando un Estado decide ser Miembro de la OIT y acepta la obligatoriedad del instrumento internacional –tanto del Preámbulo como de los Principios Generales–, encontrándose, de este modo, vinculado a respetarlos. En este sentido, el artículo 2.3 de la Constitución dispone:

“Cualquier Miembro originario de Naciones Unidas y cualquier Estado admitido como Miembro de las Naciones Unidas por decisión de la Asamblea General, de acuerdo con las disposiciones de la Carta, podrá adquirir la calidad de Miembro de la Organización Internacional del Trabajo comunicando al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo *la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*”.<sup>383</sup>

De esta forma, el carácter vinculante de la Constitución de la OIT incluye al Preámbulo y los Principios Generales consagrados en el instrumento internacional, por lo que los Estados Miembros están obligados a respetarlos, con independencia de si dichas materias han sido desarrolladas en un convenio internacional y si el Estado lo ha ratificado.<sup>384</sup> Por

---

<sup>379</sup> OIT, *Memoria del Director General*, Actividades de la OIT, 1994-1995, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, p. 7.

<sup>380</sup> Jenks, C. Wilfred, Human rights, social justice and peace: The broader significance of the ILO experience, en Eide, Asbjörn, Schou, August, (dir.), *International Protection of Human Rights*, Estocolmo: Almqvist & Wiksell, p. 235-236.

<sup>381</sup> Wolf, F., Human Rights and the International Labour Organisation, en Meron, T., (ed.), *Human Rights in the International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 273.

<sup>382</sup> Valticos, Nicolás, Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, No. 2, 1998.

<sup>383</sup> En el mismo sentido, el párrafo 4 del artículo 2 señala: “La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo podrá también admitir a un Estado en calidad de Miembro de la Organización por mayoría de dos tercios de los delegados gubernamentales presentes y votantes. Esta admisión surtirá efecto cuando el gobierno del nuevo Miembro comunique al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo *la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*”.

<sup>384</sup> Un ejemplo del carácter vinculante de la Constitución para los Estados Miembros es la queja recibida por Comité de Libertad Sindical contra la Unión Sudafricana por la violación de la libertad sindical dentro de su territorio. Sudáfrica cuestionó la competencia del Comité y la aplicación de los convenios internacionales sobre la materia, en razón de que no los había ratificado y por ende no se encontraba obligado por ellos. El Comité señaló que la calidad de Miembro de la OIT genera obligaciones derivadas de dicha condición, en

ejemplo, Valticos sostiene que la protección de la libertad sindical, incluso para países que no hayan ratificado los Convenios sobre la materia, “se basa en que la libertad sindical aparece consagrada en el preámbulo de la Constitución de la OIT”.<sup>385</sup>

#### 4.9.2 Declaración de Filadelfia

Con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, tuvo lugar una considerable restricción de las actividades de la OIT. Ni la Conferencia Internacional del Trabajo ni el Consejo de Administración podían, en medio de las hostilidades, reunirse normalmente. Al aproximarse el final de la guerra, la reunión 26ª de la Conferencia congregó a delegados de 41 países en Filadelfia del 20 de abril al 12 de mayo de 1944. El 10 de mayo de 1944, la Conferencia adoptó la “Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo”, la cual volvió a definir los fines y objetivos de la Organización y ejercería una influencia considerable en sus actividades. Dos años después, esta Declaración sería incorporada formalmente a su Constitución al reemplazar al artículo 41 (antiguo artículo 427 del Tratado de Versalles), referente a los principios generales de la Organización.

Esta Declaración, conocida como la Declaración de Filadelfia, no sólo se convertiría en el planteamiento del programa de la OIT y en fuente de inspiración de su actividad, sino en el instrumento que le permitiría a la Organización, a falta de otras obligaciones formales de los Estados miembros derivadas de la ratificación de los convenios, emprender una acción especial en ciertos aspectos como el de la libertad sindical y el de la acción contra la discriminación, considerando que, por el hecho de participar en la Organización y aceptar su Constitución, de la que formaba parte la Declaración, los Estados suscribían sus objetivos.<sup>386</sup>

La primera parte de la Declaración expone la filosofía general de la Organización: la necesidad de asegurar la dignidad humana en el mundo del trabajo. En ella se afirma que sus principios fundamentales son especialmente que “a) el trabajo no es una mercancía; b) la libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante; c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y los de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común”. Así pues, la Declaración de Filadelfia

---

particular las establecidas por la Constitución, siendo una de ellas la consagración del principio de la libertad sindical, por lo que Sudáfrica aún cuando no había ratificado ninguno de los convenios sobre libertad sindical estaba obligado a respetarlos por el propio mandato de la Constitución de la OIT. Véase el 15º informe del Comité, caso núm. 102, párrafos 128-132. El Comité de Libertad Sindical ha reiterado en diversas ocasiones este punto: “Cuando un Estado decide ser Miembro de la Organización acepta los principios fundamentales definidos en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia, incluidos los relativos a la libertad sindical”. Comité de Libertad Sindical, *La Libertad Sindical (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT)*, 4ª ed. rev., Ginebra: OIT, 1996, párr. 10.

<sup>385</sup> Valticos, Nicolás, 1998, *op.cit.*, nota 382, p. 157-158.

<sup>386</sup> Valticos, Nicolás, 1977, *op.cit.*, nota 370, p. 92-93.

consolida la idea de que la dignidad humana en el trabajo constituye un elemento inherente al desarrollo de la actividad laboral y que los trabajadores, como seres humanos que son, deben poder ejercer su libertad laboral de manera libre y con respeto de su propia personalidad y sus derechos como individuos.

En la parte siguiente de la Declaración, se afirma que “a) *todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*; b) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional; c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental; d) incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero; y e) al cumplir las tareas que se le confíen, la Organización Internacional del Trabajo, después de tener en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes, puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada”.

La tercera parte de la Declaración trata más específicamente de los objetivos de la Organización. La Declaración se refiere en particular, en primer lugar, al pleno empleo y la elevación del nivel de vida. Sitúa a continuación la cuestión de los salarios y de las condiciones de trabajo en el marco de una justa participación en los frutos del progreso, y se refiere a la necesidad de un salario mínimo vital. Preconiza la negociación colectiva, la cooperación de trabajadores y empleadores en la mejora de la producción, así como su colaboración en la elaboración y aplicación de medidas económicas y sociales; plantea la extensión de la seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa. Prevé una protección adecuada de la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones, la protección de la infancia y de la maternidad, un nivel adecuado de alimentación, alojamiento, y medios de recreo y cultura, y la garantía de oportunidades en el campo educativo y cultural.

La cuarta parte de la Declaración ofrece la colaboración de la OIT a todos los organismos internacionales a los que pueda confiarse parte de la responsabilidad en la tarea de utilizar de forma más completa y amplia los recursos productivos mundiales, así como la mejora de la educación, de la salud y el bienestar de todos los pueblos. Finalmente, una última disposición de la Declaración señala que los principios enunciados en ésta son plenamente aplicables a todos los pueblos del mundo y que, si bien en las modalidades de su aplicación hay que considerar el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo, su aplicación progresiva a los pueblos aún dependientes y a los que han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado.

Von Potobsky y Bartolomei han afirmado que “La Declaración amplía el campo de acción de la OIT, sobre la base de la relación existente entre los problemas laborales, sociales, económicos y financieros. El desarrollo de este concepto es el aporte más importante de la Declaración, al que debe sumarse la puntualización del fin eminentemente humanitario de

toda la acción, destacándose los valores y las aspiraciones del ser humano: ‘*perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*’. Este objetivo constituye la meta principal de la OIT”.<sup>387</sup>

La Declaración ha afirmado la importancia de valores como la libertad, especialmente la libertad de expresión y asociación, la dignidad e igualdad, particularmente la igualdad de oportunidades sin distinción de raza, sexo o religión. En esta amplia concepción, en palabras de Valticos, “la Declaración no limita la acción de la Organización a la protección de los trabajadores propiamente dichos, sino que abarca a los seres humanos en su conjunto”. Además, “subrayó la importancia paralela del progreso material y del desarrollo espiritual en la libertad y dignidad de todos los seres humanos”. Puso de relieve la necesidad de un esfuerzo concertado, en el plano nacional como en el internacional, a fin de promover el bien común”; consagró “el interés colectivo de la humanidad por el bienestar y los derechos fundamentales de los individuos”.<sup>388</sup>

#### 4.9.3 Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo

La Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo fue adoptada el 18 de junio de 1998 en la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en un contexto de mundialización de la economía.<sup>389</sup> En palabras del Director General de la OIT de la época, Sr. Michel Hansenne: “la OIT asume las tareas que le ha encomendado la comunidad internacional, adoptando a tal efecto, habida cuenta de las realidades de la mundialización de la economía, una verdadera plataforma social mínima de ámbito mundial. Así, la Organización Internacional del Trabajo está en condiciones de abordar con optimismo el nuevo siglo que se acerca”.<sup>390</sup> A lo anterior se refieren sus considerandos:

En el primer considerando se resalta la importancia de la justicia social como elemento esencial para garantizar la paz universal y permanente. En el segundo se sostiene que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo cual confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas. En el cuarto se enfatiza que se debe “prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y *los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos* nacionales, regionales e internacionales *encaminados a la solución*

---

<sup>387</sup> Von Potobsky, Geraldo, Bartolomei de la Cruz, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990, p. 6-7.

<sup>388</sup> Valticos, Nicolás, 1977, *op.cit.*, nota 370, p. 94, 99.

<sup>389</sup> En 1999 Swepston señalaba: “Vivimos ahora en la época de la globalización. El comercio internacional se realiza cada vez más a través de empresas multinacionales y a partir de productos que provienen en todo o en parte de otros países, y frecuentemente de otras regiones del mundo. La OIT fue diseñada sobre una realidad en la que el trabajo y la economía eran fundamentalmente locales y reglamentadas a nivel nacional. Este ya no es el caso”. Swepston, Lee, La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, No. 1, 1999, p. 119.

<sup>390</sup> OIT, *Antecedentes de la Declaración de 1998*, disponible en:  
<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/background/lang--es/index.htm>.

*de sus problemas*, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo”. Posteriormente, se reafirma en su quinto considerando que, con el objetivo de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano.

Todo lo anterior conduce a resaltar en los dos últimos considerandos de la Declaración que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer normas internacionales del trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales. Así como que en una situación de creciente interdependencia económica, urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización y promover su aplicación universal. Al respecto, Kellerson ha afirmado que la “Declaración [...] posee un valor intrínseco, en la medida en que representa una reafirmación, por parte de los gobiernos y de los interlocutores sociales, de la universalidad de los principios y derechos fundamentales, en un momento en que cunde la incertidumbre y la controversia en torno a esos derechos”.<sup>391</sup>

La Declaración de 1998 busca destacar que los principios y derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la OIT siguen siendo las principales herramientas para alcanzar los objetivos trazados por el organismo internacional. Todo esto se concretiza en su parte resolutive con cinco puntos:

En el primero se recuerda que todos los Estados Miembros de la OIT se han comprometido a aceptar los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, por lo que deben esforzarse en lograr los objetivos generales del organismo internacional, tomando en cuenta la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas. Asimismo, se recuerda que los principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT.

En el segundo se declara que todos los Estados Miembros de la OIT, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objetos de esos convenios. Lo que significa que la condición de miembro de la OIT conlleva la obligación de hacer efectivos los principios de los derechos fundamentales, a pesar de no haber ratificado los convenios que los regulen.

Luego la Declaración establece el listado de esos derechos fundamentales:

---

<sup>391</sup> Kellerson, Hilary, La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales. Un reto para el futuro, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, Número 2, 1998, p. 247.

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y,
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En el tercero se reconoce la obligación de la OIT de ayudar a sus miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado para alcanzar esos objetivos señalados. Se trata de una colaboración institucional hacia los Estados Miembros de la OIT para el logro de los objetivos del organismo internacional, el cual se materializa:

- a) en el ofrecimiento de cooperación técnica y servicios de asesoramiento para la promoción en la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales;
- b) en la asistencia para que los Estados estén en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios; y
- c) en la ayuda a los Miembros para crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.

En el cuarto se establece un mecanismo de seguimiento promocional para hacer plenamente efectiva la Declaración.<sup>392</sup> Y en el quinto punto se subraya que las normas de trabajo no deben utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada de la Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines. Además, se enfatiza que no debe ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la Declaración y su seguimiento. De esta forma, este punto pone de manifiesto la posición institucional de la OIT sobre la relación entre normas de trabajo y el comercio internacional: las normas del trabajo no pueden ser usadas como argumentos para establecer barreras comerciales a los productos, ni se deben cuestionar las ventajas comparativas de los países.

La Declaración de 1998 no es un documento normativo nuevo. Se trata más bien de un texto promocional de los derechos fundamentales en el trabajo, un recordatorio para los Estados sobre sus responsabilidades con el mundo laboral dentro de la globalización de la economía. Es un instrumento que fortalece el rol de la OIT en este contexto dentro del marco propio de sus labores. Trebilcock señala que dos puntos caracterizan a la Declaración de 1998 como un instrumento ganador: el aseguramiento de que no fueron creadas nuevas obligaciones legales, y la fundación legal para el seguimiento basado en el artículo 19 (5) (e) de la Constitución de la OIT.<sup>393</sup> El objetivo de la Declaración de 1998 es lograr que los Estados Miembros ratifiquen los convenios fundamentales de la OIT para asegurar su aplicación dentro de su jurisdicción y de estar sometidos a los procedimientos de control del organismo internacional. Como recuerda Javillier, la “Declaración es un

---

<sup>392</sup> Véase la sección 4.9.3.2 *infra*.

<sup>393</sup> Trebilcock, Anne, The ILO Declaration on fundamental principle and rights at work: a new tool, en Blanpain, Roger, Engels, Chris, *The ILO and the Social Challenges of the 21st Century: The Geneva Lectures*, La Haya: Kluwer Law International, 2001, p. 112.



valiosísimo instrumento en el camino de la ratificación de las normas internacionales del trabajo”.<sup>394</sup>

#### 4.9.3.1 Derechos laborales fundamentales

La OIT, a través de sus convenios y recomendaciones, ha regulado los principios contenidos en sus documentos constitucionales y, de este modo, los distintos derechos humanos laborales. Como señala Bonet Pérez, “el propósito fundacional de la OIT es la consecución de una mayor justicia social, el cual se concreta con la elaboración y adopción progresiva de un estándar jurídico universal mínimo aplicable a las relaciones laborales”.<sup>395</sup> Sin embargo, la OIT ha centrado su acción institucional y de vigilancia, en particular después de la adopción de la Declaración de 1998, en cuatro derechos humanos laborales que ha denominado ‘derechos fundamentales en el trabajo’ o ‘derechos laborales fundamentales’: la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La noción de ‘derechos laborales fundamentales’ se insertó formalmente en el ámbito de la OIT con la Declaración de 1998. Sin embargo, desde mucho tiempo atrás ya se había empezado a gestar lo que sería el listado de los derechos incluidos en dicha Declaración. Por ejemplo, en la Primera Conferencia Regional Africana de la OIT se resaltaron los convenios internacionales del trabajo relativos a la protección de ‘ciertos derechos humanos fundamentales’ y en la 44ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1960 se adoptó una resolución para asegurar una protección especial en los casos de discriminación.<sup>396</sup> Asimismo, y como consecuencia de lo señalado en la 44ª reunión, el Consejo de Administración de la OIT realizó un estudio para evaluar la implementación de un procedimiento especial de protección contra los casos de violación de los convenios de discriminación (no. 100 y no. 111) y equiparó los derechos de libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación dentro del mismo estatus.<sup>397</sup> Al respecto, señaló:

“Han ocurrido dos casos en materia de derechos humanos, que podrían considerarse análogos, respecto de los cuales el Consejo de Administración ha considerado apropiado completar otros procedimientos constitucionales ordinarios mediante disposiciones especiales, a saber, en lo tocante a la libertad sindical y al trabajo forzoso”.

Por otro lado, en la 52ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1969, a los 50 años de creación de la OIT, se mencionó la importancia de la promoción de los convenios de la organización sobre derechos humanos, aludiendo a la prohibición de la

---

<sup>394</sup> Javillier, Jean Claude, Razón de ser de los derechos y principios fundamentales y dinámica de las normas internacionales del trabajo, en OIT, *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas*, Ginebra: OIT, Educación Obrera, No. 122, 2001, p. 6-7.

<sup>395</sup> Bonet Pérez, Jordi, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 15.

<sup>396</sup> OIT, *Medidas que deben tomarse en relación con la resolución sobre discriminación adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 44ª. Reunión*, 1961, Documento GB.148/9/8, párr. 7.

<sup>397</sup> *Ibidem*, párr. 16.

discriminación y del trabajo forzoso, así como a la libertad sindical.<sup>398</sup> En consecuencia, a fines de los años setenta se consideró importante realizar una evaluación institucional que permitiera establecer las pautas para las labores de la OIT en los próximos años. Así, en 1977 se encargó a la Comisión de Programa, Presupuesto y Administración (y ésta a su vez al Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo) que, sobre la base de los convenios y recomendaciones existentes, se elaboraran categorías que permitieran dividirlos y establecer prioridades temáticas para la OIT.<sup>399</sup>

En 1979 el Consejo de Administración aprobó la clasificación de los instrumentos internacionales del trabajo realizada por el Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo, la cual quedó del modo siguiente: 1) instrumentos cuya ratificación y aplicación conviene promover con prioridad; 2) instrumentos existentes que conviene revisar; 3) otros instrumentos existentes; y 4) cuestiones sobre las que debería preverse la elaboración de nuevos instrumentos.<sup>400</sup> Dentro de la primera clasificación, denominada “derechos humanos básicos”, se incluyeron los convenios relativos a la libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación. En 1987 se elaboró un segundo informe actualizado de las categorías de los convenios internacionales del trabajo, el cual dejó intactas las categorías establecidas en 1979.<sup>401</sup>

El primer documento de la OIT en el que se mencionó el término “derechos fundamentales en el trabajo” fue en la Resolución sobre el 75° aniversario de la Organización y su orientación futura del 22 de junio de 1994. Allí se señaló que tienen especial importancia para el organismo internacional los convenios que se ocupan de derechos fundamentales, incluidos los Convenios no. 29, 87, 98, 100, 105 y 111, que se refieren a la abolición del

---

<sup>398</sup> En su artículo por el 50° aniversario de la OIT, Valticos resalta que “fue respecto de estos tres grupos de convenios que U. Thant, Secretario General de Naciones Unidas, declaró ante la Conferencia Internacional del Trabajo que la OIT se ha mantenido a la vanguardia del esfuerzo por definir algunos derechos fundamentales, que ha enunciado esas libertades en convenios ampliamente ratificados y que ha elaborado un nuevo procedimiento para la protección de los derechos humanos [de libertad sindical]”. Valticos, Nicolás, *La Organización Internacional del Trabajo: Cincuenta años de actividades normativas*, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 80, No. 3, 1969, p. 243. Más tarde, Valticos acuñaría formalmente el término de “derechos humanos fundamentales” para referirse a los derechos laborales de libertad sindical, abolición del trabajo forzoso y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Valticos, Nicolás, 1977, *op.cit.*, nota 370, p. 239.

<sup>399</sup> OIT, *Informe final del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*, Boletín Oficial Vol. LXII, Serie A, 1979, párr. 1-2.

<sup>400</sup> *Ibidem*, Anexo I.

<sup>401</sup> OIT, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*, Boletín Oficial Vol. LXX, Serie A, 1987, Anexo III. Cabe señalar que autores como Javillier y Leary han considerado que la clasificación hecha por la OIT ha establecido una jerarquía de normas. Al respecto, Javillier señala: “Gracias a un riguroso trabajo de reflexión sobre las prioridades de toda acción normativa, se ha establecido una jerarquía de normas y se ha buscado la articulación entre ésta y la cooperación técnica”. Javillier, Jean Claude, Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del Trabajo, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 113, No. 4, 1994, p. 558. En el mismo sentido, Leary considera que la OIT ha establecido una prioridad en función a los derechos humanos básicos. Sostiene que los derechos incluidos en las convenciones de “derechos humanos básicos” deberían lógicamente ser considerados el cuerpo de normas laborales mínimas internacionales. Leary, Virginia, *The Paradox of Worker’s Rights as Human Rights*, en Compa, Lance A., Diamond, Stephen F., (eds.), *Human rights, Labor rights, and International Trade*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996, p. 28.

trabajo forzoso, la libertad sindical y la discriminación en el empleo.<sup>402</sup> De este modo, se reiteró el vínculo entre derechos fundamentales y un selecto grupo de convenios internacionales.

Posteriormente, en el ámbito de Naciones Unidas se avanzó con este criterio en la Cumbre Mundial Social de Copenhague de 1995, en la cual se señaló que la protección y el fomento de los derechos básicos de los trabajadores (la prohibición del trabajo forzado y el trabajo de los niños; la libertad de asociación y el derecho de organización y negociación colectiva, y la no discriminación en el empleo) significa aplicar plenamente los convenios de la OIT en el caso de los Estados que los han ratificado, y en el caso de los Estados que no sean partes en esos convenios significa aplicar plenamente los principios consagrados en ellos.<sup>403</sup> Luego siguieron la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing de 1995<sup>404</sup> y la Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur de 1996,<sup>405</sup> bajo los mismos términos: el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo.

Finalmente, en 1998 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo con el objetivo de resaltar el compromiso de los Estados Miembros de la OIT de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, consagrados en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia.<sup>406</sup> Es un instrumento internacional adoptado para mostrar el consenso alcanzado por la Comunidad Internacional con respecto a los derechos laborales fundamentales y para expresar el compromiso de los Estados en reforzar su aplicación universal y de los convenios que los consignan, a saber:

- a) Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva: convenio no. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, de 1948; y convenio no. 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, de 1949;
- b) Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio: convenio no. 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio, de 1930; y convenio no. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957;
- c) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación: convenio no. 100 sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 1951; y convenio no. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1973; y

---

<sup>402</sup> OIT, *Actas de la LXXXI de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, p. 3.

<sup>403</sup> ONU, *Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*, Copenhague, Dinamarca, 1995, A/CONF.166/9, párr. 54.

<sup>404</sup> ONU, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 1995, Documento A/CONF.177/20/Rev.1, párr. 166.

<sup>405</sup> OMC, *Conferencia Ministerial de la OMC, Singapur, 1996*, Declaración Ministerial, 1996, WT/MIN(96)/DEC, párr. 4.

<sup>406</sup> OIT, *Seguimiento a darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, 1997, GB.270/3/1, párr. 6.

d) Abolición efectiva del trabajo infantil: convenio no. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 1973 y el convenio no. 182 sobre las peores formas del trabajo infantil, de 1999.

Cabe recordar que los convenios no agotan en sí mismos la configuración jurídica del derecho fundamental al que se refieren, sino que sólo reflejan los elementos esenciales de su contenido jurídico.<sup>407</sup> Son tratados internacionales que establecen un estándar mínimo de normas y sólo reflejan el contenido básico de los respectivos derechos fundamentales. Así, de conformidad con el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, los convenios sólo proporcionan un estándar mínimo y no pueden menoscabar ningún tipo de ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables.

Como ya se señaló, la Declaración de 1998 no es un documento que cree obligaciones nuevas para los Estados Miembros de la OIT. Se incluyeron derechos ya regulados en los convenios internacionales del organismo internacional y ya considerados como 'fundamentales' en documentos anteriores de la OIT, más un derecho adicional: la abolición efectiva del trabajo infantil y su consagración en el convenio no. 130 sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 1973, cuya regulación se completó en 1999 con la adopción del convenio no. 182 sobre las peores formas del trabajo infantil.

La OIT justificó la selección de los 4 derechos fundamentales en el trabajo con cuatro argumentos: existe un consenso mundial sobre la importancia de estos derechos, lo cual se ha materializado con los altos índices de ratificación que siempre han gozado estos convenios; estos derechos se asientan en los documentos constitucionales de la OIT: su Constitución y la Declaración de Filadelfia; representan el piso mínimo de respeto que permite el goce de los demás derechos laborales; y son suficientes para asegurar que los trabajadores disfruten de su libertad de autonomía en el mercado laboral.<sup>408</sup>

A pesar de que los argumentos anteriores son razonables, también sufren de debilidades. Por ejemplo, Canessa<sup>409</sup> ha señalado lo siguiente:

i. Si bien el número de ratificaciones es una buena referencia para identificar los convenios que han alcanzado una mayor universalidad, puede ser una razón débil cuando se le quiere vincular con la centralidad de la materia adoptada por el convenio internacional del trabajo. Por ejemplo, el convenio no. 138, relativo a la edad mínima, que es un convenio fundamental, no era un convenio que destacase por su número de ratificaciones antes de la campaña de la OIT, sin que esto sea un motivo para cuestionar su importancia dentro de los derechos humanos laborales.

---

<sup>407</sup> Bonet Pérez, Jordi, 1999, *op.cit.*, nota 395, p. 25.

<sup>408</sup> *Seguimiento a darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, 1997, *op.cit.*, nota 406, párr. 13 y ss.; OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª reunión, 1998: *Informe de la Comisión de la Declaración de Principios; Informe de la Comisión de la Declaración de Principios Presentación, discusión y adopción.*

<sup>409</sup> Canessa Montejó, Miguel F., 2008, *op.cit.*, nota 16, p. 502 y ss.

ii. A pesar de que es cierto que los derechos consignados en la Declaración de 1998 se pueden encontrar en los documentos constitucionales, también existen otros derechos humanos laborales contenidos en los documentos constitucionales que no han sido incluidos,<sup>410</sup> y otro, la abolición del trabajo forzoso, que no es mencionado expresamente ni en la Constitución de la OIT ni en la Declaración de Filadelfia, pero que se ha interpretado que se encuentra implícitamente recogido en ellos por la serie de prohibiciones que plantea la Declaración de Filadelfia.<sup>411</sup>

---

<sup>410</sup> A modo de ejemplo, en el preámbulo de la Constitución de la OIT se mencionan la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, la lucha contra el desempleo, la garantía de un salario vital adecuado, la protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, organización de la enseñanza profesional y técnica, entre otros. En el caso de la Declaración de Filadelfia tenemos: lograr el pleno empleo, oportunidades de formación profesional, garantizar un salario mínimo vital, extender las medidas de seguridad social, proteger la salud y la vida de los trabajadores, protección a la maternidad, garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales, entre otros.

<sup>411</sup> Bonet Pérez, Jordi, 1999, *op.cit.*, nota 395, p. 23; Maupain, Francis, Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2005, p. 444. Además, hay que recordar que el trabajo forzoso es una forma de esclavitud. La Comunidad Internacional ha condenado la utilización del trabajo forzoso como una práctica análoga a la esclavitud, pero distinta de ella. La Sociedad de las Naciones y las Naciones Unidas establecieron una distinción entre la esclavitud y el trabajo forzoso u obligatorio, y la OIT es la principal organización encargada de eliminar esta práctica. La prohibición de la esclavitud es identificada por la CIJ en el caso *Barcelona Traction* como una de las obligaciones *erga omnes*, por lo que, invariablemente, se trata de un derecho humano recogido en una norma imperativa del Derecho Internacional general o de *jus cogens*. Más recientemente también ha sido confirmado su carácter imperativo por la jurisprudencia de los tribunales penales especiales para la Ex Yugoslavia y Sierra Leona. De esta forma, la prohibición de la esclavitud y de las prácticas relacionadas con ella forma parte del Derecho Internacional general, y las normas pertinentes tienen el carácter de *jus cogens*. La esclavitud, las prácticas relacionadas con ella y el trabajo forzoso constituyen: a) un 'crimen de guerra' cuando son practicados por un Estado beligerante contra los nacionales de otro Estado beligerante; b) un 'crimen de lesa humanidad' cuando son practicados por funcionarios públicos contra cualquier persona independientemente de las circunstancias y la nacionalidad de ésta; c) un delito internacional común cuando son practicados por funcionarios públicos o particulares contra cualquier persona. Además, la comisión de estas prácticas constituye una violación específica del derecho fundamental a la libertad y sus diversas modalidades (véanse arts. 7, 9, 10, 12, 18, 26 PIDCP). No sobra decir que el que se haya contemplado la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio en la Declaración de 1998 como uno de los 'derechos fundamentales en el trabajo' es un gran avance en materia de protección de los derechos de los trabajadores migrantes irregulares, quienes son especialmente vulnerables a las prácticas análogas a la esclavitud y al trabajo forzoso, a la servidumbre por deudas y a la explotación, en particular las mujeres migrantes objeto de tráfico ilícito. Al respecto, véanse: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud, Nueva York, Ginebra: ONU, 2002; CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)*, Nueva Demanda: 1962, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, párr. 34; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Segunda Sala del 15 de marzo de 2002, párr. 353; Tribunal Especial para Sierra Leona, *Caso Brima, Kamara y Kanu*, Sentencia de la Segunda Sala del 20 de junio de 2007 (FILE D), párr. 705; Bassiouni, M. Cherif, Enslavement as an International Crime, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 23, 1991; Rassam, A. Yasmine, Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, 1999; Redman, Renee Colette, The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement: the First Human Right to be Recognized as Customary International Law, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 70, 1994, entre otros. También véase el capítulo 6 de este trabajo.

iii. Asimismo, a pesar de que los cuatro derechos fundamentales resultan básicos para establecer condiciones laborales dignas, se parte de la premisa de que se permite el ejercicio efectivo de tales derechos (como el de libertad sindical), lo cual no necesariamente se produce en buena parte de países, aún en aquellos que han ratificado los convenios fundamentales o se han mostrado abiertamente como defensores de dichos derechos o de la adopción de la Declaración.<sup>412</sup>

iv. Finalmente, los referidos derechos no son suficientes para asegurar que se respete la libertad de autonomía de los trabajadores, ni para que éstos actúen libremente en el mercado laboral y logren, por medio de negociaciones individuales o colectivas, más y mejores derechos laborales. Esto debido a que el goce de la libertad individual no conduce automáticamente a los demás derechos sociales sustantivos. En este sentido, es altamente criticable que no se haya incluido dentro del listado de derechos laborales fundamentales el derecho a la seguridad social y la salud en el trabajo ya que, como bien afirma Canessa,<sup>413</sup> es difícil que un trabajador sea una persona libre de actuar y goce de una autonomía real si no tiene aseguradas las condiciones que protejan su integridad física en el trabajo. El estrecho vínculo entre el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo y el derecho a la vida pone en tela de juicio cualquier exclusión justificable.

Pese a las debilidades que puedan tener los argumentos dados por la OIT para incluir los cuatro derechos en el listado de ‘derechos laborales fundamentales’, es preciso destacar, sobretudo, que se trata de un avance muy significativo en la protección internacional de los derechos humanos laborales. Lo anterior debido a que tales derechos –esenciales en toda relación laboral– se enmarcan como prioritarios dentro de la acción normativa y de vigilancia de la OIT. No obstante, se tiene que subrayar que es el conjunto de derechos humanos laborales el que asegura a los trabajadores la dignidad y la satisfacción de las necesidades básicas en el trabajo. Por ello, no deja de ser criticable la falta de inclusión del derecho a la seguridad social y salud en el trabajo, pues si los otros derechos humanos laborales no considerados como ‘fundamentales’ tienen gran relevancia en las relaciones laborales, este derecho resulta esencial para el goce de otros derechos que sí gozan de dicho estatus, como el de libertad sindical.

Sin embargo, como afirma Javillier, se debe evitar “considerar que solamente ahora se debe prestar atención a los convenios que tratan sobre esos derechos y principios fundamentales, ya que el jurista laboral, al igual que el sociólogo de las relaciones laborales, conoce por experiencia el fuerte vínculo existente entre todas las normas relativas a ellos [...]. Basta con citar al respecto las normas relativas a salud y seguridad, salario, inspecciones laborales o incluso seguridad social. ¿Qué significado tendrían para los trabajadores los derechos y

---

<sup>412</sup> Por ejemplo, Estados Unidos, amplio defensor de la Declaración de 1998, no respeta la libertad sindical y de asociación profesional a todos los trabajadores en su territorio. Véase Corte Suprema de Estados Unidos, *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S. 137 (2002). Un análisis del caso y sus consecuencias internacionales en Ortega Velázquez, Elisa, *op.cit.*, nota 143, p. 257-263.

<sup>413</sup> Canessa, Miguel, 2008, *op.cit.*, nota 16, p. 511.

principios generales que no se traduzcan en protecciones mínimas en materia de condiciones de empleo y de trabajo?”.<sup>414</sup>

#### **4.9.3.2 Efectos jurídicos de los derechos laborales fundamentales y la Declaración de 1998 para los Estados Miembros de la OIT**

La Declaración de la OIT de 1998 hizo dos precisiones importantes respecto a los derechos laborales fundamentales que consignó. Por un lado, que los Estados, al incorporarse libremente a la OIT, han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, los cuales han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT. Y, por otro, que todos los Miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su sola pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios.<sup>415</sup>

De este modo, los derechos considerados en la Declaración de la OIT de 1998, como consecuencia jurídica de su carácter fundamental, son exigibles a todos los Estados miembros de la OIT, independientemente de si son parte o no de los convenios que garantizan tales derechos. Su exigibilidad se plantea en términos absolutos sin que la falta de ratificación pueda ser excusa para su violación. Como señala Swepston: “de la Declaración de 1998 surge que los Estados Miembros reconocen que tienen obligaciones jurídicas derivadas de la ratificación de la Constitución de la OIT, que, por ello, no son sólo de carácter formal. Estas obligaciones se refieren a los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales de la OIT.”<sup>416</sup>

El carácter fundamental de un derecho laboral se basa en que tal derecho se encuentra vinculado estrechamente a la noción de dignidad aplicada al ámbito laboral, puesto que consagra valores esenciales para su protección. Por ello, su exigibilidad y cumplimiento no están supeditados sólo a las obligaciones convencionales de los Estados, sino que su cumplimiento es universal para todos los Estados.<sup>417</sup> En este sentido, la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo ha indicado que “si bien un convenio internacional del trabajo sólo es vinculante para los Estados que lo hayan ratificado”, existe una excepción general de que “ciertos principios fundamentales [entre ellos los derechos laborales fundamentales] de la Constitución de la OIT, comprendida la

---

<sup>414</sup> Javillier, Jean Claude, 2001, *op.cit.*, nota 394, p. 7. Véase también, Maupain, Francis, 2005, *op.cit.*, nota 411, p. 457.

<sup>415</sup> *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de 1998, preámbulo, puntos 1 y 2.

<sup>416</sup> Swepston, Lee, 1999, *op.cit.*, nota 389, p. 120. También véanse: Bonet Pérez, Jordi, 1999, *op.cit.*, nota 395, p. 25-27; Kellerson, Hilary, 1998, *op.cit.*, nota 391, p. 245; Alston, Philip, ‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 3, 2004, p. 490-491.

<sup>417</sup> Bonet Pérez, Jordi, 1999, *op.cit.*, nota 395. p. 26.

Declaración de Filadelfia que forma parte de ella, son vinculantes para los miembros de la OIT como consecuencia directa de su aceptación de la Constitución”.<sup>418</sup>

Así pues, la Declaración de 1998 compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos en el trabajo, hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Establece claramente que estos derechos son universales y que se aplican a todas las personas en todos los países, independientemente del nivel de desarrollo económico. Menciona en particular a los grupos con necesidades especiales, tales como los desempleados y los trabajadores migrantes. Lo anterior, en virtud de que el crecimiento económico por sí solo no es suficiente para asegurar la equidad y el progreso social y para erradicar la pobreza.

Un procedimiento de seguimiento respalda este compromiso, pues desde el principio se convino en que la Declaración debía ir acompañada de un método de seguimiento razonable y eficaz, que fuera estrictamente promocional, excluyendo todo aspecto punitivo, la duplicación de procedimientos existentes y la imposición de nuevas obligaciones.<sup>419</sup> Este procedimiento de seguimiento de la Declaración figura como anexo a la misma y es parte integrante de ella. Su objetivo general es alentar a los Estados Miembros a promover los principios y derechos fundamentales reafirmados en la Declaración, y coadyuvar a la determinación de los ámbitos en que la asistencia técnica de la OIT pueda resultar útil a sus Miembros, con el fin de ayudarlos a hacer efectivos esos principios y derechos fundamentales.<sup>420</sup>

Cabe señalar que el procedimiento de seguimiento no tiene por objeto sustituir los mecanismos de control establecidos ni obstaculizar su funcionamiento; por consiguiente, las situaciones particulares propias al ámbito de esos mecanismos no podrán discutirse o volver a discutirse en el marco de dicho seguimiento.<sup>421</sup> De esta forma, se tratará de evitar que los mecanismos de control de la OIT pierdan fuerza, así como un posible ‘doble escrutinio’ de los Estados Miembros. En concordancia con lo anterior, los dos aspectos del seguimiento de la Declaración, el seguimiento anual relativo a los convenios fundamentales no ratificados y el informe global sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, deberán recurrir a los procedimientos ya existentes.<sup>422</sup>

El primer aspecto del procedimiento es un *seguimiento anual* por el que se solicita a los Estados que presenten anualmente una memoria sobre cada uno de los convenios fundamentales que no hayan ratificado. Dichas memorias anuales son recopiladas por la Oficina y examinadas por el Consejo de Administración.<sup>423</sup> El objeto de las memorias es

---

<sup>418</sup> OIT, Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo, *Política de elaboración de normas: fortalecimiento de los procedimientos de control de la OIT*, 268ª reunión, Ginebra, marzo de 1997, Documento GB.268/LILS/6 y Corr, párr. 10.

<sup>419</sup> Al respecto, véase Kellerson, Hilary, *op.cit.*, nota 391.

<sup>420</sup> Párrafo I, apartados 1 y 2, del Seguimiento de la Declaración contenido en su anexo.

<sup>421</sup> Párrafo I.2.

<sup>422</sup> Párrafo I.3.

<sup>423</sup> Véanse los exámenes de las memorias anuales de 2000 a 2009, correspondientes a los documentos de la OIT con referencia GB.277/3/1, GB.277/3/2: 1 de marzo de 2000; GB.280/3/1, GB.280/3/2: 1 de marzo de 2001; GB.283/3/1, GB.283/3/2: 1 de marzo de 2002; GB.286/4: 1 de marzo de 2003; GB.289/4: 11 de marzo



examinar todos los años los esfuerzos desplegados, en las cuatro áreas de derechos y principios fundamentales enumerados en la Declaración, por parte de los Estados que no hayan ratificado los convenios correspondientes. Sin embargo, cada área sólo abarca las memorias de los países que todavía no han ratificado todos los convenios en esa categoría. Este procedimiento relativo a los convenios fundamentales no ratificados se basa en el artículo 19, párrafo 5,e), de la Constitución, el cual establece la obligación de los Estados Miembros de informar, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y práctica en lo referente a los asuntos tratados en los convenios que no hayan ratificado.<sup>424</sup> De esta forma, el seguimiento de la Declaración ilustra la utilización innovadora de una obligación ya existente. La discusión del seguimiento anual por parte del Consejo de Administración deberá permitir a los Miembros que no estén representados en el mismo proporcionar del modo más adecuado las aclaraciones que, en el curso de sus discusiones, pudieren resultar necesarias o útiles para completar la información contenida en sus memorias. Para ello, el Consejo de Administración deberá ajustarse el procedimiento que esté en vigor.<sup>425</sup>

El segundo aspecto del procedimiento es un *informe global*, el cual tiene por objeto dar una perspectiva global y dinámica de cada una de las categorías de principios y derechos fundamentales en el trabajo observada en el período anterior, servir de base a la evaluación de la eficacia de la asistencia prestada por la Organización y establecer las prioridades para el período siguiente, incluso mediante programas de acción en materia de cooperación técnica destinados a movilizar los recursos internos y externos necesarios al respecto.<sup>426</sup> El informe global se elabora sobre la base de informaciones oficiales o reunidas y evaluadas con arreglo a procedimientos establecidos. Respecto de los países que no han ratificado los convenios fundamentales, dichas informaciones se basan en las memorias anuales que presenten; respecto a los Miembros que han ratificado los convenios correspondientes, estas informaciones reposan en las memorias que deben presentar en virtud del artículo 22 de la Constitución. En el informe también se hace referencia a la experiencia adquirida mediante la cooperación técnica y otras actividades pertinentes de la OIT.<sup>427</sup>

Este informe global, que es presentado como informe del Director General a la Conferencia anual de la OIT, es objeto de debate, según las modalidades que haya acordado el Consejo de Administración. Posteriormente, la Conferencia debe sacar las conclusiones de dicho debate en lo relativo a todos los medios de que disponga la OIT, con inclusión de las prioridades y los programas de acción en materia de cooperación técnica que haya que poner en aplicación durante el período correspondiente, y orientar al Consejo de Administración y la Oficina en el cumplimiento de sus responsabilidades.<sup>428</sup> Así pues, el propósito del informe global es poner a la luz avances, problemas y necesidades, y

---

de 2004; GB.292/4: 3 de marzo de 2005; GB.295/5: 16 de marzo de 2006; GB.304/3: 27 de febrero de 2009, en: <http://www.ilo.org/declaration/follow-up/annualreview/annualreports/lang--es/index.htm>.

<sup>424</sup> Párrafo II.A.1, 2; B.1, 2.

<sup>425</sup> Párrafo II.B.3.

<sup>426</sup> Párrafo III.A.1.

<sup>427</sup> Párrafo III.B.1.

<sup>428</sup> Párrafo III.B.2.

proporcionar una base que sirva para encauzar los recursos y actividades de la OIT hacia la realización plena de los principios de la Declaración.<sup>429</sup>

El procedimiento de seguimiento de la Declaración tiene un planteamiento dinámico, reflejado en la disposición final, la cual establece que “la Conferencia deberá, llegado el momento, volver a examinar el funcionamiento del presente seguimiento habida cuenta de la experiencia adquirida, con el fin de comprobar si éste se ha ajustado convenientemente al objetivo enunciado en la Parte I”.<sup>430</sup>

#### 4.9.3.3 Los derechos humanos laborales y los trabajadores migrantes irregulares

La inclusión de derechos laborales en el plano internacional, como se sabe, se ha producido en dos ámbitos: en el de la OIT, con sus documentos constitucionales y toda la normativa internacional del trabajo producida en su seno; y en el de los instrumentos internacionales, universales y regionales, de derechos humanos. Su inclusión en estos últimos responde a la comprensión de la Comunidad Internacional de que *todos* los seres humanos tienen que ser protegidos en el mundo del trabajo por un conjunto de derechos laborales básicos que aseguren el respeto de su dignidad humana. Por ello, los instrumentos universales y regionales de derechos humanos contienen en su listado un grupo selecto de derechos laborales que son ‘*derechos humanos laborales*’, pues son “derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo”.<sup>431</sup>

A pesar de la importancia que tienen los derechos humanos laborales para las personas y el respeto de su dignidad humana en el mundo del trabajo, los Estados por lo general no garantizan a todas las personas en todas las circunstancias los derechos humanos laborales, tal es el caso de los trabajadores migrantes irregulares. Por ello es que desde el seno de la OIT se insiste vivamente en que se respeten a *todos* los trabajadores, al menos, los 4 derechos fundamentales en el trabajo consignados en la Declaración de 1998.<sup>432</sup>

La importancia de reconocer y garantizar un nivel básico de protección laboral a los migrantes irregulares reside en que estos trabajadores, en virtud de su irregularidad, son un

---

<sup>429</sup> Los informes globales presentados hasta 2008 son los siguientes: 2008- *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*; 2007: *Igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*; 2006: *Eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance*; 2005: *Alianza global contra el trabajo forzoso*; 2004: *Organizarse en pos de la justicia social*; 2003: *La hora de la igualdad en el trabajo*; 2002: *Un futuro sin trabajo infantil*; 2001: *Alto al trabajo forzoso*; 2000: *Su voz en el trabajo*. Se encuentran disponibles en:

<http://www.ilo.org/declaration/follow-up/globalreports/lang--es/index.htm>

<sup>430</sup> Párrafo IV.1. Cabe señalar que la descripción del “Seguimiento de la Declaración” que se acaba de presentar se basa en el Anexo *revisado* de la Declaración, disponible en:

<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>. Para una descripción del “Seguimiento de la Declaración” original, véanse Kellerson, Hilary, *op.cit.*, nota 391; Trebilcock, Anne, 2001, *op.cit.*, nota 393, p. 105-116.

<sup>431</sup> Canessa, Miguel, 2008, *op.cit.*, nota 16, p. 433.

<sup>432</sup> Por ejemplo, véase lo señalado en el *Proyecto de Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales*, Ginebra, 2 de noviembre de 2005, p. 9.

blanco fácil de explotación para empleadores sin escrúpulos que los contratan en condiciones mucho menos favorables que a otros trabajadores. Por ejemplo, es frecuente que se les contrate con una remuneración más baja de la que les correspondería; que se les despidan por formar parte de sindicatos;<sup>433</sup> que se les amenace con deportarlos si denuncian las condiciones de explotación laboral a las que son sometidos, etc. Así, por temor a ventilar su situación irregular, no acuden a los tribunales competentes para reclamar sus derechos que han adquirido como trabajadores, vulnerándose, además, su derecho de acceso a la justicia.

Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, por lo que toda persona que realice una actividad remunerada adquiere tal condición y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha calidad. El Derecho del Trabajo, a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores que regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter administrativo, económico o social. Por tal motivo, 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 debe garantizarse a todos los trabajadores, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación.<sup>434</sup>

En este sentido, la CIDH ha sostenido 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. Porque si bien los Estados y sus empleadores no están obligados a emplear a los trabajadores migrantes que han entrado o permanecen de forma irregular en su territorio, una vez que éstos entablan una relación laboral, se convierten en titulares de los derechos humanos laborales que corresponden a todos los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.<sup>435</sup>

Como ya se señaló anteriormente, la OIT reconoce el carácter fundamental de cuatro derechos laborales: la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Sin embargo, la CIDH ha señalado que en el caso de los trabajadores migrantes, además, se deben reconocer y garantizar otros derechos laborales que tienen una importancia primordial para que puedan vivir con un mínimo de dignidad en el Estado de empleo. Estos derechos constituyen un selecto grupo de derechos laborales consagrados comúnmente en la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos, universales y regionales, y que por su importancia en

---

<sup>433</sup> Esta fue la situación que dio lugar al caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S. 137 (2002), en el que la Corte Suprema de Estados Unidos decidió que un trabajador migrante, por su estatus irregular, no tenía derecho a ser indemnizado por haber sido despedido injustamente por participar en actividades sindicales.

<sup>434</sup> CIDH, Opinión Consultiva 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A, no. 18, párr. 133.

<sup>435</sup> *Ibidem*, párr. 134-136.

la protección de la dignidad humana en el mundo del trabajo, deben ser reconocidos y garantizados de modo universal a *todos* los trabajadores: las atenciones especiales para la mujer trabajadora; el derecho a un salario justo por el trabajo realizado; el derecho a la seguridad social;<sup>436</sup> el otorgamiento de garantías judiciales y administrativas para la defensa de sus derechos; el derecho a una duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene); y el derecho a descanso e indemnización.<sup>437</sup>

Todos los derechos anteriores son derechos humanos laborales que se deben reconocer a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, regulares o irregulares, en virtud de su carácter inalienable y del principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “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”. Por lo anterior, no es admisible que un Estado no asegure y garantice tales derechos a los trabajadores migrantes en virtud de su situación irregular pues se violará la norma de *jus cogens* que consagra el principio de igualdad y no discriminación en cualquier caso en que una diferencia de trato no sea objetiva y razonable. Evidentemente, nunca será objetivo y razonable que un Estado no otorgue y asegure tales derechos a los migrantes irregulares en aras de hacer respetar su política migratoria, pues si se les niegan esos derechos se les niega también el derecho fundamental de la dignidad humana. Como ha señalado la CIDH:

“los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.<sup>438</sup>

Este principio general e imperativo debe respetarse y garantizarse a todas las personas, incluidos los trabajadores migrantes irregulares. Por lo anterior, los Estados, respecto a los trabajadores migrantes irregulares, tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se les reconozcan y apliquen los derechos laborales básicos. Por un lado, estableciendo en su ordenamiento jurídico disposiciones que protejan tales derechos y, por otro, vigilando que se respeten en las relaciones laborales, pues son responsables “de la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación [en las relaciones laborales]”.<sup>439</sup> Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los

---

<sup>436</sup> Es importante destacar que dentro de este derecho se encuentran comprendidos los derechos a la asistencia médica y la prevención de riesgos laborales. La consideración de tales derechos como derechos humanos es de especial importancia para los trabajadores migrantes y para los trabajadores menos favorecidos puesto que hay una estrecha relación entre el garantizar estos derechos y la no vulneración de otros derechos fundamentales. Véase, Spieler, Emily A., Risks and Rights. The Case for Occupational Safety and Health as a Core Worker Right, en Gross, James A, (ed.), *Worker's Rights as Human Rights*, Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 78 y ss.

<sup>437</sup> OC 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op.cit., nota 434, párr. 157.

<sup>438</sup> *Ibidem*, párr. 172.

<sup>439</sup> *Ibidem*, párr. 153.

mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.<sup>440</sup>

La protección de los derechos humanos laborales de los trabajadores migrantes irregulares, como ya se ha señalado, encuentra su justificación en que dichos trabajadores se encuentran en una marcada situación de vulnerabilidad respecto a otro tipo de trabajadores y, además, en que existe una habitual desigualdad en la relación laboral, siendo el trabajador la parte más débil y la que necesita una mayor protección. En virtud de esto, “los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes”.<sup>441</sup>

En conclusión, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos laborales fundamentales de todos los trabajadores, independientemente de que sean nacionales, extranjeros, regulares e irregulares, y de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos en las relaciones laborales que entablen en su territorio. Los Estados no deben permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales, pues como ha dicho un autor “[...] no sólo el Estado tiene el poder de violar los derechos de las personas [...] los empleadores tienen un poder explícito sobre la vida de los individuos”.<sup>442</sup>

#### **4.10 La OIT y la protección de los trabajadores migrantes: convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes**

La protección de los trabajadores empleados en el extranjero ocupa un lugar importante en las actividades de la OIT desde su creación en 1919. Así, el artículo 427 del Tratado de Versalles, que sienta las bases de la OIT, establece que “las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones del trabajo deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en cada país”. Asimismo, en el preámbulo de su Constitución se inscribe la obligación que tiene en la mejora de la “protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”.

La preocupación por la situación de los trabajadores migrantes se plasmó en la adopción de la Recomendación no. 2, sobre la reciprocidad de trato de 1919, la cual esbozó los dos objetivos de la Organización sobre esta cuestión: la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes; y la concertación de las políticas migratorias entre Estados, y entre gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores. Asimismo, la

---

<sup>440</sup> *Ibidem*, párr. 152.

<sup>441</sup> *Ibidem*, párr. 149.

<sup>442</sup> Gross, James A., A Long Overdue Beginning. The Promotion and Protection of Worker's Rights as Human Rights, en Gross, James A., (ed.), *Worker's Rights as Human Rights*, Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 78 y ss.

Declaración de Filadelfia de 1944, presta una atención particular a los problemas de los trabajadores migrantes:

“La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, en todas las naciones del mundo, programas que permitan: [...] conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos”.<sup>443</sup>

Esta preocupación sigue siendo plenamente actual, ya que la Declaración de 1998, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, reitera la necesidad que tiene la Organización de prestar atención especial a esta categoría de trabajadores.<sup>444</sup> Aún más, señala que los principios y derechos fundamentales en el trabajo son universales y aplicables a *todas* las personas en todos los Estados, por lo que se aplican a *todos* los trabajadores migrantes sin distinción alguna.<sup>445</sup> Por ello, todos los Estados Miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT, por su mera pertenencia a la Organización, como ya se ha señalado, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad dichos principios y derechos: libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y abolición efectiva del trabajo infantil. Los convenios y las recomendaciones que los consagran,<sup>446</sup> a pesar de que no tratan específicamente de los trabajadores migrantes, contienen disposiciones relativas o pertinentes a los mismos, pues son de aplicación general a todos los trabajadores sin distinción de nacionalidad y, en muchos casos, con independencia de su situación migratoria.<sup>447</sup>

En cuanto a trabajadores migrantes se refiere, la OIT ha adoptado dos convenios y dos recomendaciones, los cuales fueron los primeros instrumentos a nivel internacional en tratar específicamente el tema de la protección de los derechos humanos de estos trabajadores. El

---

<sup>443</sup> Párrafo III, inciso c).

<sup>444</sup> OIT, *Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, 1999*. Informe III (Parte 1B). Trabajadores migrantes, párr. 32.

<sup>445</sup> OIT, *Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004*. Informe VI. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, párr. 229.

<sup>446</sup> Los principios y derechos fundamentales en el trabajo se plasman en 8 convenios fundamentales de la OIT: convenio no. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, de 1948; convenio no. 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, de 1949; convenio no. 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio, de 1930; convenio no. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957; convenio no. 100 sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 1951; convenio no. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1973; convenio no. 130 sobre la edad mínima de admisión al empleo, de 1973 y el convenio no. 182 sobre las peores formas del trabajo infantil de 1999.

<sup>447</sup> Ejemplo de ello es una decisión del Comité de Libertad Sindical de la OIT en la que observa que el Convenio no. 87 sobre libertad sindical reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes y que, por tanto, *todos* los trabajadores están amparados por este instrumento (con la excepción prevista en el art. 9 del Convenio, para las fuerzas armadas y policía). Comité de Libertad Sindical, *Informe del Comité de Libertad Sindical no. 327. Caso no. 2121 (España), 2001*, Queja contra el Gobierno de España presentada por la Unión General de Trabajadores en España, párr. 562. Disponible en:

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=0320023272121@ref>.

objetivo de la OIT al adoptar instrumentos sobre estos trabajadores es doble: por un lado, reglamentar las condiciones de la migración y, por otro, proteger a estas personas como una categoría muy vulnerable de trabajadores.<sup>448</sup> Así, su acción normativa se concentra principalmente en dos direcciones: en la consagración del derecho a la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en el campo de la seguridad social, al mismo tiempo que trata de instituir un sistema internacional de conservación de los derechos adquiridos y en curso de adquisición para los trabajadores que trasladan su residencia de un país a otro;<sup>449</sup> y en la búsqueda de soluciones globales a los problemas con que se enfrentan en particular estos trabajadores, adoptando instrumentos a ese efecto.<sup>450</sup>

#### 4.10.1 El convenio no. 97 y la Recomendación no. 86<sup>451</sup>

Este convenio tiene su origen en los trastornos de la Europa de posguerra y en el deseo de facilitar el desplazamiento de los excedentes de mano de obra de este continente hacia otras partes del mundo.<sup>452</sup> Consta de 12 artículos y tres anexos y se enfoca en la reglamentación de las migraciones y la igualdad de trato entre migrantes y nacionales. En este convenio se considera como trabajador migrante a toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por cuenta propia. Quedan excluidos los trabajadores fronterizos, la entrada, por corto período, de artistas y personas que ejerzan una profesión liberal y la gente de mar (art. 11.1-2).

---

<sup>448</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, 1999, *op.cit.*, nota 444, párr. 34-35.

<sup>449</sup> A esos efectos, se han adoptado 4 convenios y 2 recomendaciones: el convenio no. 19 y la recomendación no. 25 sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), de 1925; el convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes no. 48, de 1935; el convenio sobre la igualdad de trato no. 118 (seguridad social), de 1962; y el convenio no. 157 y la recomendación no. 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, respectivamente de 1982 y 1983. Consúltense los textos de los convenios señalados en: <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>.

<sup>450</sup> En 1926 se adoptó el convenio sobre la inspección de los emigrantes no. 21 y la recomendación sobre la protección de los emigrantes a bordo de buques no. 26; en 1939, el convenio no. 66 y la recomendación no. 61 sobre los trabajadores migrantes, así como la recomendación sobre los trabajadores migrantes no. 62 (colaboración entre estados); en 1947, el convenio no. 82 sobre política social (territorios no metropolitanos). Sin embargo, el convenio no. 66 nunca entró en vigor por falta de ratificaciones, por lo que en 1949 se procedió a su revisión, año en el que se adoptaron el convenio no. 97 y la recomendación no. 86 sobre los trabajadores migrantes (revisados). En 1955, la Conferencia adoptó la recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes no. 100 (países insuficientemente desarrollados); en 1958, el convenio no. 110 y la recomendación no. 110 sobre las plantaciones; en 1962, el convenio no. 117 sobre política social (normas y objetivos básicos). Finalmente, en 1975, la conferencia completó los instrumentos de 1949 por medio de la adopción del convenio no. 143 y de la recomendación no. 151 sobre los trabajadores migrantes). Consúltense los textos de los convenios señalados en: <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>. Véase una reseña de los convenios no. 21, 66 y 100 en Hasenau, Michael, ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, Special Issue: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, p. 690-692, 694.

<sup>451</sup> El Convenio no. 97 y la Recomendación no. 86, sobre los trabajadores migrantes, fueron adoptados en Ginebra el 1 de julio de 1949. El Convenio no. 97 entró en vigor el 22 de enero de 1952. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 49 Estados. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>.

<sup>452</sup> Hasenau, Michael, 1991, *op.cit.*, nota 450, p. 692-693.

Entre las medidas encaminadas a reglamentar las migraciones destacan la del artículo 1 que dispone que los Estados que ratifiquen el Convenio se comprometen a poner a disposición de la OIT y de cualquier otro miembro interesado informaciones sobre su política y legislación nacionales de emigración e inmigración; las disposiciones relativas al movimiento de trabajadores migrantes y a sus condiciones de trabajo y vida; y los acuerdos generales y arreglos especiales en estas materias. Este intercambio de informaciones debe ir acompañado de la colaboración de su servicio del empleo y de los demás servicios relacionados con las migraciones (art. 7).

Por otro lado, el Convenio contiene diversas disposiciones generales de protección de los trabajadores migrantes, tales como la obligación de los Estados de mantener un servicio gratuito apropiado de información y ayuda a los migrantes (art. 2); tomar medidas contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir a error (art. 3.1); dictar disposiciones con objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes (art. 4); mantener servicios médicos apropiados (art. 5); y permitir la transferencia de las ganancias y economías de los trabajadores migrantes (art. 9). Asimismo, prohíbe la expulsión de los migrantes admitidos permanentemente en caso de enfermedad o accidente sobrevenido que los incapacite para trabajar (art. 8.1).

Por otro lado, con objeto de garantizar a los trabajadores migrantes regulares la igualdad de trato, el artículo 6 prohíbe las desigualdades de trato entre trabajadores migrantes y trabajadores nacionales que puedan derivarse de la legislación y de la práctica de las autoridades administrativas en cuatro ámbitos: condiciones de vida y de trabajo, seguridad social, impuestos por concepto del trabajo y acceso a la justicia.

El Convenio tiene tres anexos, los cuales, según el artículo 14, pueden ser excluidos de ratificación por los Estados. En caso contrario, tienen el mismo efecto que las disposiciones del Convenio. Los dos primeros anexos tratan de las migraciones por razón de empleo que tienen un carácter organizado, mientras que el tercer anexo regula la importación de efectos personales, herramientas y equipo de los trabajadores migrantes.

Finalmente, la Recomendación no. 86 contiene previsiones para completar las disposiciones del Convenio, especialmente medidas para proporcionar a los migrantes información y ayuda (parte III); para la realización del reclutamiento y la selección (parte IV); para la igualdad de trato en materia de acceso al empleo y la vigilancia de las condiciones de empleo (parte V). Asimismo, tiene disposiciones que protegen a los migrantes contra la expulsión por insuficiencia de recursos del trabajador o la situación del mercado de empleo (parte VI). Además, como anexo a la recomendación, figura un acuerdo-tipo destinado a servir de modelo a los Estados cuando celebren acuerdos bilaterales y que precisa los métodos de aplicación de los principios establecidos por el Convenio no. 97 y la Recomendación no. 86.



#### 4.10.2 El convenio no. 143<sup>453</sup> y la Recomendación no. 151

Este convenio fue adoptado bajo un contexto económico y social internacional muy distinto al prevaleciente cuando se adoptó el Convenio no. 97. Ya no se trataba de facilitar los desplazamientos de los excedentes de mano de obra hacia otras partes del mundo, sino de controlar las corrientes migratorias, en especial las irregulares y luchar contra las actividades de los organizadores de movimientos clandestinos de migración y sus cómplices.<sup>454</sup> Así, sus dos principales objetivos son: 1) regular los flujos migratorios, eliminar la migración clandestina y luchar contra las actividades de tráfico y de trata de personas; y 2) facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida.

El Convenio consta de tres partes. La parte I (art. 1-9) constituye la primera tentativa de la Comunidad Internacional para abordar los problemas relativos a las migraciones clandestinas y al empleo ilegal de migrantes. Así, el artículo 1 obliga a respetar los 'derechos humanos fundamentales' de *todos* los trabajadores migrantes. Tales derechos, a pesar de no estar definidos en el Convenio, han sido señalados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones como los derechos humanos contenidos en la DUDH, en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en la CIDTM y en la Declaración de la OIT de 1998, que son instrumentos que no operan sobre la base de la reciprocidad.<sup>455</sup> Así, el trabajador migrante nacional de un Estado que no hubiera ratificado los convenios puede invocar su aplicación en un Estado que sí haya ratificado el instrumento. De este modo, se trata de afirmar, sin poner en tela de juicio el derecho de los Estados a regular las corrientes migratorias, el derecho de *todos* los trabajadores migrantes a ser protegidos en sus derechos fundamentales, sean regulares o irregulares.<sup>456</sup>

El Convenio señala la obligación de los Estados miembros de luchar contra la migración irregular a través de la adopción de medidas para determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran migrantes irregulares y 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).

Asimismo, los Estados miembros están obligados, si es necesario en colaboración con otros Estados Miembros interesados, a suprimir y sancionar las migraciones clandestinas y el empleo ilegal de migrantes, así como a castigar a los organizadores de movimientos

---

<sup>453</sup> El Convenio no. 143 y la Recomendación no. 151, sobre los trabajadores migrantes, fueron adoptados en Ginebra el 24 de junio de 1975. El Convenio no. 143 entró en vigor el 9 de diciembre de 1978. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 23 Estados. Información disponible en:

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

<sup>454</sup> Hasenau, Michael, 1991, *op.cit.*, nota 450, p. 694-695.

<sup>455</sup> Taran, Patrick; Geronomi, Eduardo, Globalization, Migration and Rights, Protection is Paramount, *Perspectives on Migration*, No. 3, OIT, 2002, p. 13-16; Ndjankou, Djankou, *International Labour Standards: Rights of Non-nationals*, OIT, Junio, 2007, p. 3.

<sup>456</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, 1999, *op.cit.*, nota 444, párr. 95-96.

ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo y a los que empleen<sup>457</sup> a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos.<sup>458</sup> Estas medidas deben tener por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción de justicia sea cual fuere el país que sirve de base a sus operaciones (art. 5).

La parte I contiene ciertas medidas de protección en favor de los trabajadores migrantes que hayan perdido su empleo (art. 8), así como en favor de los que están en situación irregular, quienes podrán disfrutar 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).

La parte II (art. 10-14) tiene por objeto el fomento de la igualdad de oportunidades y de trato, así como la eliminación de toda discriminación en la práctica. A efectos de la aplicación del Convenio, la expresión ‘trabajador migrante’ excluye, además de las categorías especificadas en los instrumentos de 1949, a las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación y a las personas admitidas temporalmente 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).

En el Convenio no.143 se estimó que la eliminación de la legislación o práctica nacionales de disposiciones o medidas discriminatorias no era suficiente debido a que los migrantes son, más que otros trabajadores, víctimas de perjuicios y actitudes discriminatorias en materia de empleo.<sup>459</sup> Por ello, es que los instrumentos de 1975 van más allá, inspirándose en lo dispuesto en el Convenio no. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958. No obstante, se diferencian de él en dos cuestiones: en que la política nacional no sólo debe fomentar sino también *garantizar* la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión a los trabajadores migrantes regulares y sus familiares; y en que la igualdad de oportunidades y de trato se extiende a la seguridad social, a los derechos sindicales y culturales y a las libertades individuales y colectivas (art. 10).<sup>460</sup> El artículo 13, por su parte, alienta a los Estados a facilitar la reunificación familiar de todos los trabajadores migrantes que residan *legalmente* en su territorio.

Merece atención especial el artículo 14, el cual dispone que los Estados podrán:

“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”.

---

<sup>457</sup> Una garantía a favor de los empleadores es que cuando sean objeto de una acción de justicia por emplear migrantes irregulares deberán tener el derecho de establecer la prueba de su buena fe (art. 6.2).

<sup>458</sup> También es de señalarse que las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores deberán ser consultadas acerca de la legislación y las medidas previstas para suprimir las migraciones en condiciones abusivas, y deberá reconocérseles la posibilidad de tomar iniciativas a este respecto. Véanse los artículos 3, 4, 6 y 7.

<sup>459</sup> El convenio no. 97 prohibió las desigualdades de trato, principalmente las que se derivan de la acción de los poderes públicos. Véase, por ejemplo, el artículo 6.

<sup>460</sup> *Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, 1999, op.cit., nota 444, párr. 98.*

Esto es, los Estados podrán limitar el derecho del trabajador de elegir libremente un empleo por un período máximo de dos años y, una vez pasado este tiempo, tendrán que permitirle, sin más limitantes que ciertas categorías de empleos o de funciones, cuando así lo exija el interés del Estado (art. 14, inciso c). Cholewinski nota que esta disposición ha sido de las más problemáticas del Convenio y de las que ha impedido que tenga una mayor aceptación, pues implica, en cierto modo, una intromisión en el derecho soberano de los Estados en materias tradicionales como empleo y migración.<sup>461</sup>

Finalmente, la parte III (art. 15-24) comprende las disposiciones finales habituales, entre las que sobresalen las del artículo 16, que disponen que todo Miembro que ratifique el Convenio podrá excluir una de las dos primeras partes de su aceptación, lo cual no deja de ser criticable puesto que permite a los Estados evadir obligaciones sustanciales respecto a los migrantes. Los trabajos preparatorios muestran que esta disposición fue adoptada para conciliar las posturas de los Estados miembros y los empleadores respecto al principio de igualdad de trato y oportunidades que subyace a la Parte II del Convenio, y poder lograr un alto número de ratificaciones del Convenio.<sup>462</sup>

La Recomendación no. 151, por su parte, precisa las medidas a adoptar para asegurar el respeto del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores migrantes que están legalmente en el territorio de un Estado Miembro y sus nacionales (parte I); define los principios de política social destinados a permitir a los trabajadores migrantes y a sus familias beneficiarse de las ventajas concedidas a los nacionales, tomando en cuenta las necesidades que puedan tener hasta que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado (parte II);<sup>463</sup> y propugna la adopción de normas mínimas de protección, especialmente en caso de pérdida de empleo, de expulsión y de salida del país (parte III).

#### **4.10.3 Los instrumentos de 1949 y 1975 y la migración irregular**

En los instrumentos de 1949 sólo se hace una mención mínima de la migración irregular debido a que aún no era considerada tan problemática como lo es hoy en día. En ese momento, el objetivo era facilitar el desplazamiento de los excedentes de mano de obra de Europa hacia otras partes del mundo. La única referencia explícita a la migración irregular es la que dispone la obligación de los Estados de aplicar sanciones apropiadas a cualquier persona que fomente la inmigración ‘clandestina o ilegal’.<sup>464</sup> Los instrumentos de 1975, por el contrario, fueron influenciados por el crecimiento de la migración irregular de los años 60 y 70. De hecho, la parte I del Convenio no. 143 establece una serie de medidas destinadas a suprimir la migración en condiciones abusivas.

---

<sup>461</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 108-111.

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 100-101. No obstante, con todo y dicha disposición, a febrero de 2011 sólo 23 países lo han ratificado. El Convenio no. 97, por su parte, ha sido ratificado por 49 países:  
<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

<sup>463</sup> Los trabajos preparatorios de estas disposiciones revelan que el objetivo de la OIT era garantizar la financiación de la política social para los trabajadores migrantes por los países de empleo, que son los que más se benefician con el trabajo de los migrantes. Al respecto, véase el párrafo 11 de la recomendación no. 151; Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 97-98.

<sup>464</sup> Véanse los artículos 8 del Anexo II y 13 del Anexo III del Convenio no.97.

De conformidad con el artículo 1 del Convenio no. 143, los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos de *todos* los trabajadores migrantes, incluidos los trabajadores irregulares. Esto en virtud de que en los trabajos preparatorios de los instrumentos de 1975 se consideró que los trabajadores irregulares estaban en una situación de particular vulnerabilidad.<sup>465</sup> Por ejemplo, en cuanto al empleo, es difícil que puedan quejarse acerca de condiciones desfavorables y comúnmente tienen que renunciar a derechos de los que son titulares por miedo a perder su empleo o ser deportados. Por otro lado, en cuanto a vivienda, pasan situaciones muy penosas debido a que no tienen derecho a que el empleador les proporcione vivienda a ellos y su familia, ni a recibir subsidios del Estado; y en cuanto a educación y salud pasan también por situaciones muy difíciles. Sin embargo, la obligación de los Estados es sólo respecto a los derechos fundamentales, no respecto a la igualdad de trato y oportunidades con los nacionales del Estado de empleo, por lo que los migrantes irregulares están excluidos de este derecho consignado en los dos Convenios.<sup>466</sup> No obstante lo anterior, y a diferencia de lo dispuesto por el Convenio no. 97, el Convenio no. 143 contiene disposiciones protectoras de los derechos de los migrantes irregulares.

El artículo 2, por su parte, establece la obligación de los Estados de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores irregulares que se vean sometidos a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional. El artículo 6.1 complementa esta disposición al establecer que se debe castigar el empleo ilegal de trabajadores migrantes, pero no menciona que se debe castigar a los trabajadores irregulares, sino a los empleadores y las personas que ayuden deliberadamente a las migraciones irregulares.

El artículo 9.1, por otro lado, dispone que los trabajadores irregulares gozarán de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios. El objetivo de esta norma es garantizar que los trabajadores migrantes irregulares puedan beneficiarse de los derechos que les confiere el trabajo que hayan efectivamente realizado y prevenir que los empleadores no paguen al trabajador lo efectivamente trabajado bajo pretexto de la ilegalidad del empleo. Esta norma debe leerse conjuntamente con el párrafo 34 de la Recomendación No. 151, el cual amplía los derechos de los migrantes irregulares a remuneraciones y otras prestaciones pendientes, tales como las prestaciones por accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Y según la práctica nacional, tendrán derecho a una indemnización por vacaciones anuales devengadas pero no utilizadas, y al reembolso de las cotizaciones de seguridad social que no den ni hayan dado lugar a derechos en su favor. Sin embargo, dado que las recomendaciones de la OIT no son obligatorias, estos derechos de los migrantes irregulares deben determinarse de acuerdo con la legislación nacional y al principio de igualdad de trato. Asimismo, el artículo 9.2 del Convenio dispone que en caso de controversia sobre los derechos a que se refiere, el trabajador deberá tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por medio de sus representantes; y

---

<sup>465</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 23, p. 132.

<sup>466</sup> Véanse los artículos 6 y 10 de los convenios 97 y 143, respectivamente.

que en caso de expulsión del trabajador o su familia, éstos no deberían correr con los costos de la expulsión.

Los instrumentos de 1975 contienen dos disposiciones relativas a la regularización de los migrantes irregulares. La primera es la del artículo 9.4 que señala que nada en el Convenio impedirá a los Miembros la concesión a las personas que residen o trabajan de manera *ilegal* en el país del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas. Sin embargo, esta cláusula sólo es declarativa por lo que no constituye obligación alguna para los Estados. La segunda disposición es la del párrafo 8 de la Recomendación no. 151, la cual dispone que los Estados deberían tomar una decisión lo más pronto posible para que los trabajadores migrantes irregulares sepan si su situación puede ser regularizada. No obstante, las recomendaciones no son vinculantes para los Estados.

Finalmente, cabe señalar que si bien las medidas establecidas en los instrumentos de 1975 distan mucho de ser un parámetro completo de protección para los migrantes irregulares, fueron los primeros pasos para la protección de este grupo de trabajadores particularmente vulnerable a situaciones de explotación por su condición legal. De hecho, fueron los primeros instrumentos internacionales en otorgarles derechos. Desafortunadamente, los instrumentos de 1975 han sido ignorados por la Comunidad Internacional, particularmente por los países exportadores de grandes flujos de trabajadores migrantes.<sup>467</sup>

---

<sup>467</sup> Por ejemplo, México no ha ratificado ninguno de los dos instrumentos sobre trabajadores migrantes de la OIT. La Misión Permanente de México ante la OIT ha argumentado que la negativa se debe a que dichos convenios resultan obsoletos ante la realidad migratoria actual y no reflejan el avance del debate internacional en la materia, como es el reconocimiento de derechos laborales a todos los trabajadores migratorios, tal y como lo hace la CIDTM, de la que México sí es parte. Véase página web de la Misión Permanente de México ante los Organismos Internacionales con sede en Ginebra: [http://www.sre.gob.mx/oi/zB06c\\_OIT\\_00.htm](http://www.sre.gob.mx/oi/zB06c_OIT_00.htm). Asimismo, y respecto al Convenio no. 143, el Gobierno de México también ha señalado que otro obstáculo es la dificultad que enfrentan las autoridades mexicanas para determinar sistemáticamente los movimientos migratorios en dirección de la frontera norte de México, así como el problema generado por el flujo y tráfico de mano de obra migratoria indocumentada que ingresa a México por la frontera sur. *Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, 1999, op.cit.*, nota 444, párr. 635, 639.



**LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS  
Y LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES:**

**SEGUNDA PARTE. NORMAS REGIONALES**

*Índice*

**A) ÁMBITO AMERICANO**

**5.1 Carta de la Organización de los Estados Americanos**

**5.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

5.2.1 La aplicación de la DADDH a los extranjeros

5.2.1.1 El principio de no discriminación

5.2.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la DADDH a los extranjeros

5.2.1.3 Derechos reconocidos bajo la DADDH a los migrantes irregulares

5.2.2 Obligatoriedad de la DADDH

**5.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos**

5.3.1 La aplicación de la CADH a los extranjeros

5.3.1.1 El principio de no discriminación

5.3.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la CADH a los extranjeros

5.3.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo la CADH

5.3.2 Las obligaciones emanadas de la CADH

5.3.2.1 Respetar y garantizar los derechos reconocidos en la CADH

5.3.2.2 Respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna

5.3.2.3 Adoptar medidas para hacer efectivos los derechos humanos

5.3.2.4 Establecer recursos efectivos

5.3.2.5 Adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales

5.3.3 Suspensión de garantías

5.3.4 Reservas y denuncia de la CADH

5.3.4.1 Reservas

5.3.4.2 Denuncia

**5.4 Protocolo adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Culturales y Sociales**

5.4.1 La aplicación del PSS a los extranjeros

5.4.1.1 El principio de no discriminación

5.4.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación del PSS a los extranjeros

5.4.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PSS

5.4.2 Las obligaciones emanadas del PSS para los Estados Partes

5.4.3 Limitación general de los derechos reconocidos por el PSS

5.4.4 Reservas y denuncia del PSS

**5.5 La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador**

**5.6 Otros instrumentos y acciones**

5.6.1 Instrumentos

5.6.2 Acciones

## **B) ÁMBITO EUROPEO**

### *i. Consejo de Europa*

#### **5.7 Estatuto del Consejo de Europa**

#### **5.8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales**

##### 5.8.1 La aplicación del CoEDH a los extranjeros

###### 5.8.1.1 El principio de no discriminación

###### 5.8.1.2 Limitaciones directas de los derechos de los extranjeros bajo el CoEDH

###### 5.8.1.2.1 Garantías en caso de expulsión

###### 5.8.1.2.2 Libertad de circulación

###### 5.8.1.2.3 Detención de extranjeros para impedir su entrada ilegal en el territorio de un Estado Parte o contra los cuales esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición

###### 5.8.1.2.4 Derechos políticos

###### 5.8.1.2.5 Limitaciones al derecho de propiedad

###### 5.8.1.3 Limitaciones indirectas de los derechos de los extranjeros bajo el CoEDH

###### 5.8.1.3.1 Derechos desprovistos de limitaciones específicas

###### 5.8.1.3.2 Derechos sujetos a limitaciones expresamente definidas

###### 5.8.1.3.3 Derechos sujetos a limitaciones

###### 5.8.1.4 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el CoEDH

##### 5.8.2 Las obligaciones emanadas del CoEDH

##### 5.8.3 Derogación de obligaciones en caso de estado de excepción

##### 5.8.4 Reservas y denuncia del CoEDH

###### 5.8.4.1 Reservas

###### 5.8.4.2 Denuncia

#### **5.9 Carta Social Europea**

##### 5.9.1 La aplicación de la CSE a los extranjeros

###### 5.9.1.1 El principio de no discriminación

###### 5.9.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la Carta a los extranjeros

###### 5.9.1.3 Derechos reconocidos bajo la Carta a los migrantes irregulares

##### 5.9.2 Las obligaciones emanadas de la Carta para los Estados Partes

##### 5.9.3 Restricción general de los derechos reconocidos por la Carta

##### 5.9.4 Suspensión de obligaciones

##### 5.9.5 Reservas y denuncia de la Carta

###### 5.9.5.1 Reservas

###### 5.9.5.2 Denuncia

#### **5.10 Otros instrumentos y acciones**

##### 5.10.1 Instrumentos

##### 5.10.2 Acciones

### *ii. Unión Europea*

#### **5.11 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

##### 5.11.1 La aplicación de la CDFUE a los extranjeros

###### 5.11.1.1 El principio de no discriminación

###### 5.11.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la CDFUE a los extranjeros

###### 5.11.1.3 Derechos reconocidos bajo la CDFUE a los migrantes irregulares

##### 5.11.2 Obligatoriedad de la CDFUE

###### 5.11.2.1 Valor jurídico de la CDFUE

###### 5.11.2.2 La CDFUE a partir del Tratado de Lisboa

###### 5.11.2.3 La aplicación de la CDFUE a Reino Unido, Polonia y República Checa

#### **5.12 Otros instrumentos y acciones**

Conclusión capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares



El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una de las áreas del Derecho Internacional donde el fenómeno del regionalismo tiene una presencia más directa. De hecho, ha sido una fuerza más poderosa que el universalismo en el desarrollo de las organizaciones internacionales, las cuales tienen un papel de suma importancia en la protección y promoción de los derechos humanos y en el buen desenvolvimiento de las relaciones entre los Estados.<sup>1</sup> Las organizaciones internacionales regionales más importantes son las que han establecido mecanismos judiciales para la tutela de los derechos humanos: la europea, la americana y la africana. Debido a que nuestro tema de estudio se enfoca en la práctica europea y americana, en este capítulo se tratarán los instrumentos internacionales de los sistemas americano y europeo de derechos humanos que otorgan protección a los migrantes irregulares.

## A) ÁMBITO AMERICANO

El sistema interamericano de derechos humanos se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual tiene dos protocolos: el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 y el de la Abolición de la Pena de Muerte de 1990. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>2</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup> son los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados en la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>4</sup>

En el sistema interamericano de derechos humanos no se ha adoptado ninguna convención en materia de trabajadores migrantes. Sin embargo, se han adoptado diversos instrumentos relacionados con los derechos humanos que pueden tener alguna disposición importante para nuestro tema de estudio y que van desde la Carta de la OEA, con sus disposiciones relevantes para la protección de los derechos humanos de todas las personas, hasta instrumentos de derechos humanos específicos, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999 y la Carta Democrática Interamericana de 2001.

### 5.1 Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Pearson, Frederic S., Rochester, J. Martin, *Relaciones internacionales: situación global en el siglo XXI*, 4ª ed., trad. de Rodrigo Jaramillo Arango, Santa Fe de Bogotá: McGraw-Hill, 2000, p. 334.

<sup>2</sup> Los artículos 41 de la CADH y 106 de la Carta de la OEA señalan que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) tendrá como función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

<sup>3</sup> El artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece que la CIDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH.

<sup>4</sup> Véase el artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

<sup>5</sup> La COEA fue adoptada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948 en la 9ª Conferencia Internacional Americana. Entró en vigor el 13 de diciembre de 1951, conforme al artículo 145 de la misma. La Carta ha sido reformada por el "Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967, en la 3ª Conferencia

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA) es un instrumento internacional importante: no sólo es un tratado internacional de constitución de un organismo internacional regional, sino también un instrumento que recoge ciertas disposiciones relevantes para el respeto de los derechos humanos en América, lo cual incluye a los migrantes (regulares e irregulares); el principio de no discriminación que debe regir en el hemisferio; y un pequeño listado de derechos, en particular económicos, sociales y culturales, importantes para los migrantes, y que resultan obligatorios para sus Estados Miembros.

Desde el preámbulo, los Estados que han ratificado la COEA y que, en consecuencia, forman parte de la organización regional,<sup>6</sup> se comprometen a respetar los derechos esenciales del hombre. Así, el párrafo quinto dispone “[...] el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente [...] un régimen de libertad individual y de justicia social, *fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”. Cabe señalar que los Estados contraen este compromiso con respecto a *todas* las personas que se encuentren en sus territorios, pues el artículo 16 de la COEA señala que “la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros”.

En apoyo a lo anterior, el artículo 3, inciso 1), contiene la cláusula de no discriminación del instrumento, al mencionar que los Estados Americanos proclaman como uno de sus principios “los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, *nacionalidad*, credo o sexo”. El artículo 45, inciso a), corrobora lo anterior al señalar que “*todos* los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, *nacionalidad*, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”. En el mismo sentido, el artículo 17 indica que los Estados se encuentran obligados a respetar “los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”, lo cual deberá hacerse sin discriminación alguna, de conformidad con las disposiciones anteriores. Como se puede apreciar, la COEA, a diferencia de otros instrumentos universales relevantes para el respeto de los derechos humanos de las personas, señala expresamente como uno de los motivos prohibidos de discriminación la nacionalidad. Es decir, reconoce los derechos humanos a *todas* las personas (al mismo tiempo que establece la obligación correlativa de los Estados Partes de respetarlos) sin hacer ninguna distinción por motivo de su nacionalidad, lo cual es de especial importancia para los migrantes.

---

Interamericana Extraordinaria; por el “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el 14º período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; por el “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el 16º período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; y por el “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el 19º período extraordinario de sesiones de la Asamblea General. A febrero de 2011, la han ratificado 35 Estados americanos. Información en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm).

<sup>6</sup> A este respecto, el artículo 4 señala: “Son miembros de la Organización todos los Estados americanos que ratifiquen la presente Carta”.

La COEA contiene un pequeño listado de derechos económicos, sociales y culturales que los Estados Partes se encuentran obligados a respetar a todas las personas que se encuentren en su jurisdicción: nacionales y extranjeros. Aún más, las disposiciones que contienen estos derechos, como se verá, están redactas en un modo incluyente al usar palabras como “todos”, lo cual deja fuera de dudas su aplicabilidad a los extranjeros. Al respecto, el artículo 34 señala la obligación de los Estados de conseguir como metas básicas: salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para *todos* (g); erradicación del analfabetismo y ampliación, para *todos*, de las oportunidades en el campo de la educación (h); defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica (i); y vivienda adecuada para *todos* los sectores de la población (k).

Asimismo, el artículo 45 establece la obligación de los Estados Partes de aplicar los siguientes principios y mecanismos: *todos* los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, *nacionalidad*, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica (a); el trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar (b); los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva (c); desarrollo de una política eficiente de seguridad social (h); y desarrollo de disposiciones adecuadas para que *todas* las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos (i).

En cuanto al derecho a la educación se refiere, el artículo 49 dispone que la educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a *todas* las otras personas que puedan beneficiarse de ella (a). Es decir, queda fuera de dudas el derecho de los extranjeros a recibirla. Aún más, no se hace ninguna distinción basada en su estatus migratorio. Además, se señala que la educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social (b). Y que la educación superior estará abierta a *todos*, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes. El artículo 50 continúa sentando las bases del derecho a la educación y a la cultura al disponer que: “los Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos”.

En conclusión, los Estados que han ratificado la COEA reconocen que el respeto de los derechos esenciales del hombre es uno de los principios fundamentales de la organización regional y que se encuentran obligados, como miembros de la OEA, a

respetarlos sin discriminación alguna a todas las personas sujetas a su jurisdicción. Aún más, se encuentran obligados a respetar ciertos derechos sociales a todas las personas que resultan esenciales para los migrantes irregulares: el derecho al trabajo y a condiciones aceptables de trabajo, la libertad sindical, el derecho a la vivienda y el derecho a la educación.

## **5.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>7</sup>**

### **5.2.1 La aplicación de la DADDH a los extranjeros**

#### **5.2.1.1 El principio de no discriminación**

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) expone desde sus considerandos el marco de los derechos humanos dentro del hemisferio. Así, en el primero señala: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas [...] *tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre [...]*”. Y en el segundo que “[...] en repetidas ocasiones, 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*”. Es decir, se desliga la noción de los derechos esenciales del hombre (derechos humanos, fundamentales) de la de ciudadano, pues tales derechos son inherentes a las personas por su humanidad, no por su pertenencia a un Estado determinado.

En el mismo sentido, el primer párrafo de su preámbulo señala: “*todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]*”. Y el artículo 2 consagra el principio general de igualdad ante la ley y no discriminación al establecer que “*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*”. De esta forma, se puede afirmar que la DADDH protege a todas las personas por igual, sin importar si son nacionales o extranjeros o si son migrantes regulares o irregulares, si bien cabe hacer algunas matizaciones en cuanto a los derechos que reconoce y su aplicación a los extranjeros.

#### **5.2.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la DADDH a los extranjeros**

Si bien la totalidad de derechos consagrados en la DADDH está redactada de una forma incluyente, al usar palabras como “todo ser humano”, “todas las personas”, “toda persona” o “todo individuo”, hay algunos derechos cuyo ejercicio puede estar limitado a los extranjeros. Así, por ejemplo, el ejercicio de la *libertad de residencia y circulación* (art. VIII) se limita al territorio del Estado del que se es nacional, por lo cual no cabe ejercer tal derecho en un Estado extranjero: sólo los nacionales de un Estado tienen derecho a la libertad de residencia y circulación. El ejercicio del *derecho a la salud* (art. XI) se condiciona “al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Y el ejercicio del *derecho al trabajo* (art. XIV) a lo que permitan “las oportunidades existentes

---

<sup>7</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948 en la 9ª Conferencia Internacional Americana.

de empleo”. Asimismo, el ejercicio de los *derechos políticos* (art. XX) se restringe al país del que se es nacional. Esto es corroborado en el capítulo de deberes de la DADDH, en el cual se establecen los deberes de sufragio en el país del que se es nacional, cuando se esté legalmente capacitada para ello (art. XXXII), y de abstenerse de realizar actividades políticas en un país extranjero (art. XXXVIII).

Finalmente, destacan la cláusula restrictiva del artículo XXVIII que dispone: “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. Y del capítulo relativo a los deberes, el artículo XXXIII que establece el deber de obedecer la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades del país del que se es nacional y *de aquél en el que se encuentre*, lo cual tiene una clara aplicación a los extranjeros.

### 5.2.1.3 Derechos reconocidos bajo la DADDH a los migrantes irregulares

Fuera de las precisiones señaladas en el apartado anterior, los derechos y las libertades contenidos en la DADDH tienen aplicación a todas las personas, incluidos, evidentemente, los migrantes irregulares.

#### *a) Derechos civiles y políticos*

Los derechos civiles y políticos que la DADDH reconoce a todas las personas son los siguientes: derechos a la vida,<sup>8</sup> la libertad<sup>9</sup> y la seguridad de la persona (art. I); a la igualdad ante la ley (art. II); a la libertad de religión (art. III) y de expresión (art. IV); a la protección contra los ataques abusivos a la honra, reputación y vida privada y familiar (art. V);<sup>10</sup> a la residencia y tránsito en el territorio del Estado del cual se es nacional (art. VIII);<sup>11</sup> a la inviolabilidad del domicilio (art. IX) y la correspondencia (art. X); al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. XVII); a la justicia (art. XVIII); a la nacionalidad (art. XIX);<sup>12</sup> a

---

<sup>8</sup> Véanse los siguientes casos relacionados con los derechos a la vida, al acceso a la justicia y a la información sobre la protección consular de migrantes (condena a pena de muerte): CoIDH, Informe de Admisibilidad No.108/00, *Petición 11.753, Ramón Martínez Villareal (Estados Unidos)*, 4 de diciembre de 2000; Informe de Fondo N° 52/02, *Petición 11.753*, 10 de octubre de 2002; Informe de Admisibilidad No. 61/03, *Petición P4446/02, Roberto Moreno Ramos (Estados Unidos)*, 10 de octubre de 2003.

<sup>9</sup> Sobre los derechos a la libertad y protección contra la privación arbitraria de la libertad de migrantes, véase: CoIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 51/01, *Caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos)*, 4 de abril de 2001.

<sup>10</sup> Respecto a los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la honra, a la propiedad, a la protección judicial, libertad de conciencia y de religión y de asociación de migrantes, véanse: CoIDH, Informe de Admisibilidad N° 34/98, *Caso 11.610, Loren Laroye Riebe, Jorge Alberto Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*, 5 de mayo de 1998; Informe de Fondo, N° 49/99, *Caso 11.610, Loren Laroye Riebe, Jorge Alberto Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*, 13 de abril de 1999.

<sup>11</sup> En cuanto a los derechos de residencia y tránsito (negación de autorización para regresar al país de origen), véanse: CoIDH, Informe de Fondo, Resolución N° 56/81, *Caso 5.713, Alberto Texier (Chile)*, 16 de octubre de 1981; Informe de Fondo, Resolución N° 40/79, *Caso 2.777, Thelma King y otros (Panamá)*, 7 de marzo de 1979.

<sup>12</sup> Sobre los derechos a la nacionalidad y a la educación de migrantes irregulares (negación de la nacionalidad a hijas de migrantes irregulares), véase: CoIDH, Informe de Admisibilidad N°. 28/01, *Caso 12.819, Dilcia Yean y Violeta Bosica (República Dominicana)*, 22 de febrero de 2001.

realizar peticiones (art. XXIV); a la protección contra la detención arbitraria (art. XXV);<sup>13</sup> a un proceso regular (art. XXVI);<sup>14</sup> y al asilo en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales (art. XXVII).<sup>15</sup>

En cuanto al derecho de asilo se refiere, cabe recordar el caso de las “*Boat People*”, en el cual varias ONG presentaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en 1990 contra Estados Unidos relativa al “Programa de Interdicción de Emigrantes Haitianos”, que consiste en la interdicción de embarcaciones de haitianos que viajan hacia EE.UU. y en la devolución de sus ocupantes, contra su voluntad, a Haití. Las personas haitianas que viajan en estas embarcaciones se conocen como “*boat people*”. El Programa se fundamenta en la decisión gubernamental de impedir la entrada por mar de personas no autorizadas (migrantes irregulares), por cuanto atenta contra la seguridad nacional, así como en acuerdos celebrados con el gobierno haitiano dirigidos a detener la migración no autorizada. Los peticionarios indicaron que muchas de estas “*boat people*” tenían un temor razonable de ser perseguidos si regresaban a Haití, pero les fue negado un procedimiento para resolver su solicitud de asilo y un adjudicador imparcial en el mismo.

Los peticionarios solicitaron a la CoIDH ordenar la suspensión temporal del Programa de Interdicción, declarar que constituía una violación de los artículos XXVII (derecho de asilo), XXIV (derecho de petición) y XVIII (derecho de acceso a la justicia) de la DADDH, y solicitar al gobierno de EE.UU. que terminara dicho programa, o bien insistir en que se pusieran en práctica procedimientos que garantizaran el derecho de asilo. Adicionalmente, le solicitaron que considerara otros instrumentos de derechos humanos en la determinación de las violaciones alegadas: los artículos 22 (apartados 2, 7 y 8), 24 y 25 de la CADH, de la cual EE.UU. es signatario y respecto a la cual se encuentra obligado a “abstenerse de acciones que pudieran frustrar el objeto y propósito del tratado”, como lo establece el artículo 18 de la CV69. Asimismo, indicaron los artículos 8, 13.2 y 14 de la DUDH y los artículos 3, 16.1 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En el informe de fondo, la CoIDH determinó que EE.UU. interceptó a refugiados y los repatrió sumariamente, sin examinar su estado y sin concederles una entrevista para determinar si reunían los requisitos de la condición de refugiados, violando el artículo

---

<sup>13</sup> Respecto a los derechos a la libertad y protección contra la privación arbitraria de la libertad de migrantes (detención previa a la deportación), véase: CoIDH, Informe de Admisibilidad N° 7/02, *Petición 11.661, Manickavasagam Suresh (Canadá)*, 27 de febrero de 2002.

<sup>14</sup> Sobre los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los migrantes (deportaciones masivas y sumarias y deber de un Estado de presentar una petición por la violación de los derechos de sus ciudadanos en el exterior), véanse los siguientes casos: CoIDH, Informe de Admisibilidad N° 37/01, *Caso 11.529, José Sánchez Guner Espinales y otros (Costa Rica)*, 22 de febrero de 2001; Informe de Admisibilidad N° 89/00, *Caso 11.495, Juan Ramón Chamorro Quiroz (Costa Rica)*, 5 de octubre de 2000; Informe N° 38/99, *Víctor Saldaño (Argentina)*, 11 de marzo de 1999.

<sup>15</sup> Véase el siguiente caso relacionado con los derechos de acceso a la justicia y al asilo de migrantes (procedimiento para solicitar asilo): CoIDH, Informe de Admisibilidad N° 6/02, *Petición 12.071, 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Bahamas (Bahamas)*, 27 de febrero de 2002. Sobre la adopción de medidas cautelares para proteger el derecho de asilo, véase: CoIDH, Informe de Admisibilidad N° 28/93, *Caso 10.675, Ciudadanos Haitianos en República Dominicana (República Dominicana)*, 13 de octubre de 1993.

XXVII de la DADDH. Asimismo, la CoIDH señaló que EE.UU. violó el derecho a la vida y a la seguridad de los refugiados haitianos asesinados y víctimas de agresión por parte de las autoridades haitianas cuando fueron repatriados por las autoridades estadounidenses (art. I DADDH). De otra parte, consideró que el acto de interceptar a los haitianos en alta mar, constituye una violación del derecho a la libertad. Y que Estados Unidos violó el derecho de igualdad (art. II DADDH) con el Programa de Intercepción de Haitianos, si se le compara con las disposiciones aplicables a los nacionales de otros países, quienes en lugar de ser interceptados, son acogidos. También señaló que EE.UU. violó este derecho al negar a los haitianos interceptados una audiencia para solicitar el reconocimiento de su condición de refugiados, mientras a los nacionales de otros países interceptados en alta mar se les conduce a Estados Unidos y se les permite presentar dicha solicitud. La Comisión explicó que la violación del derecho de igualdad se fundamenta en una “diferenciación irrazonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría”.<sup>16</sup>

#### *b) Derechos económicos, sociales y culturales*

Los derechos económicos, sociales y culturales que la DUDH reconoce a todas las personas son: el derecho a la protección de la familia (art. VI),<sup>17</sup> de la maternidad y la infancia (art. VII);<sup>18</sup> a la salud (art. XI); a la educación (art. XII); a la cultura (art. XIII); al trabajo y a una justa remuneración (art. XIV); al descanso (art. XV); a la seguridad social (art. XVI); a la reunión y asociación (art. XXI y XXII); y a la propiedad (art. XXIII);

### **5.2.2 Obligatoriedad de la DADDH**

Se ha discutido sobre el valor jurídico que goza la DADDH, especialmente desde que la CIDH se pronunciase al respecto en su Opinión Consultiva OC -10/89. Esta opinión fue motivada por la consulta de Colombia a la CIDH sobre el valor jurídico de la Declaración y la jurisdicción de la CIDH para interpretarla al amparo del artículo 64 de la CADH.<sup>19</sup> Al respecto, la Corte señaló que si bien la DADDH “no fue concebida ni redactada para que tuviera la forma de un tratado”, no es a la luz del momento de su redacción (1948) que debe ser analizado el estatus jurídico del instrumento internacional, “sino que es preciso

---

<sup>16</sup> Al respecto, véanse los siguientes informes de la CoIDH: Informe de Admisibilidad N° 28/93, *Caso 10.675, Personas Haitianas –Haitian Boat People- (Estados Unidos)*, 13 de octubre de 1993; Informe de Fondo No. 51/96, *Caso 10.675*, párr. 178.

<sup>17</sup> Sobre los derechos a la protección de la familia y al acceso a la justicia de los migrantes (deportaciones y unidad familiar), véase: CoIDH, Informe N° 19/02, *Petición 12.379, Mario Alfredo Lares-Reyes, Vera Allen Frost y Samuel Segura (Estados Unidos)*, 27 de febrero de 2002.

<sup>18</sup> Sobre este derecho, véase *Caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos)*, *op.cit.*, nota 9.

<sup>19</sup> El artículo 64 de la CADH dispone: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

determinarlo en el momento actual, ante lo que hoy es el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”.<sup>20</sup>

En primer término, la CIDH se refirió a la competencia de la CoIDH para velar por los derechos humanos. Señaló que, en la medida en que el artículo 150 de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, se refiere a la Comisión existente en ese momento, con las bases jurídicas que regían su funcionamiento de acuerdo con el Estatuto original de la misma y cuyo artículo 2 entendía por derechos humanos los consagrados en la DADDH, esta reforma dotó indirectamente de fuerza jurídica obligatoria a la citada Declaración. De este modo, la CIDH expresó que los artículos 150 y 112 de la Carta de la OEA atribuyen a la CoIDH la competencia para velar por los derechos humanos, y que estos derechos no son otros que los enunciados y definidos en la DADDH.<sup>21</sup> En consecuencia, respecto de los Estados miembros de la OEA que aún no han ratificado la CADH, la DADDH sirve de marco de referencia en cuanto a lo que debe entenderse por derechos humanos tanto en la Carta de la OEA como en el Estatuto y Reglamento de la Comisión.<sup>22</sup> Respecto de los Estados partes en la CADH, la DADDH complementa, y no disminuye, los derechos consagrados en ella.

En segundo término, la CIDH recordó que la Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la DADDH es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros.<sup>23</sup> Por lo que “los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Corte se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”.<sup>24</sup> Así, para los Estados Miembros de la OEA, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”,<sup>25</sup> y, aunque la DADDH no sea un tratado, no se debe concluir que “carezca de efectos jurídicos, ni que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”.<sup>26</sup> De esta forma, de lo señalado por la CIDH en esta Opinión Consultiva, se sigue que la DADDH es el complemento y la interpretación de la Carta de la OEA y una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Partes de la OEA.

---

<sup>20</sup> CIDH, *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*, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10, párr. 37, 34.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 40-41.

<sup>22</sup> Véanse el artículo 1.2, inciso b), del Estatuto y el artículo 51 del Reglamento de la Comisión.

<sup>23</sup> *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*, *op.cit.*, nota 20, párr. 42.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párr. 43.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párr. 44.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 45.



Asimismo, cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ya se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de la Declaración Americana.<sup>27</sup> Su pronunciamiento cuenta con el respaldo de su propio Estatuto, el cual dispone en su artículo 20, apartado a, que la CoIDH tendrá las siguientes atribuciones en relación con los Estados Miembros de la OEA que no son partes en la CADH: “prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. Así como con lo señalado por el artículo 49 de su Reglamento: “La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en relación a los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. De esta forma, la CoIDH tiene la responsabilidad de velar por la observancia de la DADDH que realicen los Estados Miembros de la OEA.<sup>28</sup>

En cuanto a la doctrina se refiere, la opinión está dividida sobre el carácter vinculante de la DADDH. Por un lado, algunos internacionalistas consideran que el instrumento internacional carece de algún valor legal en el Derecho Internacional. Por ejemplo, Szabo sostiene:

“Debe advertirse que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que precedió a la Declaración Universal y que fue adoptada en Bogotá en 1948 e incluida en un anexo a los documentos de la IX Conferencia internacional de Estados americanos como recomendación, *no tiene ningún valor legal real en el Derecho Internacional* y no puede compararse con la Declaración Universal. En sentido estricto, el valor legal internacional de la Declaración Universal es el mismo que el de aquella y, sin embargo, su importancia y su papel internacional son esencialmente distintos”.<sup>29</sup>

Por otro lado, un amplio sector de internacionalistas americanos y europeos comparte el criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, Tirado señala que la DADDH “a pesar de ser de carácter declarativo, es vinculante para los

---

<sup>27</sup> Al respecto, O'Donnell señala: “La Comisión Interamericana analizó la obligatoriedad de la Declaración en una decisión adoptada en 1981, concluyendo que la Carta de la OEA torna obligatorios, tanto la Declaración Americana de 1948, como el Estatuto y el Reglamento de la Comisión. La respuesta de los Estados al examen de denuncias y a otras investigaciones de la Comisión confirma la obligatoriedad de la Declaración”. O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2ª ed., Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 24.

<sup>28</sup> También para el caso específico de los derechos sociales, la CoIDH ya se ha apoyado en la DADDH para pronunciarse sobre la situación de los derechos humanos en un país: “Sin intentar una descripción completa, debe ser recordado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede, bajo su mandato relacionado con la Declaración Americana de Derechos Humanos, considerar peticiones concernientes a violaciones alegadas de derechos económicos, sociales y culturales y, especialmente desde 1993, sobre los reportes de los países en este campo. Por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales pueden presentarse en el contexto del mandato de la Comisión para revisar el estatus de los derechos humanos en los países individualmente y redactar reportes especiales, incluyendo capítulos específicos de los países en sus Reportes Anuales”. Rosas, Allan, Scheinin, Martin, *Implementation mechanisms and remedies*, en Eide, Asjborn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 450-451.

<sup>29</sup> Szabo, Imre, *Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores*, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984, p. 54.

Estados miembros de la OEA y, por lo tanto, constituye una fuente de obligaciones internacionales para los países miembros, por el solo hecho de serlo”.<sup>30</sup> En el mismo sentido, el profesor Carrillo Salcedo ha manifestado que “la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre enunció las aspiraciones de los Estados americanos respecto de los derechos humanos, y debe ser considerada como una interpretación autorizada de las disposiciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos en la materia, hasta el punto que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la OEA sin integrar sus normas con las correspondientes disposiciones de la Declaración”.<sup>31</sup>

Una postura intermedia se puede encontrar en Fáúndez, quien señala que:

“Si bien la Declaración sostiene, en su preámbulo, que la protección internacional de los derechos humanos debe ser ‘guía principalísima’ del Derecho Americano en evolución, a diferencia de la Carta de la OEA, ella no adoptó la forma de un tratado, por lo que, en cuanto mera Declaración, no resulta vinculante. Según su propio preámbulo, la Declaración fue concebida como ‘el sistema inicial de protección’ que los Estados americanos consideraron adecuado en el momento de adoptarla. Sin embargo, la circunstancia de que la Declaración no tenga, en sí misma, un carácter obligatorio, no significa que el contenido de la Declaración tenga la misma característica y carezca de fuerza jurídica en este sentido, se ha sostenido que muchos de los derechos allí reconocidos tienen la categoría de costumbre internacional o que ella enuncia principios fundamentales reconocidos por los Estados americanos”.<sup>32</sup>

En resumen, aunque la DADDH no es un tratado internacional sujeto a ratificación de los Estados,<sup>33</sup> los órganos de control del sistema interamericano -la Corte y la Comisión-, han interpretado que es una fuente de obligaciones para los Estados Miembros de la OEA en materia de derechos humanos, en razón a su estrecho vínculo con la Carta de la OEA y a la práctica reiterada de los Estados americanos. Por ello, los derechos humanos recogidos en su texto gozan de la obligatoriedad establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### 5.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Tirado Mejía, Álvaro, *Avances, fortalezas y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington D.C.: OEA, 2001, p. 3.

<sup>31</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 62-63.

<sup>32</sup> Fáúndez Ledesma Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, en VV.AA., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión, Tomo II*, San José, Costa Rica: IIDH, 2004, p. 95-96.

<sup>33</sup> Cabe recordar que en la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en la ciudad de México del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945 (Conferencia de Chapultepec), se consideró que, para lograr la protección internacional de los derechos humanos, estos deberían estar enunciados “en una Declaración adoptada en forma de Convención por los Estados”. Sin embargo, la Conferencia de Bogotá optó por una solución diferente, aprobando el texto que comentamos como una mera Declaración y no como un tratado.

<sup>34</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. A febrero de 2011, cuenta con 24 ratificaciones: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.

### 5.3.1 La aplicación de la CADH a los extranjeros

#### 5.3.1.1 El principio de no discriminación

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), al igual que la DADDH, contiene en su preámbulo una afirmación única en cuanto a los derechos fundamentales de las personas, particularmente relevante para los extranjeros:

“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, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.<sup>35</sup>

Esta afirmación es apoyada por el artículo 1.1, el cual consagra el principio de no discriminación, al establecer la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos consagrados en la Convención “*a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,*<sup>36</sup> *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*”.

Si bien no se incluye como motivo prohibido de discriminación la nacionalidad (aunque sí el origen nacional que es distinto), el artículo 1.2 dispone que “para los efectos de la CADH, persona es *todo* ser humano”, conceptualización que reafirma la idea de la universalidad de los derechos humanos y de la prohibición de discriminación<sup>37</sup> con base en la nacionalidad. Aún más, el artículo 24 corrobora esto al proclamar la igualdad de *todas* las personas ante la ley: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

#### 5.3.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la CADH a los extranjeros

Las limitaciones a los derechos de los extranjeros establecidas en la CADH son similares a las dispuestas en los instrumentos universales de derechos humanos ya analizados: la libertad de circulación se restringe a aquellas personas admitidas de modo legal en el Estado de que se trate (art. 22.1); los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo pueden ser expulsados de él en cumplimiento de una decisión

---

<sup>35</sup> Párrafo tercero.

<sup>36</sup> Los proyectos que dieron origen a la Convención contenían la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas “sujetas a su territorio y a su jurisdicción”, pero, en el momento de aprobarse la Convención, sólo se hizo referencia a la jurisdicción. Al optar los Estados por delimitar el campo de aplicación de la Convención a lo que cae bajo su “jurisdicción”, optaron por un criterio amplio que incluye no sólo los actos u omisiones imputables a agentes estatales como violación de obligaciones convencionales realizados o dejados de realizar dentro del territorio, sino que incluye la responsabilidad por actos u omisiones ejecutados, eventualmente, fuera del territorio, pero dentro del campo de jurisdicción del Estado, como podrían ser las actuaciones de un ejército de ocupación o actos perpetrados en un recinto diplomático. Secretaría General de la OEA, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, Washington D.C.: OEA, 1973, p. 236-418.

<sup>37</sup> Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Chile: Universidad de Chile, 2005, p. 11.

adoptada conforme a la ley (art. 22.6); y los derechos políticos se otorgan expresamente a los ciudadanos (art. 23).

En cuanto a los derechos de libertad de conciencia y de religión (art. 12), de pensamiento y de expresión (art. 13), y de reunión (art. 15) y asociación (art. 16) se refiere, si bien la CADH los reconoce a todas las personas, también sujeta su ejercicio a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger “la seguridad, la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.<sup>38</sup> Estos motivos, como se sabe, son amplios y son usados frecuentemente para restringir los derechos de los extranjeros y, aún más, los de aquéllos en situación irregular. Así, en razón de este tipo de cláusulas restrictivas insertadas en la CADH, los derechos de los migrantes en estatus irregular, en los supuestos mencionados, son particularmente vulnerables.

Finalmente, es de notarse lo dispuesto por el artículo 32, el cual contiene una cláusula limitativa de los derechos, al igual que el artículo 29.1 de la DUDH y el artículo XXVIII de la DADDH, puesto que dispone que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Esta cláusula limitativa también recuerda la del artículo 4 del PIDESC.

### 5.3.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo la CADH

#### a) Derechos civiles y políticos

La CADH reconoce los siguientes derechos civiles a *todas* las personas y, por ende, también deben ser reconocidos a los migrantes irregulares: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); a la vida (art. 4);<sup>39</sup> a la integridad personal (art. 5);<sup>40</sup> a la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); a la libertad personal (art. 7);<sup>41</sup> garantías judiciales (art. 8);<sup>42</sup> principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); derecho a ser indemnizado en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial (art. 10); a la protección de la honra y la dignidad (art. 11); derecho de rectificación o respuesta

---

<sup>38</sup> Véanse los artículos 12.3, 13.2 y 15 y 16.2 de la CADH.

<sup>39</sup> Un análisis de este derecho en la CADH puede verse en: García Ramírez, Sergio, La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 114, 2005, p. 1021-1088.

<sup>40</sup> Sobre los derechos de los extranjeros a la integridad personal, a las garantías judiciales de las víctimas y testigos de un proceso ante la CIDH y la privación arbitraria de la nacionalidad, véase: CIDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74.

<sup>41</sup> En relación con los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la circulación y residencia y a la protección judicial de extranjeros (expulsión de sacerdotes), véase: CoIDH, Informe de Fondo, Resolución No. 30/81, *Caso 7.378, Carlos Stetter (Guatemala)*, 25 de junio de 1981.

<sup>42</sup> Respecto a los derechos a la libertad personal y a la información sobre la protección consular de migrantes (migrantes privados de la libertad en el desarrollo de procesos penales), véanse: CoIDH, Informe de Admisibilidad No. 12/02, *Caso 12.090, Jesús Enrique Valderrama Perea (Ecuador)*, febrero de 2002; Informe de Admisibilidad No. 77/03, *Peticiones 12.091 y 172/99, Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Ñiquez, respectivamente (Ecuador)*, 2003. Sobre la regulación de las garantías judiciales en la CADH véase: García Ramírez, Sergio, El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 117, 2006, p. 637-670.

(art. 14); a la protección a la familia (art. 17); al nombre (art. 18); a la igualdad ante la ley (art. 24); y a la protección judicial (art. 25).

Una disposición importante para los extranjeros es la del artículo 22.8, en el cual se afirma que en ningún caso un extranjero podrá ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. Asimismo, resalta el artículo 22.9 que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros (art. 22.9).<sup>43</sup>

Finalmente, destaca el derecho a la nacionalidad consagrado en el artículo 20, el cual dispone que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra” (art. 20.2). Este derecho ha sido analizado tanto por la CoIDH como por la CIDH en el *Caso de las niñas Bosico*, a quienes, en el momento de la presentación de la petición, se les negó la nacionalidad dominicana, pese a haber nacido en territorio dominicano y a que dicho Estado aplica el principio de *ius soli*. Los peticionarios afirmaron que los funcionarios dominicanos responsables del registro civil se negaron a registrar a las menores, aduciendo que sus apellidos eran extranjeros y que sus padres se encontraban en el país sin autorización para ello (migrantes irregulares). El caso primero fue analizado por la CoIDH<sup>44</sup> y, posteriormente, por la CIDH,<sup>45</sup> la cual en su sentencia señaló que República Dominicana violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley (arts. 20 y 24 de la CADH, en relación con los arts. 19 y 1.1), en perjuicio de las niñas Bosico; al igual que sus derechos al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica (arts. 3 y 18 de la CADH, en relación con los arts. 19 y 1.1).

#### *b) Derechos económicos, sociales y culturales*

La CADH se dedica casi por completo a los derechos civiles y políticos, por lo que a los derechos económicos, culturales y sociales les dedica muy poco espacio. De hecho, sólo el artículo 26 aborda expresamente estos derechos, en relación con las normas sobre la materia consagradas en la Carta de la OEA. Esto obedeció a que en el momento de redactarse la CADH se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales ya habían sido incorporados en la Carta de la OEA.<sup>46</sup> En este sentido, el párrafo sexto del

---

<sup>43</sup> Sobre la suspensión de expulsiones masivas para proteger los derechos a la vida, a la integridad personal, a la circulación y residencia y a la especial protección a la niñez y a la familia, véase el caso llevado ante la CIDH, *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*, resoluciones de 18 de agosto de 2000, 14 de septiembre de 2000, 12 de noviembre de 2000, 26 de mayo de 2001, 2 de febrero de 2006 y 8 de julio de 2009. En este caso, fue la primera vez que se puso en acción el mecanismo de medidas provisionales con el fin de: a) frenar las expulsiones masivas de extranjeros; b) requerir a un Estado que se abstuviera de expulsar de su territorio a ciertas personas; c) requerir a un Estado que permitiera el retorno inmediato de ciertas personas a su territorio y d) requerir a un Estado que permitiera la reunificación familiar de ciertas personas.

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°. 28/01, Caso 12.819, *Dilcia Yean y Violeta Bosico (República Dominicana)*, 22 de febrero de 2001.

<sup>45</sup> CIDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130, párr. 260, apartados 2 y 3.

<sup>46</sup> Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, *Revista del Instituto*

Preámbulo de la Convención recuerda que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria aprobó la incorporación a la Carta de la OEA de “normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales”, por lo que la Convención Americana se refiere sólo en términos muy genéricos a los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>47</sup>

A pesar de lo anterior, la CADH recoge algunas disposiciones relevantes para el respeto de los derechos económicos, culturales y sociales de *todas* las personas, incluidos claramente los migrantes irregulares: la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art. 6.1); la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (art. 6.2); la libertad de asociación (art. 16.1); la protección de la familia (art. 17) y los niños (art. 19); y el derecho a la propiedad privada (art. 21).

El artículo 26, por su parte, señala:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.<sup>48</sup>

Al respecto, se pueden identificar como derechos consagrados en la Carta de la OEA a los que les corresponde la aplicación del artículo 26 de la CADH: la prohibición de la discriminación en las relaciones laborales (art. 45); el derecho al trabajo (art. 45); a oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables (34); a un salario justo (art. 34 y 45); a la huelga (art. 45); a la libertad sindical y la negociación colectiva (45); a la seguridad social (art. 45); al reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones (art. 45); a la educación (arts. 34, 49 y 50); a la vivienda (art. 34); al goce de los bienes de la cultura (art. 50); y al bienestar material (art. 45).<sup>49</sup> Cabe señalar que estos derechos se reconocen a *todas* las personas, sin discriminación alguna, pues no establece ninguna diferenciación entre nacionales y extranjeros o migrantes regulares e irregulares.

De esta forma, si bien la CADH no recoge un listado de derechos económicos, culturales y sociales, sí contiene disposiciones relevantes para su protección y una disposición específica para el cumplimiento de estos derechos. Como bien ha señalado Urquilla:

---

*Interamericano de Derechos Humanos*, No. 30-31, 2001, “Edición especial sobre el Fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, p. 264.

<sup>47</sup> Véase la historia del proceso legislativo que llevó a esta decisión en: Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, Costa Rica: IIDH, 2009, p. 107 y ss.

<sup>48</sup> Véase un análisis detallado del artículo 26 de la CADH en: Salmón, Elizabeth, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*, Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo, 2010, 102 p.

<sup>49</sup> Rossi, Julieta, Abramovich, Víctor, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en Martín, Claudia, Rodríguez, Diego, Guevara, José A., (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México: Universidad Iberoamericana, 2004, p. 473-478.

“Desde la concepción original de la Declaración Americana, hasta la Convención Americana, el sistema interamericano se modificó en su dimensión normativa respecto de los derechos económicos, sociales y culturales; y aunque la Convención no contiene, *expressis verbis*, un elenco de derechos económicos, sociales y culturales, sí contiene, por vía de referencia (interconexión normativa) un listado bastante prolijo de estos derechos, al referir a las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Considerar que la Convención es sólo una Convención de derechos civiles y políticos, y que por lo tanto la competencia *ratione materiae* de la Comisión y la Corte se circunscribe sólo a esos derechos, es producto de una lectura incompleta del Pacto de San José, cuando no mal intencionada. No hay duda de que existe una elaboración normativa más desarrollada frente a los derechos civiles y políticos, pero esto no puede conducir -en atención al principio *pro homine*- a conclusiones tendentes a señalar que los derechos económicos, sociales y culturales carecen de protección efectiva en el modelo normativo del sistema”.<sup>50</sup>

### 5.3.2 Las obligaciones emanadas de la CADH

#### 5.3.2.1 Respetar y garantizar los derechos reconocidos en la CADH

El artículo 1.1 de la Convención establece el marco general de las obligaciones de los Estados Partes:

“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”.

Este artículo establece dos importantes obligaciones para los Estados Partes de la CADH: respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce.<sup>51</sup> La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención. Es, por lo tanto, una obligación de abstención. La obligación de garantizar, por el contrario, exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos.

La CIDH analizó exhaustivamente el contenido de la obligación de garantizar en el *Caso Velásquez Rodríguez*. En su sentencia señaló:

“La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, 2001, *op.cit.*, nota 46, p. 266.

<sup>51</sup> CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4, párr. 165-166.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párr. 166.

Además, la obligación de garantizar también incluye la de restablecer al lesionado “en el goce de su derecho conculcado” y reparar las consecuencias de la violación, como lo establece el artículo 63.1 de la CADH,<sup>53</sup> obligaciones que la Corte ha reconocido desde su primera sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez*.<sup>54</sup>

### 5.3.2.2 Respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna

Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, como señala el propio artículo 1.1, deben ser cumplidas sin incurrir en discriminación alguna de las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte. Como Faúndez recuerda:

“En lo que se refiere a los derechos que la Convención estipula, los Estados asumen una doble obligación. En primer lugar, de acuerdo con lo estipulado por el art. 1, párrafo 1, de la Convención, los Estados se han comprometido a ‘respetar’ los derechos consagrados en ella y, en segundo lugar, han asumido el compromiso de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de esos derechos 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*”.<sup>55</sup>

En el contexto de los derechos de los trabajadores migrantes irregulares, la CIDH ha sostenido que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho Internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.<sup>56</sup>

Sin embargo, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte consideró importante hacer referencia a lo señalado por ella en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.<sup>57</sup> En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, ya había advertido que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.<sup>58</sup> Por consiguiente, la

---

<sup>53</sup> El artículo 63.1 dispone: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

<sup>54</sup> *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op.cit.*, nota 51, párr. 166.

<sup>55</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 2ª ed., San José, Costa Rica: IIDH, 1999, p. 81.

<sup>56</sup> CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 88.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 89; CIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párr. 46; *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, párr. 56.

<sup>58</sup> CEDH, *Willis vs. Reino Unido*, demanda no. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002, párr. 39; *Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*, demanda no. 34462/97, sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 46; *Petrovic vs. Austria*, demanda no. 20458/92, sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; *Caso relativo a ciertos aspectos*



CIDH señaló que pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.<sup>59</sup> En este sentido, a juicio de la CIDH, 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 y es 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.<sup>60</sup>

Según la CIDH, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas; esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias que se deben eliminar. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.<sup>61</sup>

Esta obligación estatal encuentra su razón de ser en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de *jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.<sup>62</sup>

### 5.3.2.3 Adoptar medidas para hacer efectivos los derechos humanos

Estrechamente relacionada con las obligaciones de respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce sin discriminación alguna, se encuentra la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos, establecida en el artículo 2 de la CADH:

---

*de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica*, demandas no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10.

<sup>59</sup> OC 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 56, párr. 88-89.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 112.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 104-105.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 149.

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Al respecto, la CIDH ha aclarado que la obligación impuesta por este artículo “implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación de las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.<sup>63</sup>

Una primera consecuencia del artículo 2 de la CADH es que el Estado está obligado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia. Esto es, el Estado está obligado a hacer operativos aquellos derechos que están enunciados de manera tal que el aplicador nacional de la norma no tiene, en el texto del tratado, una opción clara para resolver un caso particular. Una segunda consecuencia es el deber del Estado de adoptar todas las medidas no legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.<sup>64</sup>

#### 5.3.2.4 Establecer recursos efectivos

Otra obligación en cercana conexión con las anteriores es la de establecer recursos jurídicos efectivos que aseguren la protección a *todas* las personas de los derechos reconocidos en la Convención. Esta obligación está consagrada en el artículo 25 de la CADH:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Al respecto, la CIDH ha señalado que el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes,<sup>65</sup> de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. Como señala el juez Trindade:

---

<sup>63</sup> CIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 52, párr. 207.

<sup>64</sup> CIDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73, párr. 87.

<sup>65</sup> CIDH, *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C, No. 56, párr. 121.

“La persistencia de lagunas u obstáculos o insuficiencias del derecho interno implica violaciones de los artículos 25, 1 (1) y 2 de la Convención Americana, en virtud de los cuales los Estados Partes están obligados a establecer un sistema de recursos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes (artículo 25 de la Convención Americana) representa uno de los pilares básicos del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Esta garantía judicial —de origen latinoamericano— no puede ser minimizada, por cuanto su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de este propósito”.<sup>66</sup>

### **5.3.2.5 Adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales**

El artículo 26 de la CADH establece las obligaciones de los Estados Partes en materia de derechos económicos, culturales y sociales:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Como se puede apreciar, esta disposición reconoce los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las normas sobre ese particular en la Carta de la OEA, e impone obligaciones concretas a los Estados partes en la CADH. Cabe recordar que la CIDH ha señalado que si bien para los Estados Partes en la CADH la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, es en principio la propia Convención, no por ello se liberan de las obligaciones que se derivan de la DADDH por ser miembros de la OEA.<sup>67</sup> Esto en virtud de que la propia CADH hace referencia a la DADDH en el párrafo tercero de su preámbulo y en el artículo 29, inciso d), que señala que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la DADDH.<sup>68</sup> Por lo anterior, la Corte ha concluido que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la DADDH contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta de la OEA se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar esta última en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.<sup>69</sup> Al respecto, Pinto recuerda:

“la disposición del artículo 26 de la Convención ha ligado su suerte a la de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos [...], lo que permite inferir que, en principio, *hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto que se suman a las que dimanar de la Declaración Americana*. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general

---

<sup>66</sup> Trindade, Antonio Augusto Cançado, Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, en Méndez, Juan E., Cox, Francisco, (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica: IIDH, 1998, p. 591.

<sup>67</sup> *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*, op.cit., nota 20, párr. 46.

<sup>68</sup> *Ibidem*, párr. 36.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 43.

que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador”.<sup>70</sup>

La obligación de “adoptar providencias” para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA ha sido interpretada del mismo modo que la establecida en el artículo 2.1 del PIDESC. Esto es, que el hecho de que la efectividad de los derechos se prevea progresivamente no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo, sino que, por el contrario, requiere que el Estado tome las medidas necesarias para cumplir con las normas del instrumento internacional. Esta obligación se traduce en cuatro obligaciones específicas para los Estados Partes: a) respetar el principio de no discriminación; b) derogar la legislación interna que no se encuentre conforme con los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA y sustituirla por una legislación acorde con dichos derechos; c) establecer los recursos jurídicos internos efectivos que aseguren la justiciabilidad de los derechos; y d) satisfacer un mínimo del contenido de los derechos sociales contenidos en la Carta de la OEA.<sup>71</sup>

El artículo 26 prevé que la obligación de adoptar providencias será “*en la medida de los recursos disponibles*”, lo cual es una limitante importante respecto de los derechos que implican una erogación por parte del Estado, toda vez que se trata de obligaciones de cumplir. Tal es el caso de los derechos al trabajo, a oportunidades de empleo, a condiciones de trabajo aceptables, a un salario justo, a la seguridad social, a la educación, a la vivienda, al bienestar material, y al goce de los bienes de la cultura. Eso sí, no se debe olvidar que los Estados Partes se encuentran obligados a garantizar los niveles mínimos de cada uno de ellos. En el caso de los demás derechos se trata más de obligaciones de respetar y garantizar que no se encuentran condicionadas o limitadas a los recursos disponibles, por lo que no existen impedimentos para su aplicación inmediata por parte de los Estados. Este es el caso de los derechos a la prohibición de la discriminación en las relaciones laborales, a la libertad sindical, a la negociación colectiva, a la huelga y al reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones.

En cuanto al *carácter progresivo* de la realización de los derechos se refiere, la CIDH ha acotado su significado en el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. En este caso, la CoIDH y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la CADH en virtud de que el Estado redujo el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, incumpliendo, en consecuencia, con su deber de procurar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, ya que no les garantizó el desarrollo progresivo de su derecho a la pensión. Sin embargo, la Corte sostuvo que toda vez que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva, su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de esos derechos en general sobre el conjunto de la población, teniendo

---

<sup>70</sup> Pinto, Mónica, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 40, 2004, “Edición especial sobre Derechos económicos, sociales y culturales”, p. 35.

<sup>71</sup> Al respecto, véase la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al artículo 2.1 del PIDESC: *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Observación General No. 3, de 14 de diciembre de 1990, E/1991/23, párr. 9.

presentes los imperativos de la equidad social, y no en la función de las circunstancias de un grupo limitado de personas, no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente. Por ello, al ser evidente que esto es lo que ocurría en el presente caso, la Corte desestimó la solicitud de los peticionarios.<sup>72</sup>

De esta forma, de acuerdo con lo señalado por la CIDH, la progresividad de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se materializa en su creciente cobertura sobre el conjunto de la población, bajo el marco de la equidad social, y no se mide en función de la situación particular de cierto grupo o de un individuo.

Cabe señalar que esta interpretación no ha estado exenta de críticas. En el propio seno de la Corte, el juez Sergio García Ramírez expresó en su voto particular que esta decisión tiene el efecto de limitar considerablemente el alcance de los derechos individuales reconocidos bajo el marco del artículo 26. Al recordar lo señalado por la CIDH de que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”, García Ramírez entiende que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste. Recuerda que la CADH constituye, precisamente, una normativa sobre derechos humanos y no un mero catálogo de obligaciones generales de los Estados. En consecuencia, la existencia de una dimensión individual de los derechos humanos sustenta la denominada “justiciabilidad” de aquéllos, que ha avanzado en el plano nacional y que tiene un amplio horizonte en el internacional.<sup>73</sup>

Rossi y Abramovich también han manifestado su desacuerdo con el pronunciamiento de la CIDH:

“Tal interpretación no puede inferirse del texto de la norma, ya que no hay mención alguna a la verificación de una situación generalizada para que se configure el supuesto de regresividad. Por ello creemos equivocado excluir el alcance de la norma aquellos casos que afectan a un sector determinado de la población, e incluso, a víctimas individuales. Es obvio que los supuestos de violaciones de derechos sociales pueden presentarse tanto en el plano individual como colectivo y en algunas oportunidades como afectaciones de toda la población. A nuestro entender, el cumplimiento de la obligación de no regresividad debe medirse precisamente en situaciones particulares las que, por otra parte, podrán comprender la afectación de derechos de grupos determinados o en ocasiones de toda la población. De lo contrario, la aplicación de esta norma se vería notablemente restringida, contrariando su letra y espíritu y dejando un amplio margen a los estados para adoptar disposiciones peyorativas que afecten a grupos específicos o a víctimas individuales. Por lo demás, la interpretación efectuada por la corte no se compadece con los estándares que vienen desarrollando el comité y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales lo que no está dentro de su limitada competencia”.<sup>74</sup>

### 5.3.3 Suspensión de garantías

---

<sup>72</sup> CIDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 146, 147, 148.

<sup>73</sup> Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, apartado 3 “Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. También véase el voto del juez Roux Rengifo.

<sup>74</sup> Rossi, Julieta, Abramovich, Víctor, *op.cit.*, nota 49, p. 468-469.

La CADH contempla en su artículo 27.1 la suspensión de las obligaciones contraídas en la Convención en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. No obstante, el párrafo 2 establece: “la disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de no retroactividad de la ley); 12 (libertad de conciencia y religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

La CIDH se ha pronunciado sobre la suspensión de garantías bajo el artículo 27 de la Convención en su Opinión Consultiva “*El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, en la cual señaló que “del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de derechos’ ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”.<sup>75</sup> La CIDH resaltó que la suspensión de garantías puede ser el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Por lo que, “la suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone de límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.<sup>76</sup> Finalmente, la CIDH concluyó que “lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”.<sup>77</sup>

Otros autores, sin embargo, interpretan el referido artículo de manera distinta a la CIDH. Por ejemplo, Faúndez señala:

“A pesar de lo ya expresado por el tribunal, nos parece que, en términos prácticos, esta medida se traduce en la suspensión tanto de los derechos consagrados en la Convención, así como de los medios idóneos para asegurar el ejercicio de esos derechos —es decir, las garantías— que, en cada caso, ella misma señala. En este sentido, conviene observar que, aunque el capítulo IV de la Convención se titula ‘Suspensión de garantías, interpretación y aplicación’, y el art. 27 de la misma indica, en su encabezado, que se refiere a la ‘suspensión de garantías’, el párrafo 1 de la disposición que comentamos autoriza a los Estados para que suspendan el cumplimiento de las ‘obligaciones’ que han contraído en virtud de la Convención. Asimismo, debe observarse que —de acuerdo con el art. 1— las obligaciones asumidas por los Estados implican tanto el ‘respeto’ como la ‘garantía’ de los derechos consagrados en la Convención; además, el párrafo 2 del art. 27 se refiere a los ‘derechos’ que no se pueden suspender, y el párrafo 3 del mismo artículo menciona que el Estado debe

---

<sup>75</sup> CIDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8, párr. 18.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párr. 20.

<sup>77</sup> *Ibidem*, párr. 21.

informar sobre las ‘disposiciones’ cuya aplicación haya suspendido, lo que obviamente afecta a la vigencia de los derechos consagrados en esas disposiciones y no la mera garantía de los mismos”.<sup>78</sup>

En resumen, se pueden suspender los derechos humanos consagrados en la CADH, con la salvedad de los derechos que establece el propio artículo 27, pero bajo circunstancias muy especiales, dentro de las cuales no cabría dejar sin efecto, por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre o sus formas análogas, protecciones de suma importancia para los migrantes irregulares.

### 5.3.4 Reservas y denuncia de la CADH

#### 5.3.4.1 Reservas

La CADH permite la formulación de reservas a su texto en su artículo 75: “Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”. De esta forma, la regulación de las reservas a la CADH se encuentra contenida en los artículos 19 a 23 de la CV69.

La CIDH se ha pronunciado sobre el tema en su Opinión Consultiva sobre “*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*”, en la cual ha interpretado que los incisos a) y b) del artículo 19<sup>79</sup> de la CV69 resultan inaplicables porque la CADH no prohíbe las reservas, ni tampoco especifica las que son permitidas. Por ello, los Estados Partes pueden formular “cualquier reserva que ellos quieran hacer, siempre y cuando ésta no sea *incompatible con el objeto y fin*’ del tratado”.<sup>80</sup> Asimismo, la CIDH señaló que los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 20<sup>81</sup> de la CV69 resultan inaplicables para la aceptación y objeción de las reservas dentro de la CADH.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, 1999, *op.cit.*, nota 55, p. 89

<sup>79</sup> El artículo 19 de la CV69 señala: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva este prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

<sup>80</sup> CIDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2, párr. 22.

<sup>81</sup> El los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 20 de la CV69 disponen: “2. Cuando del numero reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes. 3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en el se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización 4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa: a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado sí el tratado ya esta en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados: b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria; c) un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante”.

<sup>82</sup> *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, *op.cit.*, nota 80, párr. 27, 34.

Subrayó que las reservas en la CADH “se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y, consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte”.<sup>83</sup> Esto no impide el legítimo interés de los Estados Partes en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la CADH, recurriendo a los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquélla.<sup>84</sup>

En conclusión, un Estado puede formular una reserva a la CADH en el momento de la ratificación o adhesión del instrumento internacional, siempre que dicha reserva no sea incompatible con su objeto y fin, por ejemplo no caben las reservas contra la prohibición de la esclavitud y la servidumbre o la prohibición de la discriminación. Asimismo, las reservas no requieren aceptación de ningún otro Estado Parte de la CADH.

El hecho de que en la CADH, a diferencia por ejemplo de los Pactos de Nueva York de 1966, se haya permitido la formulación de reservas a su contenido y, aún más, bajo la regulación de la CV69 ha sido criticado. Por ejemplo, Trindade señala que los tratados de derechos humanos establecen un régimen objetivo público internacional con el cual es incompatible la formulación de reservas. Si se permiten las reservas, los Estados pueden dar su propia interpretación del instrumento internacional con las reservas que formulen, esperando que no sean objetadas para que la disposición convencional no se les aplique.<sup>85</sup> Además, la regla de que la reserva no puede ser incompatible con el objeto y fin del tratado es confusa porque si un Estado objeta una reserva bajo ese criterio, la reserva no se aplica para dicho Estado pero se mantiene respecto a los demás Estados que no la han objetado.<sup>86</sup> De hecho, la CV69 no señala quién es el órgano competente para pronunciarse sobre la compatibilidad o no de una determinada reserva con el objeto y fin de un tratado.<sup>87</sup> En consecuencia, “llegará un momento en que ese sistema va a mostrarse insostenible porque genera tanta iniquidad, tanta diferenciación entre las obligaciones de los Estados Partes Contratantes, que va haber necesidad de una reevaluación del sistema de las dos Convenciones de Viena de 1969 y de 1986”.<sup>88</sup>

#### 5.3.4.2 Denuncia

Nuevamente, a diferencia de los Pactos de Nueva York de 1966, la CADH permite su denuncia en su artículo 78:

“1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 35.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párr. 38.

<sup>85</sup> Trindade, Antonio Augusto Cançado, La protección de los derechos humanos en el Sistema de la Organización de Estados Americanos y el derecho interno de los Estados, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres*, San José, Costa Rica: IIDH, 1996, p. 118-119.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 119-120.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 120-121.



2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

Esto es, se acepta la denuncia de la CADH, pero una vez transcurridos cinco años desde la fecha en que la Convención haya entrado en vigor para el Estado denunciante y mediante un preaviso de un año. Eso sí, la denuncia no tendrá el efecto de liberar al Estado Parte de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención respecto de todo hecho ocurrido antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia.

Cabe señalar que ya se han producido dos casos relacionados con el tema: por un lado, la denuncia de la CADH presentada por Trinidad y Tobago, y, por otro, el fracasado retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana presentado por Perú.

a) *Trinidad y Tobago* presentó su denuncia de la Convención el 26 de mayo de 1998, argumentando que las dificultades para cumplir las exigencias sobre la imposición de la pena de muerte que se le habían formulado terminarían frustrando la ejecución de esta pena legal, conforme se castiga en su ordenamiento interno por el delito de homicidio.<sup>89</sup> Al respecto, la CIDH señaló que, toda vez que el retiro de Trinidad y Tobago de la Convención inició sus efectos un año después de la fecha de notificación, los hechos ocurridos con anterioridad a dicha fecha y que habían sido denunciados por la CoIDH ante la Corte sí generaban efectos para dicho Estado.<sup>90</sup> Es decir, la presentación de la denuncia no impidió que la CoIDH y la CIDH siguieran ejerciendo sus competencias sobre hechos ocurridos antes de la fecha en que surtiera efectos dicha denuncia.

b) *Perú* presentó su retiro “con efecto inmediato” de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la CIDH el 16 de julio de 1999. La CIDH se pronunció al respecto en su sentencia de competencia del “*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*” de 1999, en la cual señaló que “la única vía de que dispone el Estado Parte para desvincularse del sometimiento de la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo; si esto ocurriera, dicha denuncia se produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año”.<sup>91</sup> Esto es, sólo cabe la denuncia o el retiro sobre la integridad del instrumento y no sobre partes o cláusulas del mismo, además de que dicha denuncia o dicho retiro no puede tener un efecto inmediato, sino que debe cumplirse el preaviso de un año previsto por el

---

<sup>89</sup> Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Cabe señalar que Trinidad y Tobago también denunció el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP que establece el procedimiento de control de denuncias por violaciones del PIDCP ante el Comité de Derechos Humanos. Posteriormente, se volvió a adherir a éste con la reserva según la cual el Comité no puede estudiar las peticiones de sus ciudadanos condenados a muerte. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-5&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en).

<sup>90</sup> CIDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94, párr. 13.

<sup>91</sup> CIDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55, párr. 39. La Corte también apoyó su pronunciamiento en el artículo 44.1 de la CV69, el cual dispone: “El derecho de una parte, previsto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto”.

artículo 78 de la Convención.<sup>92</sup> Por lo anterior, la CIDH declaró inadmisibile el pretendido retiro de Perú de la competencia contenciosa de la Corte.<sup>93</sup>

En resumen, un Estado Parte de la CADH sólo puede denunciar la integridad y no partes del instrumento regional y dicha denuncia o retiro producirá sus efectos hasta que haya pasado el preaviso de un año.

#### **5.4 Protocolo adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Culturales y Sociales<sup>94</sup>**

El Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Culturales y Sociales, o “Protocolo de San Salvador” (PSS), fue adoptado de conformidad con el artículo 31 de la CADH que dispone: “Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 26 y 77”. La razón para su adopción fue que se razonó que se requería un Protocolo adicional a la Convención que incluyese los derechos económicos, sociales y culturales porque existían agudos problemas de protección.<sup>95</sup>

Al respecto, el PSS señala en su preámbulo: “teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean *reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos* [...]”.<sup>96</sup> Y al reconocer la interdependencia entre los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, señala que ambas 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”.<sup>97</sup>

De este modo, la adopción del PSS obedeció principalmente a los problemas de protección existentes respecto a esos derechos en el hemisferio. Como Trindade ha manifestado: “El respeto de estos derechos [económicos, sociales y culturales] [estaba] desprovisto de un sistema eficaz de control, por cuanto las disposiciones de la Carta de la OEA no tenían como objeto la protección o la garantía de los derechos humanos, sino más bien a definir para los Estados miembros objetivos y líneas de conducta en materia económica, social y

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, párr. 50.

<sup>93</sup> Posteriormente, al retornar la democracia al gobierno peruano, dicho Estado presentó un escrito en 2001 en el que reconocía la competencia contenciosa de la Corte y retiraba el escrito con el cual había pretendido retirar su competencia. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.

<sup>94</sup> El Protocolo de San Salvador fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. A febrero de 2011, 15 Estados americanos lo han ratificado: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>.

<sup>95</sup> Al respecto, véanse: CoIDH, *Informe anual 1983-1984*, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10, del 28 de septiembre de 1984, Capítulo V-II párr. 9, C; CIDH, *Informe anual 1985*, OEA/Ser.L/V/III.12 doc. 13, del 15 de agosto de 1985, p. 18.

<sup>96</sup> Párrafo séptimo.

<sup>97</sup> Párrafo cuarto.

cultural”.<sup>98</sup> Ventura Robles concuerda con ello al señalar que: “la enumeración de algunos derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de la OEA a partir de la adopción del ‘Protocolo de Buenos Aires’ y el concepto de desarrollo progresivo de los mismos, en la medida que los Estados tengan recursos para hacerlo, dejó de lado la protección jurisdiccional y por órganos especiales no jurisdiccionales de los mismos”.<sup>99</sup>

#### **5.4.1 La aplicación del PSS a los extranjeros**

##### **5.4.1.1 El principio de no discriminación**

Al igual que la DADDH y la CADH, el PSS señala en su preámbulo 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, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.<sup>100</sup> De esta forma, la premisa inicial del PSS es proteger a *todas las personas*, independientemente de su nacionalidad; esto es, no importa su condición de nacionales o extranjeros para ser beneficiarios de los derechos reconocidos en el Protocolo, sino la de ser personas humanas.

El principio de no discriminación está consagrado en el artículo 3 del PSS, el cual señala: “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”. A pesar de que no está incluida la nacionalidad dentro de los motivos prohibidos de discriminación, se puede afirmar que este motivo cabe dentro del rubro “o cualquier otra condición social” y que tienen aplicación las regulaciones existentes en el Derecho Internacional sobre la materia, es decir, no cabe la discriminación entre nacionales y extranjeros en el aseguramiento de los derechos humanos, pero sí se pueden hacer distinciones entre ambas categorías de personas que sean objetivas y razonables. Además, se tiene que recordar lo señalado en el preámbulo del PSS, por lo que los migrantes, cualquiera que sea su condición migratoria, están amparados por lo dispuesto en el Protocolo.

##### **5.4.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación del PSS a los extranjeros**

La totalidad de derechos protegidos por el PSS están redactados de una forma incluyente, al usar palabras como “toda persona”. En ninguno de ellos se hace diferenciación entre nacionales y extranjeros o alguna relativa a la condición migratoria de las personas. Por ello, se puede corroborar lo señalado en el apartado anterior de que el PSS protege a todas

---

<sup>98</sup> Trindade, Antonio Augusto Cançado, La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Costa Rica: IIDH, 1994, p. 48.

<sup>99</sup> Ventura Robles, Manuel E., Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 40, 2004, “Edición especial sobre Derechos económicos, sociales y culturales”, p. 130.

<sup>100</sup> Párrafo tercero del Preámbulo.

las personas que se encuentren en el territorio de un Estado Parte y estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

El único derecho del PSS que admite restricciones es el derecho a la libertad sindical (art. 8), el cual, si bien se garantiza a todas las personas, permite que su ejercicio se sujete “a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás”. Estos motivos, como se sabe, son amplios y siempre pueden tentar a los Estados a restringir los derechos de los extranjeros, en particular los de los irregulares. No obstante, no se debe olvidar que este derecho está regulado sin restricción alguna en el Convenio no. 87 de la OIT, el cual ha sido ampliamente ratificado, por lo que cualquier restricción a este derecho deberá tomar en cuenta dicho convenio.

Además, reconociendo que situaciones como la anterior pueden tener lugar, el PSS contiene una disposición en su artículo 4 que protege los derechos económicos, sociales y culturales más allá de su formulación en el instrumento regional, al señalar que: “No podrán restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”. De esta forma, la ausencia de algún derecho dentro del PSS o su formulación en menor grado respecto a la legislación interna o los tratados internacionales vinculantes para el Estado Parte, no autorizan su restricción.

#### **5.4.1.3 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el PSS**

El PSS protege los siguientes derechos económicos, sociales y culturales a todas las personas y, en consecuencia, también a los migrantes irregulares: el derecho al trabajo (art. 6); el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 7), el cual incluye el derecho a una remuneración mínima (a), la libertad de trabajo (b), la promoción en el empleo (c), la estabilidad laboral (d), la seguridad e higiene en el trabajo (e), la prohibición del trabajo nocturno o labores insalubres o peligrosas para los menores de 18 años de edad (f), la limitación de la jornada de trabajo (g), el derecho al descanso (h), las vacaciones pagadas y la remuneración de los días feriados (h); el derecho a la sindicación (art. 8),<sup>101</sup> el cual incluye el derecho a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses (inciso a, párrafo 1), el derecho a la huelga (inciso b, párrafo 2) y a no ser obligado a pertenecer a un sindicato (párrafo 3); el derecho a la seguridad social (art. 9); a la salud (art. 10);<sup>102</sup> a un medio ambiente sano (art. 11); a la alimentación (art. 12); a la educación (art. 13);<sup>103</sup> y a la cultura (art. 14). El PSS también

---

<sup>101</sup> Véase el siguiente caso sobre este derecho: CIDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72.

<sup>102</sup> Sobre violaciones de este artículo, véase el siguiente caso: CoIDH, Informe N° 29/01, *Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros (El Salvador)*, 7 de marzo de 2001.

<sup>103</sup> Respecto a violaciones de este derecho, véase el siguiente caso: CoIDH, Informe N° 39/02, Admisibilidad, *Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM (Brasil)*, 9 de octubre de 2002.

garantiza el derecho a la formación y protección de la familia (art. 15), la niñez (art. 16),<sup>104</sup> los ancianos (art. 17) y los minusválidos (art. 18).

#### 5.4.2 Las obligaciones emanadas del PSS para los Estados Partes

El PSS establece una serie de obligaciones de cumplimiento inmediato para los Estados que ratifiquen o se adhieran a su texto, con el fin de dar cumplimiento a los derechos que reconoce.

##### a) Adoptar medidas

La primera de estas obligaciones la impone el artículo 1, el cual establece la obligación de “adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos” reconocidos en el Protocolo. Cabe señalar que este artículo está inspirado en el artículo 2.1 del PIDESC, por lo que tiene aplicación por analogía lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General no. 3.<sup>105</sup> Sin embargo, la obligación establecida en el PSS tiene algunas diferencias con la establecida en el PIDESC<sup>106</sup>:

En primer lugar, el PSS precisa que se deben adoptar las medidas necesarias para la plena efectividad de los derechos en el orden interno. Si bien el PIDESC menciona la adopción de medidas legislativas, el PSS es más amplio en su formulación porque incluye al orden interno en sus diversos ámbitos.

En segundo lugar, el PSS agrega el grado de desarrollo del Estado Parte como un nuevo criterio a considerar en el cumplimiento de las obligaciones que impone. Aquí también el PSS es mucho más amplio y menos preciso porque se podría interpretar que el grado de desarrollo de un Estado justificaría un grado de incumplimiento en la plena efectividad de los derechos del instrumento regional. Sin embargo, lo correcto sería considerarlo como una limitante y no como una justificación de incumplimiento.

En tercer lugar, el PSS señala que la adopción de las medidas necesarias debe ser conforme con la legislación interna. Esto puede conducir a dos tipos de interpretaciones. La primera consistiría en condicionar la adopción de las medidas necesarias al marco establecido por la legislación interna, es decir, las medidas se adoptarían siempre que no entren en conflicto con la legislación interna. La segunda consistiría en que las medidas necesarias se adopten

---

<sup>104</sup> Véase el siguiente caso relacionado con violaciones de este derecho: CIDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112. También véase la siguiente Opinión Consultiva de la Corte en la que trata sobre el artículo 16 del PSS: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17.

<sup>105</sup> Al respecto, véase lo señalado en la sección 4.4.2 del capítulo 4 de este trabajo.

<sup>106</sup> Canessa Montejo, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 111-112.

conforme a los procedimientos de la legislación interna. Claramente, la primera interpretación estaría en conflicto con las obligaciones exigibles al Estado conforme al PSS, por lo que no es adecuada. El Estado Parte está obligado a que la legislación interna sea acorde con lo dispuesto por el instrumento internacional, lo que puede significar la derogación o modificación de las normas internas existentes o, inclusive, la adopción de nuevas normas para su debida implementación, como lo establece el artículo 2 del PSS. Por ello, no sería coherente condicionar la adopción de las medidas necesarias para la plena efectividad de los derechos del PSS a la legislación interna existente.

*b) Adoptar disposiciones de derecho interno*

La segunda obligación es impuesta por el artículo 2, el cual señala que los Estados deberán adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivos los derechos enunciados en el PSS, si es que su ejercicio no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Esta obligación se complementa con lo señalado en el artículo 1 del PSS. La obligación de adoptar medidas necesarias incluye la adopción de disposiciones de derecho interno que aseguren la efectividad de los derechos recogidos en el PSS. Asimismo, este artículo es similar al artículo 2 de la CADH, por lo que debería seguirse la interpretación que ha formulado al respecto la CIDH. Es decir, que la obligación de adoptar medidas implica, a su vez, dos obligaciones específicas: la supresión de las normas y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación de las garantías previstas en el instrumento regional; y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.<sup>107</sup>

*c) Obligación de no discriminación*

La tercera obligación está impuesta por el artículo 3, el cual señala que los Estados Partes del PSS deberán “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”.

Cabe señalar que la CIDH ha definido la discriminación como “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.<sup>108</sup> Y ha resaltado que la obligación general impuesta por el principio de no discriminación implica tres obligaciones específicas para los Estados Partes. En primer lugar, la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias. En segundo lugar, la obligación de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio. En tercer lugar, la obligación de combatir las prácticas discriminatorias.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op.cit.*, nota 63, párr. 207.

<sup>108</sup> OC 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op.cit.*, nota 56, párr. 84.

<sup>109</sup> *Ibidem*, párr. 88.

En conclusión, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos por el PSS dentro de sus ordenamientos nacionales, lo que puede implicar la derogación o modificación de las normas vigentes para su adecuación al Protocolo o la promulgación de normas. Asimismo, la adopción de estas medidas necesarias incluye la prohibición de introducir regulaciones discriminatorias, eliminar las existentes y especialmente combatir las prácticas discriminatorias.

#### **5.4.3 Limitación general de los derechos reconocidos por el PSS**

A diferencia de la CADH que permite la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de su texto (art. 27), el PSS no considera dicha figura sino que introduce la posibilidad de establecer limitaciones y restricciones en el goce y ejercicio de los derechos. Esto se encuentra regulado en el artículo 5:

“Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

Esto es, cabe formular restricciones y limitaciones a los derechos reconocidos en el PSS, pero se deben cumplir tres condiciones: la restricción o limitación debe ser establecida por una ley; su objetivo deberá ser preservar el bienestar general de la sociedad y no meramente a un interés particular o de grupo; y la ley que restrinja o limite el derecho no debe contradecir su propósito y razón del señalado derecho.

#### **5.4.4 Reservas y denuncia del PSS**

El artículo 20 del PSS regula la realización de reservas de los Estados Partes a su texto: “Los Estados Partes podrán formular reservas sobre una o más disposiciones específicas del presente Protocolo en el momento de aprobarlo, firmarlo, ratificarlo o adherirse a él, siempre que no sean incompatibles con el objeto y el fin del Protocolo”. Esto es, se admiten las reservas, siempre que no sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado, recordando lo señalado al respecto por el artículo 19, inciso c), de la CV69.<sup>110</sup>

En cuanto a la posibilidad de denunciar el PSS se refiere, el Protocolo no contiene ninguna disposición que regule tal situación. Se puede afirmar que se trata de una omisión deliberada en virtud de que, al ser un complemento de la CADH, se distanció de ésta al no regular una materia expresamente normada en la Convención. Por lo anterior, se puede señalar que tiene aplicación lo dispuesto por el artículo 56.1 de la CV69, el cual dispone que si un tratado internacional no ha regulado su denuncia o retiro, no podrá ser objeto de denuncia o retiro, a menos que conste que fue intención de las Partes admitir tal posibilidad o que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. De este modo, al tratarse de una omisión deliberada, la denuncia o retiro del PSS no es aceptada,

---

<sup>110</sup> Véanse las reservas realizadas al PSS en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>.

además, se tiene que considerar que es un tratado internacional que tiene por objeto y finalidad el reconocimiento y la protección de los derechos humanos.<sup>111</sup>

### **5.5 La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador**

El hemisferio americano fue el primero que introdujo a nivel regional los derechos laborales dentro del marco de regulación internacional, al adoptar la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales en la Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1947. La Carta de Garantías Sociales, o también denominada Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, fue adoptada un año antes de la Constitución de la OEA y la DUDH. Este instrumento internacional no sólo fue un importante antecedente en el plano regional, sino también contribuyó a los esfuerzos que se venían implementando en el seno de las Naciones Unidas y de la OIT para regular internacionalmente los derechos laborales.

La Carta consta de 39 artículos y regula casi la integridad de los temas laborales. En su artículo 1 señala:

“La presente Carta de Garantías Sociales tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables. Esta Carta de Garantías Sociales protege por igual a hombres y mujeres. Se reconoce que la superación de tales derechos y el mejoramiento progresivo de los niveles de vida de la comunidad en general, dependen en extensa medida del desarrollo de las actividades económicas, del incremento de la productividad y de la cooperación de los trabajadores y los empresarios, expresada en la armonía de sus relaciones y en el respeto y cumplimiento recíproco de sus derechos y deberes”.

Esta disposición es importante porque ampara a *todos* los trabajadores americanos, lo cual naturalmente incluye a los trabajadores migrantes, independientemente de su condición migratoria. Aún más, señala que los principios que recoge son el mínimo de derechos sociales que deben gozar todos los trabajadores que se encuentren en los Estados Americanos. También establece el principio de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos. Y reconoce el principio de progresividad al establecer que los derechos reconocidos dependen del desarrollo de las actividades económicas, del incremento de la productividad y de la cooperación de los trabajadores y los empresarios, expresada en la armonía de sus relaciones y en el respeto y cumplimiento recíproco de sus derechos y deberes.

En artículo 2 consagra cinco principios básicos, dentro de los cuales destacan: “*todo* trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad” (art. 2.b); “a trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o *nacionalidad del trabajador*” (art. 2.d); “los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o *extranjeros*” (art. 2.e).

---

<sup>111</sup> Véase lo discutido sobre este tema para el caso del PIDCP y el PIDESC en las secciones 4.3.4 y 4.4.4 del capítulo 4 de este trabajo.



La Carta reconoce un conjunto de derechos laborales en el plano individual: la libertad de trabajo (art. 3), la educación para el trabajo (art. 4), el salario mínimo (art. 8), la prima anual (art. 9), la inembargabilidad de las remuneraciones (art. 10), la jornada ordinaria de trabajo de 8 horas diarias o de 48 horas semanales (art. 12), la remuneración extraordinaria por horas extras o trabajo nocturno (art. 12), el descanso semanal remunerado (art. 13), el descanso en feriados (art. 14), las vacaciones anuales remuneradas (art. 15), y la estabilidad laboral relativa (art. 19). En el plano de los derechos laborales colectivos, la Carta recoge los siguientes derechos: la regulación de los convenios colectivos (art. 7), la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas (art. 11), la libertad sindical (art. 26), el fuero sindical (art. 26), y la huelga (art. 27). Asimismo, establece el derecho a la higiene y seguridad en el trabajo (art. 30) y el seguro social obligatorio (art. 31). Finalmente, recomienda que los Estados Americanos constituyan un servicio de inspección de trabajo (art. 35), una jurisdicción laboral (art. 36) y promuevan los medios de solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (ar. 37).

Si bien la Carta Americana de Garantías Sociales no tiene carácter obligatorio, esto no menoscaba su relevancia por reconocer regionalmente los derechos laborales a todos los trabajadores sin discriminación alguna. Se trata de un instrumento internacional que inspira a los ordenamientos internos de los Estados Americanos para que se enmarquen dentro de ese esfuerzo y ha servido de soporte jurídico dentro de los procedimientos de control del sistema interamericano.

## 5.6 Otros instrumentos y acciones

### 5.6.1 Instrumentos

Además de los instrumentos básicos antes analizados y que se refieren a los derechos humanos de las personas en general, y no a un grupo específico como son los trabajadores migrantes, no existe ningún instrumento en el sistema interamericano de derechos humanos que proteja exclusivamente a los migrantes. Sin embargo, conviene destacar los siguientes instrumentos de derechos humanos adoptados en el ámbito interamericano, los cuales pueden tener relevancia para la protección de estas personas.

La *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*<sup>112</sup> establece en el párrafo 4 de su artículo 13 que “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente”. Esto es, se protege a las personas de su extradición o devolución si existe la posibilidad de que sean víctimas de tortura. La *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*<sup>113</sup> dispone en su artículo 9 que los Estados, para erradicar todas las formas

---

<sup>112</sup> Adoptada el 9 de diciembre de 1985 en Cartagena de Indias, Colombia. Entró en vigor el 28 de febrero de 1987. A febrero de 2011, ha sido ratificada por 18 Estados americanos. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>.

<sup>113</sup> Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Entró en vigor el 3 de mayo de 1995. A febrero de 2011, ha sido ratificada por 32 Estados americanos. Información disponible en:

de violencia contra la mujer, deben tener “especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de *migrante*, refugiada o desplazada [...]”. Es decir, se considera que la condición de migrantes de las mujeres es una causa para que sean especialmente vulnerables, situación que deberá ser considerada por los Estados en sus acciones para erradicar la violencia contra la mujer.

La *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*,<sup>114</sup> por otro lado, puede ser relevante para los migrantes discapacitados. Y, finalmente, la *Carta Democrática Interamericana*<sup>115</sup> señala en su artículo 9 que contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana “la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los *migrantes* y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas [...]”. De esta forma, se reconoce que la protección de los derechos humanos de los migrantes es un factor que contribuye al fortalecimiento de la democracia.

### 5.6.2 Acciones

a) *Resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre “Los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias”*. Desde 1997, la Asamblea emite estas resoluciones. La resolución de 2010, AG/RES. 2593 (XL-O/10), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 contiene cuestiones importantes en relación con los trabajadores migrantes irregulares. Por ejemplo, el punto primero exhorta a los Estados “a promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migratorios y sus familias, particularmente las mujeres y los niños, *sin importar su estatus migratorio*, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Asimismo, el punto segundo señala que “[...] los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de las personas migrantes”. De este modo, se trata de proteger los derechos de todos los migrantes, independientemente de su condición migratoria.

El punto quinto reitera categóricamente que “ningún Estado debe tratar como un delito en sí mismo el estatus migratorio de una persona, ni dar pie, por ese solo hecho, a la adopción de medidas de carácter penal o de efecto equivalente”. Asimismo, en el punto sexto se pide a

---

<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>.

<sup>114</sup> Adoptada el 7 de junio de 1999 en la Ciudad de Guatemala. Entró en vigor el 14 de septiembre de 2001. A febrero de 2011, ha sido ratificada por 18 Estados americanos. Información disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-65.html>.

<sup>115</sup> Aprobada en la primera sesión plenaria de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001. Sobre la Carta, en general, véase: Roldán Barbero, Javier, La Carta Democrática Interamericana aprobada el 11 de noviembre de 2001 por la Asamblea General de la OEA, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 54, No. 1, 2002, p. 459-465.

los Estados que, “de conformidad con la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales aplicables de los que son parte, hagan cumplir de manera efectiva la legislación laboral y actúen cuando se infrinja dicha legislación con respecto a las relaciones laborales y condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, entre otras, las relativas a la remuneración y las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo y al derecho a la libertad de asociación”.

Además, cabe señalar que la resolución hace hincapié en dos importantes Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por un lado, en la Opinión Consultiva OC-16/99 en la que se enfatiza el derecho de los migrantes detenidos a ser informados sobre su derecho a comunicarse con sus agentes consulares y, en ese sentido, llama la atención de los Estados sobre este derecho consignado en la CV63 (punto onceavo). Y, por otro, en la Opinión Consultiva OC-18/03, la cual sostiene que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, incluyendo los de carácter laboral” (punto doceavo). Estas dos opiniones consultivas, como se sabe, constituyen unos de los avances jurisprudenciales más progresivos que existen hasta la fecha sobre los derechos de los trabajadores migrantes irregulares, constituyendo, por tanto, una base invaluable para afirmar los derechos de este grupo humano tan vulnerable y marginado.

*b) Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio.* Respondiendo a un pedido específico de la Asamblea General de la OEA,<sup>116</sup> la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría en 1997 con el fin de estudiar la situación de *todos* los trabajadores migratorios, sin importar su condición migratoria, en las Américas desde la perspectiva de los derechos humanos y brindarles una atención especial, dada su vulnerabilidad que propicia que estén especialmente expuesto a violaciones de sus derechos.<sup>117</sup> La Comisión determinó que uno de sus siete Comisionados ejerza como Relator Especial de Trabajadores Migratorios y sus Familias por períodos de cuatro años.

Los objetivos de la Relatoría son generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de *todos* los trabajadores migratorios y sus familias; presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor; elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y temas relativos a la migración en general;<sup>118</sup> y actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos

---

<sup>116</sup> OEA, AG/RES. 1404 XXVI-O/96 y AG/RES 1480 XXVII-O/97.

<sup>117</sup> Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1996*. Sobre los inicios de la Relatoría, véase Saavedra, Pablo, Algunas consideraciones sobre la Relatoría de Trabajadores Migrantes y Miembros de sus familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 29, 1999, p. 153-160.

<sup>118</sup> Véanse los estudios realizados en: <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.estudios.htm>.

humanos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA.<sup>119</sup>

Entre las actividades de la Relatoría se encuentran las siguientes: monitoreo de los desarrollos en materia migratoria en la región y cómo afectan la condición de los trabajadores migratorios y sus familias; promoción y capacitación para organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el área de migraciones; participación en conferencias y foros intergubernamentales en donde se discuten tópicos en materia migratoria; vínculos institucionales con diversas organizaciones internacionales y centros de investigación que trabajan el tema migratorio en las Américas; participación en el proceso de la Opinión Consultiva (OC-18) ante la CIDH;<sup>120</sup> visitas a países miembros de la OEA.<sup>121</sup>

Otra de las actividades de la Relatoría es su participación en el “Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes”,<sup>122</sup> el cual tiene por objeto: “la promoción y la protección de los derechos humanos de los migrantes mediante el desarrollo de acciones de cooperación y mejores prácticas, mediante la integración de acciones concretas en las labores de los órganos, organismos, y entidades de la OEA, y mediante la vinculación de estas actividades con los avances en los Estados miembros, organizaciones multilaterales y de la sociedad civil”.<sup>123</sup> El Programa también establece una serie de objetivos específicos para la protección de los derechos humanos de los migrantes. Éstos abarcan desde el intercambio de mejores prácticas y cooperación entre países de origen, tránsito y destino, hasta la atención a las necesidades especiales de grupos vulnerables de migrantes (tales como niños y niñas, mujeres, indígenas, etc.).

c) *Programa de Migración y Desarrollo (MiDE)*. En 2008 la OEA puso en marcha el MiDE para promover la ejecución de las actividades establecidas en el Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes y por los mandatos de la Comisión Especial de Asuntos Migratorios. El MiDE tiene, entre sus objetivos, “promover la protección de los derechos humanos de los migrantes [...] y facilitar la incorporación social, cultural y económica de los migrantes”. Algunos de los proyectos coordinados por el MiDE son: el combate a la trata de personas; educación para niños y jóvenes migrantes; atención a mujeres migrantes víctimas de violencia en la zona fronteriza de México y Estados Unidos, entre otros.<sup>124</sup>

d) *Opiniones Consultivas 16/1999 y 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

---

<sup>119</sup> Más información en: [http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes\\_funciones.htm](http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes_funciones.htm).

<sup>120</sup> Dentro de este proceso, la Relatoría, junto con la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, elaboró y presentó un dictamen ante la Corte del Informe Anual del 2002.

<sup>121</sup> Algunos de los Estados visitados son: Estados Unidos, Costa Rica, Guatemala, México. Véanse los informes de las visitas en: [http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes\\_informes.htm](http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes_informes.htm).

<sup>122</sup> Véase AG/RES. 1928 (XXXIII-O/03).

<sup>123</sup> Para más información y los antecedentes del Programa, véase:

[http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores\\_migratorios\\_programa\\_interamericano.htm](http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores_migratorios_programa_interamericano.htm).

<sup>124</sup> Al respecto, véase OEA, *El Tema Migratorio en la OEA. Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Gestión de la Migración Internacional*, CEPAL-CELADE, 8 de septiembre de 2010.

1. La OC 16/1999, “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”, ha tenido dos aportaciones muy importantes en materia de los derechos al debido proceso y a la asistencia consular de todos los extranjeros. Por un lado, la CIDH señaló que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 reconoce al detenido extranjero *derechos individuales*, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Asimismo, que dicha disposición concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la *normativa internacional de los derechos humanos*.<sup>125</sup>

Y, por otro lado, “que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) [...] permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho [humano] al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del PIDCP; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”.<sup>126</sup> Como se sabe, si en un caso de pena de muerte no se respetan las garantías del debido proceso legal consignadas en el artículo 14 del PIDCP, puede conllevar a la privación arbitraria de la vida, en violación de este derecho fundamental consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.<sup>127</sup>

A continuación se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la CIDH relevante para el respeto de los derechos de los extranjeros detenidos:

En diciembre de 1997, México presentó a la CIDH una solicitud de opinión consultiva relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular, en el marco de las garantías del debido proceso legal.<sup>128</sup> La solicitud formuló doce preguntas relacionadas con la aplicación del artículo 36 de la CV63 y su relación con los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como su relevancia en los casos de personas condenadas a pena de muerte.<sup>129</sup> El 1 de octubre de 1999, la Corte emitió la Opinión Consultiva OC-16.

La CIDH inició su análisis con definiciones que son particularmente importantes para precisar el contenido y el alcance de la CV63, en la protección y garantía del derecho al debido proceso. El *derecho a la información sobre la asistencia consular* es el derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado sin dilación de su derecho a la notificación consular y a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular, sea transmitida sin demora. El *derecho a la notificación consular* es el derecho del nacional del Estado que envía a solicitar y obtener

---

<sup>125</sup> CIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 141, apartados 1 y 2.

<sup>126</sup> *Ibidem*, párr. 141, apartado 6.

<sup>127</sup> *Ibidem*, párr. 141, apartado 7.

<sup>128</sup> La consulta a la CIDH tiene como antecedente las gestiones bilaterales que México había realizado en favor de algunos de sus nacionales, quienes no habían sido informados oportunamente por el Estado receptor –Estados Unidos– de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América. *Ibidem*, párr. 2.

<sup>129</sup> *Ibidem*, párr. 1-4.

que las autoridades competentes del Estado receptor, informen *sin retraso alguno* sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, a la oficina consular del Estado que envía. El *derecho de asistencia consular* es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional. El *derecho a la comunicación consular* es el derecho de los funcionarios consulares y de los nacionales del Estado que envía, a comunicarse libremente. Ahora bien, el *Estado que envía* es el Estado del cual es nacional la persona privada de libertad. El *Estado receptor* es, por su parte, el Estado en que se priva de libertad al nacional del Estado que envía.<sup>130</sup>

Varios Estados presentaron observaciones escritas a la CIDH. La CoIDH también presentó sus observaciones. De otra parte, individuos y ONG presentaron escritos en calidad de *amici curiae*.<sup>131</sup>

El razonamiento de la CIDH en esta Opinión Consultiva partió de los siguientes supuestos fácticos: tanto el Estado que envía como el Estado receptor son partes de la CV63; tanto el Estado que envía como el Estado receptor son miembros de la OEA; tanto el Estado que envía como el Estado receptor han suscrito la DADDH y el Estado receptor ha ratificado el PIDCP.<sup>132</sup>

En relación con los derechos a la información, a la notificación y a la comunicación y el derecho de asistencia consular y su vínculo con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, la CIDH empieza por reiterar que la interpretación de toda norma debe hacerse de buena fe, conforme con el sentido corriente que debe atribuirse a los términos empleados por el tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin, como lo establece la CV69.<sup>133</sup> En atención a su naturaleza y a su historia legislativa, la CV63 no tiene por objeto otorgar derechos individuales. De hecho, los derechos de comunicación y de notificación consular son, sobre todo, derechos estatales.<sup>134</sup> No obstante, la Corte recuerda que un tratado puede establecer una protección de los derechos humanos, independientemente de su objetivo central.<sup>135</sup> En este caso, a pesar de que el propósito de la CV63 se relacione con el equilibrio en las relaciones consulares entre Estados, puede incluir una norma relativa a la protección de derechos fundamentales.<sup>136</sup>

El derecho de la persona a comunicarse con los representantes consulares del Estado del cual es nacional se encuentra establecido en el artículo 36 de la CV63, sin hacer distinciones en relación con la situación de dichas personas. Esta comunicación tiene varios propósitos, entre ellos proteger los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, prestar ayuda y asistencia a sus nacionales, representarlos y tomar las medidas necesarias

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, párr. 5.

<sup>131</sup> *Ibidem*, párr. 9-14.

<sup>132</sup> *Ibidem*, párr. 42.

<sup>133</sup> *Ibidem*, párr. 72.

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 73-74.

<sup>135</sup> CIDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC- 1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 52, punto primero.

<sup>136</sup> *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *op.cit.*, nota 125, párr. 76.

para su representación judicial ante otras autoridades. La CIDH considera que la norma relativa a la comunicación consular tiene dos funciones: de una parte, reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de los funcionarios consulares y, de otra, reconocer el derecho correlativo del nacional del Estado que envía, de tener acceso al funcionario consular.<sup>137</sup>

Del texto del artículo 36 de la CV63 se desprenden los derechos de la persona extranjera privada de la libertad a ser informada sobre: primero, su derecho a solicitar y lograr que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva y, segundo, su derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, sin dilación. El titular de este derecho es la persona privada de la libertad. Por otra parte y relacionado con esos derechos, el mismo artículo 36 de la CV63 reconoce el derecho de los funcionarios consulares a visitar a su nacional que se encuentre arrestado, detenido o en prisión preventiva, a hablar con él y a organizar su defensa ante los tribunales respectivos. Los funcionarios consulares también tienen el derecho de visitar a sus nacionales que se encuentren arrestados, detenidos o presos en cumplimiento de una sentencia. No obstante, los funcionarios consulares deben abstenerse de intervenir en favor del nacional privado de la libertad, cuando éste así lo solicite. A partir de este análisis, la CIDH concluye que el artículo 36 de la CV63 reconoce a las personas extranjeras detenidas derechos individuales, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.<sup>138</sup>

En ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 36 de la CV63, el Estado puede asistir a la persona en su defensa, nombrando o contratando un abogado, obteniendo pruebas en el país de origen, verificando que tenga una adecuada representación legal y asistiendo al detenido. La comunicación consular se relaciona con la protección de los derechos del nacional del Estado que envía.<sup>139</sup>

De otra parte la CIDH determinó que el cumplimiento del deber estatal correspondiente al derecho a la comunicación consular no está sujeto al requisito de protesta previa del Estado que envía. De igual forma, la CIDH indicó que el derecho a la información sobre la asistencia consular no tiene requisito alguno para su exigibilidad. En cambio, el derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado.<sup>140</sup>

Con respecto al conocimiento del Estado receptor de que tiene a una persona privada de la libertad que es extranjera, la Corte indicó que la identificación del imputado es un requisito indispensable para la individualización penal y es un deber del Estado que lo tiene bajo su custodia. Aún más, teniendo en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad de la persona, la CIDH indicó que el Estado debe informar al detenido los

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, párr. 80.

<sup>138</sup> *Ibidem*, párr. 84.

<sup>139</sup> *Ibidem*, párr. 86.

<sup>140</sup> *Ibidem*, párr. 89-90.

derechos que tiene en caso de ser extranjero, al igual que se le informa sobre otros derechos en razón de la privación de su libertad.<sup>141</sup>

La Corte señaló que la obligación de información no depende de la gravedad de la pena aplicable al delito que da lugar a la privación de la libertad. Con respecto al momento en que debe informarse a la persona detenida sobre sus derechos en caso de ser extranjero, la CIDH recordó que el texto de la CV63 establece que debe informarse “en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades”.<sup>142</sup>

En relación con la interpretación y aplicación de la norma de la CV63 junto con otras normas de instrumentos de derechos humanos, la CIDH empieza su análisis indicando que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.<sup>143</sup> Continúa considerando la situación de los extranjeros sujetos a un proceso penal, concluyendo que la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país puede contribuir a mejorar su defensa y a que las actuaciones dentro del proceso se lleven a cabo conforme a la ley y al respeto de la dignidad humana. La Corte considera que el derecho a la información consular debe “ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”.<sup>144</sup>

Partiendo del principio general de Derecho Internacional del deber de los Estados de dar cumplimiento a las obligaciones de un tratado de buena fe (*pacta sunt servanda*) y tomando como precedentes decisiones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas relativas a la aplicación de la pena de muerte (en las cuales ese Comité sostuvo que, cuando se encuentren violaciones de las garantías del debido proceso se viola también el derecho a la vida si la pena es ejecutada), la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información sobre la protección consular al detenido extranjero, afecta las garantías del debido proceso legal y, en esas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”.<sup>145</sup>

2. La OC 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, tuvo dos importantísimas aportaciones en materia de derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares. La primera, la categorización del principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*.<sup>146</sup> Y la segunda, estrechamente ligada a la anterior, que los trabajadores migrantes irregulares, independientemente de su estatus migratorio, son titulares de derechos humanos laborales una vez que han entablado una

---

<sup>141</sup> *Ibidem*, párr. 94, 96.

<sup>142</sup> *Ibidem*, párr. 99-102.

<sup>143</sup> *Ibidem*, párr. 117.

<sup>144</sup> *Ibidem*, párr. 122.

<sup>145</sup> *Ibidem*, párr. 128-137.

<sup>146</sup> Este tema se aborda en el capítulo 6 de este trabajo.



relación laboral. Esto es, si bien los Estados y sus empleadores no están obligados a emplear trabajadores migrantes irregulares, una vez que éstos entablan una relación laboral, se convierten en titulares de los derechos humanos laborales que corresponden a todos los trabajadores y los Estados son responsables de que se les respeten tales derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, independientemente de su legislación interna y los tratados internacionales que hayan suscrito.<sup>147</sup>

A continuación se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la CIDH relevante para el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes irregulares:

En mayo de 2002, algunos años más tarde de la OC 16/1999, México presentó a la CIDH una nueva solicitud de opinión consultiva relativa a la condición jurídica y a los derechos de los migrantes irregulares.<sup>148</sup> El 17 de septiembre de 2003 la Corte resolvió la solicitud en un proceso con amplia participación de los Estados miembros de la OEA, la CoIDH, ONG de derechos humanos, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, firmas de abogados, profesores y estudiantes de derecho.<sup>149</sup>

La Corte respondió de la siguiente manera a las preguntas formuladas por México.<sup>150</sup> Primero, determinó que era competente para rendir opiniones sobre la interpretación de la Carta de la OEA, a partir de la relación de dicho instrumento con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.<sup>151</sup> Segundo, indicó que todo lo señalado en la Opinión Consultiva tenía aplicación a los Estados Miembros de la OEA que firmaron la Carta, la DADDH, la DUDH o ratificaron el PIDCP, independientemente de que hubieran ratificado o no la CADH o sus protocolos facultativos.<sup>152</sup>

A continuación, la CIDH se refirió a la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos y concluyó que esta obligación se encuentra consagrada en los instrumentos internacionales y ha sido reiterada por la jurisprudencia internacional. Indicó que en desarrollo de esta obligación, los Estados tienen el deber de “adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y

---

<sup>147</sup> OC 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 56, párr. 100-101, 134-136.

<sup>148</sup> La causa principal que motivó esta consulta fue la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S., 2002, relativo a un trabajador mexicano irregular que fue despedido injustificadamente por realizar actividades sindicales. En su petición a la CIDH, México señaló que le preocupaba la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región [Estados Unidos] con el sistema de derechos humanos de la OEA. México estimó que tales interpretaciones, prácticas o leyes, implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores irregulares. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales. Por ejemplo: pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad, abusando así de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores migratorios indocumentados. En ese contexto, las violaciones de los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos. *Ibidem*, párr. 2.

<sup>149</sup> *Ibidem*, párr. 8-31.

<sup>150</sup> Véanse las preguntas formuladas por México en *Ibidem*, párr. 4.

<sup>151</sup> *Ibidem*, párr. 57.

<sup>152</sup> *Ibidem*, párr. 60.

suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”.<sup>153</sup> La CIDH desarrolló su análisis indicando que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley conforman un principio básico general. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos está estrechamente vinculada con el principio de igualdad y no discriminación. De manera que, el incumplimiento de esta obligación mediante un tratamiento discriminatorio genera responsabilidad internacional para el Estado.<sup>154</sup>

El principio de igualdad y no discriminación está consagrado en una extensa lista de instrumentos internacionales. La CIDH indicó que este principio es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos. De ahí que los Estados tengan la obligación de no incorporar en su ordenamiento jurídico normas discriminatorias, de eliminar las normas de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.<sup>155</sup> La CIDH acudió a la jurisprudencia internacional comparada para distinguir e ilustrar entre una discriminación y una diferenciación o distinción justificada.<sup>156</sup> Asimismo determinó que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens* porque sirve de fundamento al orden público nacional e internacional. Enseguida, la Corte ilustró cómo los actos jurídicos violatorios de este principio “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” no son admisibles en la actualidad.<sup>157</sup>

La CIDH subrayó que “la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”.<sup>158</sup> Una consecuencia de lo anterior es el deber de los Estados de establecer un recurso simple y efectivo al cual tenga acceso toda persona, independientemente de su condición migratoria, para solicitar la protección de sus derechos.<sup>159</sup> Esta es una obligación *erga omnes*, que se impone a los Estados con respecto a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, independientemente de su condición migratoria. La Corte consideró que esta obligación tiene aplicación para todos los derechos contemplados en la CADH y en el PIDCP, incluido el derecho a las garantías judiciales.<sup>160</sup>

La CIDH hizo énfasis en la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes, la cual tiene una dimensión ideológica y se mantiene por condiciones de derecho y de hecho, redundando en diferencias entre éstas y los nacionales. Agregó que los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo contribuyen a dificultar la integración de las personas migrantes a la sociedad y a que las violaciones de sus derechos queden impunes. De ahí que la Comunidad

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>154</sup> *Ibidem*, párr. 83, 85.

<sup>155</sup> *Ibidem*, párr. 86, 88.

<sup>156</sup> *Ibidem*, párr. 89-95.

<sup>157</sup> *Ibidem*, párr. 101.

<sup>158</sup> *Ibidem*, párr. 106.

<sup>159</sup> *Ibidem*, párr. 107.

<sup>160</sup> *Ibidem*, párr. 109.

Internacional haya reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes.<sup>161</sup>

La garantía del principio de igualdad en favor de las personas migrantes no implica que el Estado no pueda iniciar acciones en contra de aquellas personas que violen el ordenamiento jurídico del Estado en el que se encuentran. Pero incluso en esos casos, el Estado tiene el deber de proteger y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes, sin discriminación alguna en razón de su condición migratoria regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otro motivo.<sup>162</sup> La Corte aclaró que el Estado puede dar un tratamiento diferente a los migrantes regulares de los irregulares o a las personas migrantes de los nacionales, siempre y cuando éste sea “razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos”.<sup>163</sup> Es importante que al considerar el principio de igualdad y no discriminación se tenga en mente la continua evolución del Derecho Internacional.<sup>164</sup>

La CIDH consideró la situación de los trabajadores migratorios irregulares y enfatizó que *la condición migratoria no es justificación para privarlos del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos de los derechos laborales*. Cuando un migrante irregular establece una relación de trabajo adquiere todos los derechos laborales.<sup>165</sup> Si bien el Estado y los particulares no están obligados a contratar a trabajadores irregulares, cuando establecen una relación de trabajo con ellos, los trabajadores irregulares adquieren todos los derechos laborales sin discriminación alguna en razón de su condición migratoria.<sup>166</sup> La Corte explicó que los particulares también tienen el deber de cumplir las obligaciones *erga omnes*. En este caso, en el marco de la relación laboral de derecho privado, el empleador tiene el deber de garantizar los derechos de sus trabajadores.<sup>167</sup> Por otra parte, el Estado tiene la obligación de respetar y de garantizar todos los derechos laborales de todos los trabajadores y de no tolerar situaciones discriminatorias. En otras palabras, el Estado debe velar por el estricto cumplimiento de las normas laborales, con el propósito de erradicar las prácticas discriminatorias e igualmente debe garantizar la protección de estos derechos cuando los trabajadores se vean en la necesidad de acudir al Estado para solicitar su protección.<sup>168</sup>

La CIDH subrayó que los derechos laborales son aquéllos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional. Dada la pluralidad de normas nacionales e internacionales en esta materia, su interpretación debe hacerse aplicando el principio *pro homine*; es decir, aplicando la norma que proteja mejor a la persona humana, en este caso al trabajador.<sup>169</sup>

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, párr. 112-117.

<sup>162</sup> *Ibidem*, párr. 118.

<sup>163</sup> *Ibidem*, párr. 119.

<sup>164</sup> *Ibidem*, párr. 120.

<sup>165</sup> *Ibidem*, párr. 134.

<sup>166</sup> *Ibidem*, párr. 135-136.

<sup>167</sup> *Ibidem*, párr. 140.

<sup>168</sup> *Ibidem*, párr. 148-150.

<sup>169</sup> *Ibidem*, párr. 156.

Algunos derechos laborales son fundamentales para el trabajador migratorio. A juicio de la Corte éstos son: “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 a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización”.<sup>170</sup> La Corte consideró que el ejercicio de estos derechos garantiza al trabajador y a su familia una vida digna. Agregó que el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para desarrollar aptitudes, habilidades y potencialidades, de forma tal que la persona pueda alcanzar su desarrollo integral como ser humano.<sup>171</sup>

Los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias y de establecer medidas relacionadas con el control del ingreso, permanencia y salida de las personas de su territorio. Estas medidas deben proteger y garantizar los derechos humanos de toda persona y, en particular, los derechos de los trabajadores migratorios.<sup>172</sup> No sólo el ordenamiento jurídico interno debe ser acorde con las obligaciones internacionales de los Estados, sino que los órganos y funcionarios de las tres ramas del poder público deben actuar conforme con estas obligaciones.<sup>173</sup> En síntesis, el Estado no puede subordinar o condicionar la protección y garantía del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación a la consecución de objetivos en sus políticas públicas, inclusive a los objetivos en materia de política migratoria.<sup>174</sup>

## **B) ÁMBITO EUROPEO**

La protección de los derechos humanos de los migrantes en Europa puede ser estudiada desde distintos niveles. Por un lado, el del Consejo de Europa (COE). Todos los países de la Unión Europea son miembros del Consejo de Europa, formado actualmente por 47 Estados europeos.<sup>175</sup> El Consejo de Europa es el principal organismo encargado de la protección de los derechos humanos en el continente. Ha auspiciado la elaboración de diferentes convenios de derechos humanos relevantes para los trabajadores migrantes y sus familiares. Y, por otro lado, el comunitario. La *Unión Europea* (UE) es el régimen internacional más avanzado aplicable a los trabajadores migrantes. La libertad de circulación de los nacionales de los Estados que la conforman –actualmente 27– dentro de dichos Estados es una realidad y ha propiciado la elaboración de avanzadas disposiciones para regularla y lograr la igualdad entre los nacionales de los países miembros.<sup>176</sup> Además,

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, párr. 157.

<sup>171</sup> *Ibidem*, párr. 158.

<sup>172</sup> *Ibidem*, párr. 168-169,

<sup>173</sup> *Ibidem*, párr. 171.

<sup>174</sup> *Ibidem*, párr. 172.

<sup>175</sup> Véase más información sobre las fechas de adhesión y los Estados que lo conforman en: <http://www.coe.int/aboutcoe/index.asp?page=47paysleurope&l=en>.

<sup>176</sup> Al respecto, véase la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. También véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 2 de julio de 2009, relativa a las Orientaciones para una mejor transposición y

existen otros regímenes de libertad de circulación, como el de los países nórdicos<sup>177</sup> y el de los países de la zona Benelux.<sup>178</sup>

Los diferentes regímenes e instrumentos europeos relativos a la libertad de circulación y la protección de los trabajadores migrantes y sus familias coinciden sustancialmente. Su común denominador es que benefician a aquellas personas específicamente definidas en su ámbito de protección, con la excepción del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, el cual tiene aplicación a todas las personas que se encuentran residiendo en el territorio de los Estados Partes, independientemente de que su Estado de origen lo haya ratificado o, incluso, de que su Estado sea miembro del Consejo de Europa. Los otros instrumentos del Consejo de Europa, sin embargo, operan sobre la base de la reciprocidad y tienen una aplicación exclusiva a los nacionales de los Estados Miembros. De modo similar, la libertad de circulación sólo opera entre los Estados Miembros de la Unión Europea. Por tanto, el grado de protección que los migrantes pueden esperar en Europa depende del país del cual proceden. Para el caso de los nacionales de los Estados ajenos tanto a la UE como al COE, sólo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales es aplicable en términos estrictos. Paradójicamente, actualmente son estos extranjeros los que son más propensos a enfrentar situaciones de vulnerabilidad y explotación en Europa y, por tanto, los que mayor protección necesitan.

Dado lo anterior, y toda vez que nuestro tema de estudio se centra en los migrantes irregulares, en esta sección se estudiarán exclusivamente los instrumentos de derechos humanos que sean relevantes para la protección de este grupo de migrantes.

### *i. Consejo de Europa*

#### **5.7 Estatuto del Consejo de Europa<sup>179</sup>**

---

aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM(2009) 313 final – No publicada en el Diario Oficial]. También véanse los artículos 21, 22, 45, 46 y 49 y el Título IV de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea C 83/49 de 30.03.2010).

<sup>177</sup> Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia tienen suscrito un acuerdo de libertad de circulación. Este acuerdo data del 22 de mayo de 1954, pero actualmente es regulado por el Acuerdo Relativo a un Mercado Laboral Común Nórdico, de 6 de marzo de 1982, el cual entró en vigor el 1 de agosto de 1983. Un análisis de este acuerdo puede verse en Andersen, N. O., *Free Movement of Labour within the Nordic Countries and within the European Communities*, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 57, 1988, p. 384. El texto del acuerdo puede consultarse en:

<http://www.norden.org/en/about-nordic-co-operation/agreements/treaties-and-agreements/labour-market/agreement-concerning-a-common-nordic-labour-market>.

<sup>178</sup> Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos suscribieron el 3 de febrero de 1958 el Tratado que Establece la Unión Económica Benelux con el fin de establecer la libertad de personas, capitales, bienes y servicios entre sus territorios. El 17 de junio de 2008 se firmó un nuevo tratado que revisa el de 1958. Véase el texto del nuevo tratado en [http://www.benelux.be/pdf/pdf\\_en/act/20080617\\_nieuwVerdrag\\_en.pdf](http://www.benelux.be/pdf/pdf_en/act/20080617_nieuwVerdrag_en.pdf).

<sup>179</sup> El Estatuto del Consejo de Europa fue adoptado en Londres el 5 de mayo de 1949. Entró en vigor el 3 de agosto de 1949. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 47 Estados. Información disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=001&CM=&DF=&CL=ENG>.

El Estatuto del Consejo de Europa es un instrumento internacional importante: no sólo es el tratado de constitución del organismo regional que establece su marco de competencias, sino también el instrumento que define la labor del Consejo de Europa bajo el parámetro de garantizar y asegurar la plena efectividad de los derechos humanos en el continente.

El artículo 1 del Estatuto resalta que una de las finalidades del organismo regional es el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales entre sus Estados Miembros. Dicha finalidad se encuentra recogida en su artículo 1. Su inciso a) señala como una finalidad del Consejo de Europa “realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. Esta finalidad se perseguirá, de acuerdo con el inciso b), “a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, *así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”.

El artículo 3 amplía el criterio anterior al señalar que:

“Cada Miembro del Consejo de Europa debe reconocer los principios del Estado de Derecho y *del disfrute por todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, y colaborar sinceramente y ampliamente en la realización del principio del Consejo de Europa como especifica el Capítulo 1”.

De esta forma, los Miembros del COE reconocen los principios del imperio del Derecho y de que cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En otras palabras, el artículo 3 establece como una obligación de los Estados Miembros del COE el reconocimiento y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de *todas las personas* bajo su jurisdicción. Con esta disposición, quedan claramente protegidos los extranjeros y los trabajadores migrantes, sin importar su condición migratoria, y el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Los artículos anteriores del Estatuto evidencian la centralidad que ocupa el tema de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales dentro del organismo regional; sin embargo, el Estatuto no define el listado de derechos humanos y libertades fundamentales al cual los Estados Miembros están obligados a respetar y garantizar. No obstante, toda vez que de conformidad con el artículo 15.a) del Estatuto el Comité de Ministros examinará las medidas adecuadas para realizar la finalidad del Consejo de Europa, incluida la conclusión de convenios y de acuerdos y la adopción por los gobiernos de una política común respecto a determinados asuntos, se han concluido un número de convenciones en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Las principales convenciones del Consejo de Europa relevantes para la protección de los derechos humanos de los extranjeros son: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CoEDH), de 4 de noviembre de

1950; la Convención Europea sobre el Establecimiento (de Personas), de 13 de diciembre de 1955; la Carta Social Europea (CSE), de 18 de octubre de 1961, la cual fue revisada el 3 de mayo de 1996; y el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977. No obstante, de los instrumentos señalados sólo el CoEDH y la CSE son aplicables a los migrantes irregulares. El resto de instrumentos del Consejo de Europa que tienen aplicación a los extranjeros y a los trabajadores migrantes y sus familias excluyen expresamente a los migrantes en situación irregular.<sup>180</sup>

## 5.8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>181</sup>

### 5.8.1 La aplicación del CoEDH a los extranjeros

#### 5.8.1.1 El principio de no discriminación

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CoEDH) es el único convenio del Consejo de Europa que es generalmente aplicable a todos los individuos que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados Partes, y no solamente a los nacionales de otros Estados Partes del Convenio. Esto se refleja en el lenguaje inclusivo en el que está redactado y los términos usados como “toda persona” o “sin distinción alguna”, al igual que los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados en apartados anteriores. En consonancia, el artículo 1, que establece el ámbito de aplicación del instrumento internacional, señala: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a *toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidas en el Título I del presente Convenio*”. Con ello, el CoEDH establece que a todas las personas sujetas a la jurisdicción, nacionales y extranjeros (sin importar su condición migratoria), de un Estado Parte se les reconocen los derechos recogidos en el instrumento regional. Como señala el profesor Carrillo Salcedo:

“Este artículo es de especial relevancia en cuanto al alcance del Convenio, porque pone de manifiesto que éste no se limita a proteger a europeos, nacionales de los Estados parte miembros del Consejo de Europa, sino que tiene un alcance mucho más amplio: en efecto, la dimensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos es universal en el sentido de que toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte, cualquiera que sea su nacionalidad e incluso si carece de ella, queda protegida por el Convenio en el goce de los derechos y libertades fundamentales que en él se reconocen”.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Por ejemplo, véanse el artículo 1.1 de la Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante y el artículo 1 de la Convención Europea sobre el Establecimiento (de Personas).

<sup>181</sup> El CoEDH fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Posteriormente, ha recibido modificaciones y adiciones por los 15 Protocolos elaborados hasta la actualidad. El CoEDH está sujeto a la ratificación de los miembros del COE (art. 59), aunque por el acuerdo adoptado en Viena en la Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno del COE, de 9 de octubre de 1993, se estableció que los nuevos Estados Miembros deberían firmar y posteriormente ratificar el CoEDH para ser admitidos en el COE. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 47 Estados, Información disponible en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=01/11/2010&CL=ENG>.

Véanse los protocolos adoptados en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>.

<sup>182</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos, 2003, p. 21.

a) El artículo 14

Lo anterior es corroborado por el artículo 14 del CoEDH, el cual establece el principio de no discriminación:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado *sin distinción alguna*, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Cabe señalar que se ha considerado que los motivos de discriminación señalados en el artículo 14 del Convenio son enunciativos, por lo que, aunque la nacionalidad no esté incluida, siempre es posible argumentar que tampoco es un criterio válido de discriminación entre las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte. Por ejemplo, en *Rasmussen vs. Dinamarca*, la CEDH consideró que, toda vez que la lista de motivos señalada en el artículo 14 no era exhaustiva, no era necesario determinar la base para la diferencia de trato entre marido y mujer.<sup>183</sup> Y en *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, la Corte aplicó el artículo 14 en relación con la discriminación basada en la orientación sexual.<sup>184</sup>

Por otro lado, se debe señalar que el artículo 14 del CoEDH delimita la aplicación del principio de no discriminación sólo a los derechos reconocidos en el Convenio, dejando de lado la protección de derechos no reconocidos en éste. Esto ha llevado a Scheinin a considerar al CoEDH más débil en el campo de la discriminación respecto al ámbito de aplicación que formula el artículo 26 del PIDCP,<sup>185</sup> en razón de que éste es más extenso en cuanto al listado de derechos.<sup>186</sup>

Ahora, a pesar de que el ámbito de aplicación del artículo 14 está limitado a la forma en que los Estados garantizan los derechos y las libertades enumerados en el Convenio, y no otros derechos, no requiere la violación real de una disposición sustantiva.<sup>187</sup> Por ejemplo, en *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, un caso relativo a unas mujeres extranjeras con permiso indefinido para permanecer en el Reino Unido que buscaban que sus esposos extranjeros se les unieran en dicho Estado, la Corte indicó que las leyes británicas de migración aplicables en ese tiempo no violaban *per se* el artículo 8 del

---

<sup>183</sup> CEDH, *Rasmussen vs. Dinamarca*, demanda no. 8777/79, sentencia de 28 de noviembre de 1984.

<sup>184</sup> CEDH, *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, demanda no. 33290/96, sentencia de 21 de diciembre de 1999.

<sup>185</sup> El artículo 26 del PIDCP señala: “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”.

<sup>186</sup> Scheinin, Martin, *Economic and Social Rights as legal rights*, en Eide, Asjborn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 33-34.

<sup>187</sup> Cuando se ha alegado la violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 1 del Protocolo No. 1 (pero también con los artículos 8 y 13 del CoEDH), la Corte usualmente se ha decantado por examinar la reclamación bajo el artículo 14 si ha encontrado una violación del artículo 1 del Protocolo No. 1 (y/o de los artículos 8 y 13 del Convenio). Véanse, por ejemplo, *Chipre vs. Turquía*, demanda no. 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001; *Eugenia Michaelidou Developments Ltd y Michael Tymvios vs. Turquía*, demanda no. 16163/90, sentencia de 31 de julio de 2003.



Convenio, pero que toda vez que el derecho buscado por las denunciante sólo podía ser ejercitado por un hombre, se había configurado una violación del artículo 14.<sup>188</sup>

De esta forma, las disposiciones del CoEDH son generalmente aplicables sin distinción alguna entre nacionales y extranjeros: el ser extranjero *per se* no es un motivo válido de discriminación.<sup>189</sup> Esta observación es reforzada por el hecho de que el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa señala que cualquier persona que se halle bajo la jurisdicción de los Estados Miembros ha de gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Sin embargo, el artículo 14 no requiere igualdad absoluta en el tratamiento de nacionales y extranjeros en todas las situaciones, e inequidades entre ambos tipos de personas pueden surgir por la toma de medidas especiales, pero sólo sobre la base de disposiciones explícitas del CoEDH permitiendo tal diferenciación (por ejemplo los artículos 57, 15, 16, 8-11, 5 ó 6). Para efectos del CoEDH, una diferencia de trato será discriminatoria si “no tiene un objetivo y una justificación razonable”, por ejemplo, si no persigue un “fin legítimo” o si no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado”.<sup>190</sup> Así, por ejemplo, en *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, las denunciante fueron capaces de mostrar que la razón argumentada por el Reino Unido para distinguir entre hombres y mujeres (que ellas tenían un efecto diferente sobre el mercado laboral) no estaba basada en hechos reales.<sup>191</sup>

En el caso *Koua Poirrez vs. Francia*, relativo al otorgamiento de prestaciones sociales a extranjeros, la CEDH señaló que no existe una justificación objetiva y razonable para una diferencia de tratamiento para la concesión de prestaciones sociales entre los nacionales del Estado Parte o los nacionales de otros países que han firmado un acuerdo de reciprocidad, y los extranjeros de otros países.<sup>192</sup> De esta forma, reafirmó el principio de que los Estados Miembros, al ratificar el CoEDH, se obligaron a asegurar “a todas las personas dentro de su jurisdicción” los derechos y libertades definidos en la sección I del CoEDH.

---

<sup>188</sup> CEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, demandas no. 9214/80, 9473/81, 9474/81, sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 65, 71-72.

<sup>189</sup> Drzemczewski, Andrew, The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights: a general survey, en COE, *Human Rights of Aliens in Europe*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 351-352.

<sup>190</sup> CEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica vs. Bélgica*, demandas no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 34; *Marckx vs. Bélgica*, demanda no. 6833/74, sentencia de 13 junio de 1979, párr. 33.

<sup>191</sup> *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 188, párr. 74-80.

<sup>192</sup> El caso versó sobre un nacional de Costa de Marfil que había sido adoptado por una pareja francesa cuando tenía 21 años y que tenía una discapacidad física aguda desde que tenía siete años. Aunque las autoridades francesas reconocieron su discapacidad (de un 80%), la Oficina de Prestaciones Sociales rechazó otorgarle la prestación correspondiente a los discapacitados adultos en virtud de que no era nacional francés y de que no había un acuerdo recíproco entre Francia y Costa de Marfil al respecto. Aunque posteriormente el requisito de la nacionalidad fue eliminado para las prestaciones no contributivas, y tras una nueva solicitud le fue otorgada, Koua Poirrez acudió a la CEDH, la cual encontró que Francia había violado el artículo 14 del CoEDH, en conjunción con el artículo 1 del Protocolo No. 1. CEDH, *Koua Poirrez vs. Francia*, demanda no. 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003, párr. 49.

Y en *Timishev vs. Rusia*, habiendo establecido que la discriminación basada en el origen étnico aparente de una persona es una forma de discriminación racial, la CEDH señaló que “ninguna diferencia de trato que se basa exclusivamente o de una forma decisiva en el origen étnico de una persona es capaz de estar objetivamente justificada en una sociedad democrática contemporánea construida sobre los principios de pluralismo y respeto por las diferentes culturas”.<sup>193</sup> Por ello, encontró una violación del artículo 14 del CoEDH en conjunción con el artículo 2 del Protocolo No. 4.

De esta forma, la no discriminación no está garantizada en términos absolutos en el CoEDH. Aún más, las Partes contratantes gozan de “cierto *margen de apreciación* al valorar sí y hasta qué grado diferencias en situaciones, que de otro modo serían similares, justifican una diferencia de trato en la ley, pero corresponde a la Corte dar la decisión final en este respecto”.<sup>194</sup> Si el Estado no ofrece una justificación para la diferencia de trato, los denunciantes usualmente lograrán que la CEDH falle a su favor. Asimismo, cuando no se alcanza un balance apropiado entre los intereses involucrados y cuando los medios empleados son desproporcionados con el fin legítimo que se pretende alcanzar.<sup>195</sup>

Cabe recordar que el margen de apreciación nacional consiste en un espacio de maniobra que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CoEDH, pero “ninguna fórmula simple puede describir cómo funciona”.<sup>196</sup> Según esta doctrina la Corte debe contenerse y autolimitarse si la solución nacional adoptada tiene la suficiente apariencia del buen Derecho y entonces, en vez de sustituir al Estado con sus propios puntos de vista, se impone a sí misma respetar un razonable “principio de deferencia” ante las autoridades nacionales, derivado de la prudencia y la subsidiariedad inherente a la que es una protección internacional.<sup>197</sup>

Se ha dicho que la doctrina del margen de apreciación nacional emana de las técnicas de la revisión judicial propias de los Estados, en particular, del Consejo de Estado francés que usa la expresión “*marge d’appréciation*”;<sup>198</sup> y que se aproxima a la idea de la discrecionalidad administrativa.<sup>199</sup> En el ámbito de la CEDH, el margen estuvo originariamente ligado en los primeros asuntos de los órganos de Estrasburgo a una lógica

---

<sup>193</sup> CEDH, *Timishev vs. Rusia*, demandas no. 55762/00, 55974/00, sentencia de 13 de diciembre de 2005, párr. 58.

<sup>194</sup> *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 188, párr. 72.

<sup>195</sup> Por ejemplo, en *Darby vs. Suecia*, demanda no. 11581/85, sentencia de 23 de octubre de 1990, párr. 33, el Estado demandado no argumentó que la diferencia de trato entre residentes y extranjeros no residentes para los fines de un impuesto religioso tenía un objetivo legítimo.  
la CEDH

<sup>196</sup> Greer, Steven, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Estrasburgo: COE/Human Rights files No. 17, 2000, p. 5.

<sup>197</sup> García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2010, p. 115.

<sup>198</sup> Macdonald, Ronald St. John, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, en *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, Vol. 3, Milán: Giuffrè, 1987, p. 187-208.

<sup>199</sup> Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the ECHR*, Antwerp: Intersentia, 2002, p. 3.

discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión Europea cuando valorase las medidas adoptadas, abocando a una deferencia sobre los poderes de derogación o suspensión recogidos en el artículo 15 del Convenio. Como ha señalado García Roca, esta doctrina tiene “un origen dramático, ligado a una compleja situación de emergencia y suspensión de derechos”.<sup>200</sup>

No obstante, como bien afirman Oren y Fionnuala, el margen no se puede explicar como una inmunidad en casos de emergencia y reclama una construcción más estricta o restringida.<sup>201</sup> Por ello, si el Estado, en uso de esa discrecionalidad que el margen le permite, se sobrepasa y se produce un exceso, aunque a primera vista parezca legítima la interferencia en el derecho en cuestión, el respeto del principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea.<sup>202</sup> Así pues, el margen no puede concebirse como una “carta blanca” a los Estados para hacer lo que quieran con los derechos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. El margen, indudablemente, comporta cierto poder discrecional, pero no entraña un espacio que se deje a la arbitrariedad de los Estados.

#### b) El artículo 1 del Protocolo No. 12

La protección que otorga el artículo 14 del Convenio en contra de la discriminación bajo el CoEDH fue complementada con el Protocolo no. 12,<sup>203</sup> cuyo artículo 1 contiene una prohibición general de discriminación al señalar que:

“1.- El goce de cualquier derecho previsto por la ley debe 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.

2.- Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública, especialmente por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1”.

Como se puede apreciar, este artículo amplía el ámbito de aplicación del artículo 14 al establecer una aplicación completa y autónoma del principio de no discriminación al “*goc de cualquier derecho previsto por la ley*” (en particular del derecho interno). Es decir, formula la prohibición general de discriminación en términos de un derecho autónomo, no restringido sólo a los derechos y libertades recogidos en el instrumento regional. En este sentido, el CoEDH se acerca más al PIDCP, cuyo artículo 26 garantiza un derecho autónomo a no ser discriminado por la ley o de hecho en cualquier campo regulado y protegido por las autoridades públicas.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> García Roca, Javier, *op.cit.*, nota 197, p. 111.

<sup>201</sup> Oren, Gross, Fionnuala, Ni Aolain, From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, No. 3, 2001, p. 626.

<sup>202</sup> CEDH, *Fedorenko vs. Ucrania*, demanda no. 25921/02, sentencia de 1 de junio de 2006, párr. 29.

<sup>203</sup> El Protocolo No. 12 fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 1 de abril de 2005. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 18 Estados. Información disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=06/02/2011&CL=ENG>.

<sup>204</sup> Einarsen, T., Discrimination and Consequences for the Position of Aliens, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 64, No. 3, 1995, p. 434. También véanse: Steiner, Henry, Alston, Philip, *International Human*

Como ha señalado el profesor Carrillo Salcedo: “a diferencia de lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio, en el que [...], la no discriminación no se configura como un derecho autónomo sino que se vincula al goce de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio, en este nuevo Protocolo adicional el derecho a la no discriminación aparece configurado como un derecho autónomo”.<sup>205</sup> No obstante, para los Estados que aún no han ratificado el Protocolo No. 12, el principio de no discriminación se limita a los derechos reconocidos en el Convenio.

Aún más, el Protocolo No. 12 amplía el ámbito de aplicación del artículo 14 al incluir una obligación negativa para los Estados Partes (la obligación de no discriminar en contra de las personas) y una obligación positiva (tomar medidas para prevenir la discriminación, incluso cuando la discriminación ocurre entre sujetos particulares).<sup>206</sup> Sin embargo, como el artículo 14 del Convenio, no garantiza la no discriminación en términos absolutos, más bien, adopta el enfoque tomado por la CEDH en su jurisprudencia. Esto es, no cada diferencia de trato implica discriminación y cierto margen de apreciación es reconocido a las autoridades nacionales al evaluar sí y hasta qué grado diferencias en situaciones, que de otro modo serían similares, justifican una diferencia de trato en la ley, pero corresponde a la Corte dar la decisión final en este respecto. No obstante, esta jurisprudencia muestra que la CEDH ha sido capaz de controlar la libertad de los Estados en materia de migración, residencia e integración de los extranjeros a través de una aplicación “generosa” del principio de proporcionalidad y una interpretación liberal de las disposiciones del Convenio. De esta forma, el Protocolo No. 12 deja abierta la puerta al argumento en casos individuales que la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, por ejemplo en lo relativo a los derechos sociales, no es objetiva y razonablemente justificada.<sup>207</sup>

En conclusión: a) el ser extranjero no es un motivo válido para establecer distinciones entre las personas bajo el CoEDH; b) excepcionalmente, los extranjeros pueden ser sujetos de restricciones sobre la base de disposiciones expresas del Convenio que lo permitan; y c) el sistema de protección que otorga el CoEDH es complementario al establecido por el derecho interno y/o otros tratados internacionales, por lo que los extranjeros pueden acudir a él con el fin de beneficiarse de un régimen más favorable para la protección de sus derechos humanos.

### 5.8.1.2 Limitaciones directas de los derechos de los extranjeros bajo el CoEDH

---

*Rights in Context: Law, Politics, Morals*, New York: Oxford University Press, 2000, p. 788; Moon, G., The draft discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights: A Progress Report, *European Human Rights Law Review*, Vol. 1, 2000, p. 49-53.

<sup>205</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 2003, *op.cit.*, nota 182, p. 26.

<sup>206</sup> El reporte explicativo del Protocolo No. 12 señala que el grado de tal obligación positiva “es susceptible de ser limitado” por la referencia al “gocce de cualquier derecho previsto por la ley” establecida en el párrafo 1 del artículo 1 y la referencia a “por una autoridad pública” del párrafo 2 del artículo 1. COE, *Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177)*, *Explanatory Report*, párr. 27, disponible en:

<http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/177.htm>.

<sup>207</sup> Lambert, Hélène, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2007, p. 22.

El CoEDH contiene varias limitaciones *directas* al principio de no discriminación que resultan en la exclusión de los extranjeros de ciertos derechos humanos. En la etapa actual del Convenio se pueden identificar las siguientes: el artículo 1 del Protocolo no. 7; el artículo 2.1 del Protocolo No. 4; el artículo 5.1.f); el artículo 16; y el artículo 1 del Protocolo no. 1. De acuerdo con las disposiciones precedentes, nacionales y extranjeros pueden ser tratados de forma distinta. Eso sí, se debe considerar que, de acuerdo con el artículo 18 del CoEDH, “las restricciones que se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”. Y, salvo el caso del artículo 16 relativo a los derechos políticos, dichas disposiciones no deben ser aplicadas en un modo discriminatorio, es decir, están sujetas a los requisitos de necesidad y proporcionalidad señalados anteriormente.

#### 5.8.1.2.1 Garantías en caso de expulsión

El artículo 1 del Protocolo No. 7<sup>208</sup> establece las garantías de procedimiento en caso de expulsión para los extranjeros que se encuentren residiendo de forma *legal*, quienes no podrán ser expulsados más que en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley, debiendo poder, además: a) hacer valer las razones que existan contra su expulsión; b) hacer que su caso sea revisado; y c) ser representados ante la autoridad competente. El CoEDH también señala que todo extranjero podrá ser expulsado sin que haya podido ejercitar las garantías anteriores cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o esté fundada en motivos de seguridad nacional. Como se ve, los extranjeros en situación migratoria irregular quedan excluidos de las salvaguardas de este artículo.

Ha sido argumentado que el artículo 1 del Protocolo no. 7 contiene importantes debilidades.<sup>209</sup> Primero, porque omite señalar los motivos en que un extranjero puede ser expulsado. Segundo, porque está limitado a los extranjeros regulares, excluyendo, en consecuencia, a los irregulares, entre los que se pueden hallar los presentes en la frontera que aún no han pasado por los controles migratorios, los extranjeros presentes en el territorio que no sean residentes, y los extranjeros cuya decisión de residencia se encuentre pendiente. Por ejemplo, en *Voulofitch y Oulianova vs. Suecia*, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que los solicitantes, que habían sido autorizados para entrar a Suecia con una visa de tránsito de un día pero permanecieron en Suecia mientras su

---

<sup>208</sup> El Protocolo No. 7 fue adoptado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1988. Fue enmendado por el Protocolo No. 11, de 11 de mayo de 1994, el cual entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. A febrero de 2011, el Protocolo No. 7 ha sido ratificado por 42 Estados. Información en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=06/02/2011&CL=ENG>.

<sup>209</sup> Cholewinski, Ryszard, *Migrants Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 398-399; Harris, David, O'Boyle, Michael, Bates, Edward, Buckley, Carla, Harris, O'Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 565-566.

solicitud de asilo era resuelta, no eran “residentes legales” y, por tanto, no podían beneficiarse de la garantía del artículo 1 del Protocolo no. 7.<sup>210</sup>

Tercero, porque las condiciones de la “residencia legal” son determinadas por el derecho interno. Cuarto, porque la revisión del caso es hecha por la “autoridad competente”, no siendo necesario que sea independiente o tenga poder de decisión. Quinto, porque las garantías de procedimiento otorgadas a los extranjeros pueden ser hechas a un lado “en interés del orden público” o por razones de “seguridad nacional” (art. 1.2).<sup>211</sup> Y sexto, porque el Protocolo no. 7 no ha sido ratificado por todos los miembros del Consejo de Europa.<sup>212</sup> En suma, el artículo 1 del Protocolo no. 7 permite a los extranjeros hacer valer las razones que existan contra su expulsión y que su caso sea revisado, pero ofrece una garantía limitada de debido proceso en caso de expulsión.

No obstante, la Corte reconoció en 2006, en su sentencia del caso *Lupsa vs. Rumania*, relativo a un extranjero que era residente legal en Rumania que había sido deportado a Serbia por motivos de seguridad nacional, que aún por motivos de seguridad nacional y deportación urgente el solicitante tiene derecho a gozar a las garantías del artículo 1 del Protocolo no. 7, después de haber sido deportado.<sup>213</sup> Recordó también que la expulsión sólo puede tener lugar “de conformidad con una decisión tomada conforme a derecho”, por ejemplo, el derecho interno. Y que la palabra “derecho” en este contexto se refiere a la “existencia de una base legal en el derecho interno, pero también a la calidad de la ley en cuestión” (por ejemplo debe ser accesible, previsible, y proteger contra interferencias arbitrarias por parte de las autoridades públicas).<sup>214</sup>

Además, los Estados Partes se encuentran vinculados por el principio de *non refoulement*, el cual prohíbe el rechazo, la expulsión o la devolución a un tercer Estado de un extranjero, cuando corra peligro cierto su vida o su integridad física y moral. Cabe recordar que este principio es considerado como una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, y como tal obligatoria para todos los Estados de la Comunidad Internacional; además, ha sido plasmado en diversos instrumentos internacionales.<sup>215</sup> El valor de este principio ha sido

---

<sup>210</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Voulfovitch y Oulianova vs. Suecia*, demanda no. 19373/92, decisión de 13 de enero de 1993. También véase *Sejdovic y Sulejmanovic vs. Italia*, demandas no. 57574/00, 57575/00, sentencia de 8 de noviembre de 2002.

<sup>211</sup> En este sentido, véase *Lupsa vs. Rumania*, demanda no. 10337/04, sentencia de 8 de junio de 2006.

<sup>212</sup> A febrero de 2011, no ha sido ratificado aún por Alemania, Bélgica, Países Bajos, Reino Unido y Turquía. Información disponible en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=06/02/2011&CL=ENG>.

<sup>213</sup> *Lupsa vs. Rumania*, *op.cit.*, nota 211, párr. 53.

<sup>214</sup> *Ibidem*, párr. 55-57.

<sup>215</sup> Entre los de naturaleza no convencional destacan: la Declaración sobre el Asilo Territorial, contenida en la Resolución 2312/XXII de 1967 de la Asamblea General (art. 3) y la Declaración de Cartagena de Indias Sobre Refugiados de 1984 (conclusión quinta). Entre los de naturaleza convencional sobresalen: la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado (art. 33); la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (art. 3.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 22.8); la Convención de la OUA sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África de 1969 (art. 2.3); la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial (art. 3); y el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (en relación con los artículos 2, 3, 8 y 13).

precisado, directa e indirectamente, por la jurisprudencia de los órganos de control del CoEDH en el contexto de la aplicación del artículo 2, sobre el derecho a la vida; del artículo 3, relativo a la prohibición de la tortura; del artículo 8, sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar; y del artículo 13, relativo al derecho a un recurso interno efectivo ante casos de violación del Convenio.<sup>216</sup>

#### 5.8.1.2.2 Libertad de circulación

En cuanto a la libertad de circulación se refiere, el artículo 2.1 del Protocolo No. 4<sup>217</sup> dispone que “toda persona que se encuentre *legalmente*<sup>218</sup> en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia”, sujeto a las limitaciones o restricciones aplicables a todas las personas establecidas en el artículo 2, apartados 3 y 4. Aunque esta disposición no se refiere expresamente a los extranjeros, distingue entre aquellas personas que se encuentren *legalmente* en el territorio de un Estado, las cuales pueden ser nacionales o extranjeras, y aquéllas que no, que sólo pueden ser extranjeras. En consecuencia, los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado tienen derecho a ejercer su libertad de circulación dentro de dicho Estado y a elegir libremente su lugar de residencia, pero aquéllos en situación irregular no tienen este derecho. Cabe recordar que esta disposición es similar a la de otros instrumentos internacionales de derechos humanos analizados en los capítulos 4 y 5 de este trabajo.

La Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que el término ‘legalmente’ es definido por el derecho interno del Estado en cuestión y que se considera que los extranjeros admitidos bajo ciertas condiciones por las autoridades de un Estado están “legalmente dentro de su territorio”, siempre que cumplan con esas condiciones.<sup>219</sup> Por ello, las personas autorizadas a entrar en un Estado por un tiempo limitado con base en razones humanitarias no necesariamente derivan su derecho de admisión permanente de su situación temporal.<sup>220</sup> Asimismo, se ha entendido que el artículo 2.1 del Protocolo No. 4 no era aplicable a aquellos extranjeros en tránsito.<sup>221</sup>

---

<sup>216</sup> Véanse las secciones 5.8.1.3 y 5.8.1.4, *infra*.

<sup>217</sup> El Protocolo No. 4 fue adoptado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 y entró en vigor el 2 de mayo de 1968. Fue enmendado por el Protocolo No. 11, de 11 de mayo de 1994, el cual entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. A febrero de 2011, el Protocolo No. 4 ha sido ratificado por 43 Estados (Grecia, Suiza, Turquía y Reino Unido no lo han ratificado). Información disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=046&CM=7&DF=06/02/2011&CL=ENG>.

<sup>218</sup> Los trabajos preparatorios del Convenio revelan que en inglés se prefirió la palabra “*lawfully*” sobre “*legally*”; y en la versión en francés se prefirió “*régulièrement*” sobre “*légalement*”, con el fin de reflejar el amplio poder de los Estados para controlar la entrada y residencia de extranjeros. Drzemczewski, Andrew, 1985, *op.cit.*, nota 189, p. 356-357.

<sup>219</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Paramanathan vs. La República Federal de Alemania*, demanda No. 12068/86, decisión de 1 de diciembre de 1986; *Becker vs. Dinamarca*, demanda no. 7011/75, decisión de 3 de octubre de 1975.

<sup>220</sup> Schermers, H. G., Human Rights and the Free Movement of Persons. The Role of the European Commission and Court of Human Rights, en Schermers, H. G., *et al.*, (eds.), *Free Movement of Persons in Europe*, La Haya; Dordrecht: T.M.C. Asser Institute / Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 238.

<sup>221</sup> Drzemczewski, A., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1984, p. 11.

### 5.8.1.2.3 Detención de extranjeros para impedir su entrada ilegal en el territorio de un Estado Parte o contra los cuales esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición

El artículo 5 consagra el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad personales. Establece que nadie puede ser privado de su libertad, a menos que se encuentre en alguno de los supuestos enumerados en los incisos a-f del apartado 1 de dicho artículo, entre los que se halla “si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada *ilegal* en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición” (art. 5.1.f). Como se aprecia, este supuesto sólo es aplicable a los extranjeros, a quienes los Estados tienen derecho de detener si intentan entrar de forma ‘ilegal’ en su territorio. Sin embargo, este poder de los Estados no es ilimitado, se tiene que sujetar a una serie de requisitos establecidos en el artículo 5 del Convenio. Eso sí, las garantías del artículo 5 son relativas a la legalidad de la privación de la libertad, no a las restricciones de la libertad de circulación, cubiertas por el artículo 2 del Protocolo no. 4, o a la legalidad de las condiciones de la detención, materia del artículo 3 del Convenio.

a) *La detención.* El artículo 5 no provee una definición de detención. La única referencia es que la detención es la privación de la libertad. En consecuencia, la CEDH ha realizado algunas precisiones al respecto, pero sin elaborar una definición rígida. En su lugar, ha utilizado varios criterios, los cuales, de estar presentes en una situación particular, determinan la existencia de una privación de la libertad.

En el caso de *Guzzardi vs. Italia*, la CEDH manifestó que: “para determinar si una persona ha sido ‘privada de su libertad’ en el sentido del artículo 5, el punto de partida debe ser la situación concreta, y se debe prestar atención a una serie de criterios tales como el tipo, la duración, los efectos y la manera de implementación de la medida en cuestión”.<sup>222</sup> La Corte continuó su análisis señalado que “la diferencia entre una privación y una restricción a la libertad es meramente de grado o intensidad, y no de naturaleza o carácter sustancial”.<sup>223</sup> Al respecto, se deben considerar varios elementos, tales como la extensión del área en que el individuo fue detenido; el grado de contacto social al que tuvo acceso; su imposibilidad de salir del lugar de detención sin dar previo aviso a las autoridades; los requerimientos de informar que le fueron impuestos; y las sanciones aplicadas como violación de estas violaciones.<sup>224</sup>

Otro caso relevante es el de *Amuur vs. Francia*, relativo a cuatro hermanos somalíes solicitantes de asilo, retenidos en un aeropuerto parisino por 20 días, en el cual la CEDH encontró que, aunque los denunciados habían sido hospedados en hoteles que formaban parte de la zona de tránsito, “habían sido puestos bajo la vigilancia estricta y constante de la policía”.<sup>225</sup> En respuesta al argumento del Gobierno francés de que los denunciados no habían sido detenidos ya que habían podido abandonar la zona de tránsito en cualquier

---

<sup>222</sup> CEDH, *Guzzardi vs. Italia*, demanda no. 7367/76, sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 92.

<sup>223</sup> *Ibidem*, párr. 93.

<sup>224</sup> *Ibidem*, párr. 95.

<sup>225</sup> CEDH, *Amuur vs. Francia*, demanda no. 19776/92, sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 45.



momento para regresar al país del cual habían venido, la CEDH señaló: “el mero hecho de que resulte posible que los solicitantes de asilo abandonen voluntariamente el país donde desean encontrar asilo no excluye que se trate de una restricción de la libertad [...]. Además, esta posibilidad se vuelva teórica si no existe otro país que ofrezca una protección comparable a la protección que ellos esperaban del país en el cual se encontraban solicitando asilo, y que se encuentra dispuesto y preparado para aceptarlos”.<sup>226</sup> En consecuencia, decidió que: “el retener a los denunciantes en la zona de tránsito del aeropuerto París-Orly resultaba equivalente en la práctica, en vista de las restricciones padecidas, a una privación de la libertad”.<sup>227</sup>

La CEDH también ha señalado que la privación de la libertad debe ser “necesaria en una sociedad democrática” y, en particular, debe “ser de conformidad con el propósito de la limitación”.<sup>228</sup> Tal propósito incluye “la prevención de la inmigración *ilegal*”.<sup>229</sup> Por ejemplo, en el caso *Saadi vs. Reino Unido*, relativo a un ciudadano iraquí que solicitó asilo a su llegada al Reino Unido y que, después de habersele otorgado un permiso de entrada temporal, fue detenido por siete días, la Corte concordó con el Estado demandado en que “hasta que un inmigrante potencial ha obtenido permiso para permanecer en el país, no ha efectuado una entrada legal, y la detención puede ser razonablemente considerada para prevenir la entrada ilegal”.<sup>230</sup> Aún más, la CEDH acordó que tal detención era permisible incluso en casos en los que no había riesgo de que el extranjero se diera a la fuga u otro tipo de mala conducta. Esto porque en el contexto del artículo 5.1.f), que se refiere a extranjeros, el Estado tiene una discreción más amplia que cuando se trata de otras interferencias con el derecho de libertad. La Corte concluyó, por tanto, que no se había violado el artículo 5.1.f) del Convenio.<sup>231</sup>

b) *Condiciones de la detención.* El artículo 5 no se refiere a las condiciones de la detención y no provee ninguna indicación sobre las instalaciones en las cuales la privación de la libertad debe ser ejecutada. Sin embargo, la CEDH ha hecho referencias a la naturaleza de las instalaciones de la detención en decisiones de admisibilidad. Por ejemplo, en el caso *Ha You Zhu vs. Reino Unido*, relativo a un solicitante de asilo chino que fue detenido en una prisión en Escocia hasta que se examinó su solicitud de asilo y, luego de ser ésta rechazada, hasta que se ejecutó su deportación, la Corte señaló que resulta indeseable que los extranjeros que esperan ser deportados se encuentren detenidos en los mismos lugares que los prisioneros convictos.<sup>232</sup>

c) *Detención legal.* El artículo 5.1 requiere que la privación de la libertad se realice “de acuerdo con los procedimientos prescritos en la ley”. Adicionalmente, cada sub-párrafo, incluido el 5.1.f, supone que la detención es legal. En la práctica, la CEDH funde algunas

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, párr. 48.

<sup>227</sup> *Ibidem*, párr. 49.

<sup>228</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Winterwerp vs. Países Bajos*, demanda no. 6301/73, decisión de 24 de octubre de 1979, párr. 39, 46.

<sup>229</sup> *Amuur vs. Francia, op.cit.*, nota 225, párr. 43.

<sup>230</sup> CEDH, *Saadi vs. Reino Unido*, demanda no. 13229/03, sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 40.

<sup>231</sup> *Ibidem*, párr. 44-45.

<sup>232</sup> CEDH, *Ha You Zhu vs. Reino Unido*, demanda no. 36790/97, decisión sobre admisibilidad de 12 de septiembre de 2000.

veces las consideraciones de ambos requisitos; esto es, los aspectos procedimentales y sustantivos con miras a la sola condición de que la privación de la libertad sea legal.

En el caso *Bozano vs. Francia*, la CEDH expresó que “el tema principal que debe determinarse es si la detención en cuestión fue ‘legal’, incluyendo si se realizó con ‘arreglo al procedimiento establecido por la ley’. La Convención hace referencia esencialmente al derecho interno y a la necesidad de aplicar sus disposiciones en casos de detención, pero también obliga a que *cualquier medida de privación de libertad resulte compatible con el propósito del artículo 5, es decir, la protección del individuo contra la arbitrariedad*. Lo que está en juego no sólo es ‘el derecho a la libertad’, sino también ‘el derecho a la seguridad personal’”.<sup>233</sup>

Y en *Amuur vs. Francia*, la CEDH, al considerar que el artículo 5.1 señala que cualquier arresto o detención tenga una base legal en la legislación interna, indicó que:

“esta formulación no hace una simple referencia a la legislación interna [...], sino que también hace alusión a la *calidad* de la ley, un concepto inherente a todos los artículos del Convenio Europeo [...] calidad en este sentido *implica* que cuando una ley nacional autoriza la privación de libertad -especialmente en relación con un solicitante de asilo extranjero- debe *ser lo suficientemente accesible y precisa para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad*. Estas características tienen una importancia fundamental en relación con los solicitantes de asilo en los aeropuertos, particularmente en vista de la necesidad de reconciliar la protección de los derechos fundamentales con los requisitos contemplados en las políticas de inmigración de los Estados”.<sup>234</sup>

En este caso, al analizar la legislación francesa vigente en el momento de los hechos, la CEDH concluyó que: “ninguno de estos textos permitían que los tribunales ordinarios *examinaran las condiciones bajo las cuales los extranjeros eran retenidos* o tampoco imponían, de ser necesario, un *límite a las autoridades administrativas en relación con la extensión de tiempo durante la cual podían estar retenidos*. No contemplaban *asistencia legal, humanitaria o social*, y tampoco estipulaban *procedimientos ni períodos de acceso a dicha asistencia*”.<sup>235</sup> De esta forma, la Corte estableció en este caso algunos estándares legislativos concernientes a la detención de los solicitantes de asilo en el momento de arribo, los cuales deben ser cumplidos por los Estados.

En relación con situaciones que involucran a personas contra quienes se han tomado acciones con miras a su deportación, destaca el caso *Ali vs. Suiza*, el cual trató sobre un solicitante de asilo somalí que no contaba con documentos de viaje, cuya petición de asilo había sido denegada, y a quien las autoridades suizas tenían la intención de deportar por una serie de condenas penales. Al respecto, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que su detención contravino el artículo 5.1.f en consideración a que la carencia de documentos de viaje significaba que la detención no se había realizado “con miras a su expulsión”.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> CEDH, *Bozano vs. Francia*, demanda no. 5/1985/91/138, sentencia de 2 de diciembre de 1986, párr. 54.

<sup>234</sup> *Amuur vs. Francia*, *op.cit.*, nota 225, párr. 50.

<sup>235</sup> *Ibidem*, párr. 53.

<sup>236</sup> Véanse el informe de 26 de febrero de 1997 de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la sentencia de 5 de agosto de 1998 de la CEDH en el caso *Ali vs. Suiza*, demandas no. 69/1997/853/1060, la cual declaró el caso inadmisibile debido a que el demandante se encontraba ya en Somalia y no podía ser contactado.

En el caso *Conka vs. Bélgica*, la Corte declaró la violación del artículo 5.1.f como consecuencia de que las autoridades habían citado con engaños a los demandantes (cuyas solicitudes de asilo habían sido denegadas) a presentarse en la estación de policía para “completar el expediente relativo a su solicitud de asilo”, pero en su lugar los arrestaron, detuvieron y expulsaron. La CEDH declaró que:

“[I]a lista de excepciones al derecho a la libertad personal garantizado por el artículo 5.1 tiene carácter taxativo y sólo una interpretación restrictiva resulta consistente con el propósito de tal disposición. En opinión del Tribunal, estos requerimientos también deben reflejarse en la confiabilidad de las comunicaciones tales como las que fueron enviadas a los demandantes, sin considerar si los destinatarios se encuentran legalmente en el país o no. Por ello, incluso con personas que han permanecido más tiempo del autorizado, una decisión consciente por parte de las autoridades que facilite o mejore la efectividad de una operación planificada para expulsar a extranjeros mediante engaños sobre el propósito de una citación que facilite la privación de su libertad, no resulta compatible con el artículo 5”.<sup>237</sup>

De esta forma, los Estados están obligados a que las comunicaciones que envíen a las personas sean confiables, sin importar si los destinatarios se encuentran legalmente en el país y se han tomado acciones con miras a su deportación.

Y en el caso *Chahal vs. Reino Unido*, que versó sobre la deportación de un indio sikh separatista por razones de seguridad nacional, la CEDH distinguió el requisito de “necesidad” bajo el artículo 5.1.c<sup>238</sup> y su relación con el artículo 5.1.f, y concluyó que el sub-párrafo f no requiere que la detención de un extranjero con miras a su deportación sea considerada razonablemente necesaria. Sólo requiere que “la acción sea tomada con miras a la deportación”.<sup>239</sup> Entonces, la detención de un extranjero estaría justificada aún si la orden de deportación no estuviera en vigor. Sin embargo, dejaría de ser justificada si el proceso de deportación fuera conducido sin la debida diligencia.

d) *Duración de la detención.* Aunque el artículo 5.1.f) no contempla ningún límite temporal relativo a la duración de la detención, la CEDH ha interpretado del texto del sub-párrafo f) (el cual señala que deben tomarse acciones *con miras* a la deportación) que tal límite existe para casos de deportación o extradición. La Corte no ha hecho ninguna determinación explícita en relación con los casos de las personas que entren sin autorización al país, pero en el ámbito comunitario la *Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, prevé un plazo máximo de 6 meses de detención, prorrogable por otros 12 meses (art. 15, apartados 5 y 6). Es decir, contempla un plazo máximo de 18 meses de detención, el cual claramente contrasta con las pautas dadas por la CEDH en su jurisprudencia, como se verá a continuación.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> CEDH, *Conka vs. Bélgica*, demanda no. 51564/99, sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 42.

<sup>238</sup> El artículo 5.1.c dispone: “Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

<sup>239</sup> CEDH, *Chahal vs. El Reino Unido*, demanda no. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996, párr. 112; *Conka vs. Bélgica*, *op.cit.*, nota 237, párr. 38; *Saadi vs. El Reino Unido*, *op.cit.*, nota 230, párr. 44.

<sup>240</sup> Esta directiva se analiza en la sección 5.12 de este capítulo.

i. Detención en el momento de la llegada. En el caso *Amuur vs. Francia*, la CEDH estableció un vago umbral sobre el límite temporal más allá del cual una restricción de la libertad se convierte en una privación de la libertad: “*tal retención no debe prolongarse excesivamente*, de otro modo corre el riesgo de pasar de una restricción de la libertad - inevitable con miras a la organización de detalles prácticos de la repatriación de un extranjero o, cuando éste ya ha planteado la solicitud de asilo, mientras su petición sobre el permiso para ingresar al territorio con ese propósito es considerada- a una privación de la libertad”.<sup>241</sup> Además, señaló que el prolongar la detención requiere “*de una pronta revisión por parte de los tribunales nacionales, guardianes tradicionales de la libertad personal*. Sobre todo, tal confinamiento no debe privar al solicitante de asilo del derecho de tener acceso efectivo al procedimiento de determinación de la condición de refugiado”.<sup>242</sup>

ii. Detención mientras se ejecuta la deportación o extradición. La duración de la detención en estas situaciones ha sido considerada por la CEDH en un gran número de casos sobre la base de la “diligencia debida” con la cual se adoptan las medidas con miras a la deportación o extradición. En *Quinn vs. Francia*, expresó que: “*la privación de libertad de conformidad con este subpárrafo [5.1.f] debe estar justificada sólo por el tiempo que se extienda la conducción de los procedimientos de extradición*. Por ello, si tales procedimientos no se realizan con la diligencia debida, entonces la detención deja de estar justificada según el artículo 5, párrafo 1.f”.<sup>243</sup> Y en *Kolompar vs. Bélgica*, observó que “*las limitaciones al derecho contemplado en el artículo 5 del Convenio Europeo deben ser interpretadas de manera restrictiva*”, por lo que los Estados deben adoptar medidas positivas para acelerar los procedimientos y así acortar la detención.<sup>244</sup>

La sentencia de la Corte en el caso *Chahal vs. Reino Unido*<sup>245</sup> brinda algunos elementos relevantes en relación con la duración de la detención de los solicitantes de asilo sujetos a un proceso de deportación. En este caso, en el que la solicitud de asilo del denunciante duró por 4 años, la CEDH no consideró que “*los períodos resultaron excesivos, tomando en cuenta la detallada y cuidadosa consideración que requería la solicitud de asilo político presentada por el denunciante y las oportunidades que se le brindaron de ser representado y presentar información*”,<sup>246</sup> por lo que no había tenido lugar una violación del artículo 5, párrafo 1 del Convenio.<sup>247</sup>

#### e) Garantías procesales

---

<sup>241</sup> *Amuur vs. Francia, op.cit.*, nota 225, párr. 43.

<sup>242</sup> *Ídem*.

<sup>243</sup> CEDH, *Quinn vs. Francia*, demanda no. 18580/91, sentencia de 22 de febrero de 1995, párr. 48.

<sup>244</sup> CEDH, *Kolompar vs. Bélgica*, demanda no. 11613/85, sentencia de 27 de agosto de 1992, párr. 39.

<sup>245</sup> En este caso, el peticionario fue arrestado, con miras a ser deportado a la India, como consecuencia de sus presuntas actividades terroristas en el Reino Unido, las cuales constituían una amenaza a la seguridad nacional. El detenido planteó en el momento de su detención su solicitud de asilo, la cual fue rechazada ante todas las instancias en el procedimiento interno. En consecuencia, planteó la demanda ante la CEDH, alegando que su deportación a la India violaría el artículo 3 del CoEDH y que la duración de su detención resultaba contraria al artículo 5.1 del Convenio.

<sup>246</sup> *Chahal vs. El Reino Unido, op.cit.*, nota 239, párr. 115.

<sup>247</sup> *Ibidem*, párr. 117.

i. La obligación de informar. El artículo 5.2 establece que: “toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención”.<sup>248</sup> Para la CEDH, esta obligación, aplicable a todas las categorías de personas detenidas de conformidad con el párrafo 5.1, es una consecuencia directa del derecho de examinar la legalidad de la detención. Por lo tanto, esta obligación es relevante para las personas que aguardan ser deportadas o extraditadas, así como para las personas detenidas en el momento de su entrada al territorio del Estado en cuestión.

En el caso *Fox, Campbell y Hartly vs. Reino Unido*, la Corte enfatizó que:

“el párrafo 2 del artículo 5 contiene la salvaguardia elemental de que cualquier persona arrestada debe conocer el por qué ha sido privada de libertad. Este artículo es una parte integral del sistema de protección contemplado por el artículo 5: con base en el párrafo 2, a cualquier persona arrestada se le debe decir, en un lenguaje que la persona pueda comprender, simple y sin tecnicismos, las razones legales y fácticas esenciales de su arresto, con el propósito de que sea capaz, de considerarlo apropiado, de recurrir a un tribunal para la revisión de la legalidad de la detención, de conformidad con el párrafo 4. Aunque esta información debe ser transmitida con prontitud, no debe expresada en su integridad por el oficial que realiza el arresto en el momento de realizar éste. La evaluación de si el contenido y la prontitud de la información fue adecuada debe ser realizada en cada caso, de conformidad con las especiales características del mismo”.<sup>249</sup>

Y en el caso *Zamir vs. Reino Unido*, la Comisión señaló que se debía proporcionar asistencia legal gratuita a un extranjero irregular pendiente de deportación por su pobre manejo del idioma del Estado receptor y la complejidad de su caso.<sup>250</sup>

De este modo, la información que se brinda a la persona detenida debe tener tres cualidades esenciales: debe ser transmitida con prontitud, lo cual debe examinarse caso por caso; debe brindar las razones legales y de hecho de la detención, ya que la sola indicación de la base legal del arresto, en sí misma, resulta insuficiente para los propósitos del artículo 5.2;<sup>251</sup> y debe ser comprensible para la persona, lo cual implica que la información sea brindada en un lenguaje sin tecnicismos y en el idioma, o uno de los idiomas, del denunciante en caso de ser un extranjero. En consecuencia, existe la obligación de facilitar la traducción o proveer un intérprete.

ii. La obligación de examinar la legalidad de la detención. El artículo 5.4 establece que: “Toda persona privada de su libertad mediante detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”. Esta obligación se aplica a todas las categorías de personas detenidas de conformidad con el artículo 5.1, es decir, están incluidos los migrantes irregulares.

---

<sup>248</sup> En este mismo sentido, los apartados a) y e) del artículo 6.3 del CoEDH disponen: “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; [...] e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

<sup>249</sup> CEDH, *Fox, Campbell y Hartly vs. Reino Unido*, demandas no. 1244/86 – 12445/86 – 12383/86, sentencia de 26 de junio de 1990, párr. 40.

<sup>250</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Zamir vs. Reino Unido*, demanda no. 9174/80, decisión de 11 de octubre de 1983.

<sup>251</sup> *Fox, Campbell y Hartly vs. Reino Unido*, op.cit., nota 249, párr. 41.

La CEDH ha realizado algunas precisiones sobre si la decisión de realizar la detención fue ordenada por un tribunal o por una autoridad administrativa en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica*:

“Cuando la decisión de privar a alguna persona de su libertad es tomada por una autoridad administrativa, no cabe duda que el artículo 5.4 obliga a los Estados contratantes a poner a disposición de la persona detenida el derecho a recurrir ante un tribunal; sin embargo, no existen elementos que indiquen que lo mismo debe suceder cuando la decisión es tomada por un tribunal [...]. En este último caso, la supervisión requerida por el artículo 5.4 se encuentra incorporada en la decisión [...]. Por ello, se puede concluir que se ha observado el artículo 5.4 si el arresto o la detención [...] ha sido ordenada por un “tribunal” en el sentido del párrafo 4”.<sup>252</sup>

De esta forma, la Corte ha enfatizado la obligación de los Estados Partes de proporcionar a los detenidos mediante una orden administrativa la posibilidad de recurrir tal decisión ante un órgano judicial. Cabe recordar que por razones de seguridad nacional, entre las cuales se encuentran la lucha contra el terrorismo y el control de la migración irregular, los Estados recurren frecuentemente a este tipo de prácticas. Esto es, el arresto y la privación de la libertad de una persona no acordados judicialmente, sino por una autoridad del Estado fuera de un contexto jurídico penal. Por ello, es que la garantía del artículo 5.4 del Convenio resulta esencial en el contexto de la detención de los migrantes irregulares y los solicitantes de asilo en el momento del arribo.

Las detenciones administrativas invariablemente son susceptibles de control judicial, el cual puede ser efectuado a través del procedimiento judicial de hábeas corpus (u otros análogos), el cual es particularmente relevante para controlar la legalidad de este tipo de detenciones pues reconoce a todo individuo el derecho innegable de impugnar su detención arbitraria y constituye uno de los remedios más eficaces de que dispone para ello.<sup>253</sup> De este modo, ante una detención, aunque venga acordada por el funcionario administrativo que ostenta competencia, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, los migrantes irregulares detenidos pueden ejercitar este recurso, aunque no, por supuesto, para impugnar las cuestiones relativas a la procedencia de su expulsión o deportación, objeto en su caso de impugnación ante los tribunales contencioso administrativos, sino, precisamente, las de la detención preventiva previa a la expulsión, ya que el juez del hábeas corpus debe controlar la legalidad material de la detención administrativa.

En este sentido, en el caso *Conka vs. Bélgica*, la CEDH ha enfatizado que debe existir un recurso accesible contra la detención: “el Convenio tiene el propósito de garantizar derechos que no son teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos. En relación con la accesibilidad del recurso bajo el artículo 35.1 del Convenio Europeo, esto implica, *inter alia*, que las circunstancias creadas por las autoridades deben ser de tal naturaleza que permitan a los demandantes una posibilidad real de utilizar el recurso”.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> CEDH, *Casos de De Wilde, Ooms y Versyp ("Vagrancy") vs. Bélgica (méritos)*, demandas no. 832/66; 2835/66; 2899/66, sentencia de 18 de junio de 1971, párr. 76.

<sup>253</sup> Cabe recordar que además del artículo 5.4 del CoEDH, el artículo 9.4 del PIDESC contempla la posibilidad de recurrir a este procedimiento u otro análogo para impugnar la legalidad de la detención ante un órgano judicial que sea competente para ordenar la puesta en libertad del detenido en el caso de que la detención sea ilegal. Igualmente, en el ámbito interamericano, la CADH lo contempla en su artículo 7.6.

<sup>254</sup> *Conka vs. Bélgica, op.cit.*, nota 237, párr. 46.

En el caso *Weeks vs. Reino Unido*, la Corte realizó su interpretación del concepto de “órgano judicial” al que hace referencia el artículo 5.4: “no necesariamente debe ser un tribunal de justicia en el sentido tradicional, compuesto en el marco del aparato judicial del país. El término “órgano judicial” denota un órgano que muestra no sólo características comunes fundamentales, entre las cuales destaca la independencia del ejecutivo y de las partes en el caso, pero también garantías –apropiadas para cualquier privación de libertad en cuestión- de un proceso judicial, las cuales pueden adoptar diversas formas de un ámbito al otro. Asimismo, el texto del artículo 5, párr. 4, aclara que el órgano en cuestión no debe ostentar sólo funciones consultivas, sino que debe tener la competencia para decidir sobre la legalidad de la detención y para ordenar la liberación, en caso de que la detención sea ilegal”.<sup>255</sup>

La CEDH no considera que las garantías procesales deban ser idénticas en todos los casos de detención en los que la intervención de un órgano judicial es requerida. Para determinar si las garantías otorgadas son adecuadas, se debe prestar atención a la naturaleza de las circunstancias en las que el procedimiento se desarrolla.<sup>256</sup> Sin embargo, ciertas garantías son consideradas esenciales en el contexto de la detención al aguardar la deportación o en el momento de la llegada: procedimientos escritos y contradictorios; asistencia legal cuando el denunciante es extranjero y no comprende el procedimiento; el tiempo suficiente y los medios para preparar el caso, y la posibilidad de plantear recursos de manera regular, si la puesta en libertad es inicialmente rechazada.

En relación con el margen de control de los tribunales internos, la CEDH manifestó en el caso *Chahal vs. Reino Unido* que: “el ámbito de las obligaciones bajo el artículo 5, párr. 4, no es idéntico para cada tipo de privación de libertad; éste se aplica en particular en relación con el margen de la revisión judicial otorgada. Sin embargo, es claro que el artículo 5, párr. 4, no garantiza el derecho a una revisión judicial de tal amplitud que permita al Tribunal, en todos los ámbitos del caso, incluidas cuestiones de pura celeridad, sustituir su propia discreción por aquélla de la autoridad que toma la decisión. La revisión, sin embargo, debe ser lo suficientemente amplia para considerar las condiciones que resultan esenciales para la legalidad de la detención de una persona, garantizadas por el artículo 5, párr. 1”.<sup>257</sup>

El artículo 5.4, además, requiere que la decisión sea adoptada “en breve plazo”. En el caso *Sánchez-Reisse vs. Suiza*, la CEDH afirmó que “este concepto no puede definirse en abstracto; el asunto debe [...] ser decidido a la luz de las circunstancias de cada caso”.<sup>258</sup> Por ello, resulta difícil el brindar un plazo estándar para la revisión. Sin embargo, la CEDH estima que el concepto “en breve plazo” contiene dos requisitos separados: uno por el cual la persona detenida debe tener acceso a un recurso inmediatamente o en un plazo breve después de la detención; y el otro mediante el cual el recurso, una vez que se ha hecho uso del mismo, debe resolverse con celeridad.

---

<sup>255</sup> CEDH, *Weeks vs. Reino Unido*, demanda no. 9787/82, sentencia del 27 de enero de 1987, párr. 61.

<sup>256</sup> *De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica*, op.cit., nota 252, párr. 78.

<sup>257</sup> *Chahal vs. Reino Unido*, op.cit., nota 239, párr. 127.

<sup>258</sup> CEDH, *Sánchez-Reisse vs. Suiza*, demanda no. 9862/82, sentencia de 19 de septiembre de 1986, párr. 55.

iii. La obligación de reparar. El artículo 5.5 establece que “Toda persona víctima de una privación de libertad o detención realizada en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.” La CEDH ha delimitado el ámbito de esta obligación:

En el caso *Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido*, toda vez que el arresto y la detención de los denunciantes habían sido contrarios al artículo 5.1, la CEDH determinó que tenían derecho a obtener una reparación por ello, de acuerdo con el artículo 5.5. Sin embargo, como de acuerdo con la legislación del Estado que realizó la detención ilegal dicha violación no daba lugar a una petición válida sobre reparaciones a las víctimas ante los tribunales, la Corte concluyó que había tenido lugar una violación del artículo 5.5 del Convenio.<sup>259</sup> De esta forma, la Corte estableció que el artículo 5.5 requiere que, en caso de que se verifique que hubo una detención contraria a lo dispuesto por el artículo 5.1, exista un proceso de reparación para las víctimas en la legislación interna.<sup>260</sup>

Y en el caso *Wassink vs. Países Bajos*, la Corte señaló que el artículo 5.5 no prohíbe a los Estados Partes el hacer que el pago de la indemnización por violaciones del artículo 5 dependa de la habilidad de la persona en cuestión de demostrar el daño resultante. En el contexto del artículo 5.5, el estatus de “víctima” puede existir incluso cuando no hay daño, pero no puede hablarse de “reparación” donde no ha existido un daño material o inmaterial que compensar.<sup>261</sup> De este modo, la reparación, que debe ser de carácter monetario, debe darse cuando una persona detenida no se encuentra dentro de las excepciones del artículo 5.1 o cuando se han violentado las garantías procesales del artículo 5, párrafos 2 a 4.

En resumen, el CoEDH permite que se remueva a los migrantes irregulares, en concordancia con el tradicional enfoque de permitir a los Estados el ejercicio de su poder de controlar las cuestiones migratorias. La CEDH ha reconocido un amplio poder discrecional a los Estados en esta materia, al señalar que la detención de estas personas es una medida válida para que los Estados frustren los cada vez más frecuentes intentos de evadir las restricciones de inmigración. Sin embargo, esto no debe opacar el hecho de que el derecho a la libertad y la seguridad es uno de los derechos esenciales protegidos por el CoEDH. Esa es la causa por la cual la detención, que es considerada como una excepción al derecho a la libertad, ha sido restringida a ciertas situaciones y rodeada de garantías procesales. En un momento en el cual los Estados están practicando, cada vez más, la detención de migrantes irregulares con el fin de ejercer su facultad soberana de controlar la migración a su territorio, la protección otorgada por el artículo 5 del Convenio es esencial contra las detenciones arbitrarias de estas personas.

De acuerdo con esta disposición, los Estados Partes se encuentran obligados a garantizar: que las detenciones a los migrantes irregulares no sean arbitrarias; la revisión judicial de la legalidad de dichas detenciones, como una medida de seguridad en contra de la arbitrariedad, incluida la de la ley de derecho interno en la que se basan; que existan disposiciones en su derecho interno que establezcan límites de tiempo y acceso a asistencia

---

<sup>259</sup> *Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido*, op.cit., nota 249, párr. 46.

<sup>260</sup> *Ídem; Wassink vs. Países Bajos*, demanda no. 12535/86, sentencia de 27 de agosto de 1990, párr. 38.

<sup>261</sup> *Ídem*.



legal, humanitaria y social; que se diferencie entre los extranjeros que no son sospechosos de ser criminales de los que sí lo son; que se informe a los migrantes en el plazo más breve posible y en una lengua que comprendan de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ellos; y que la legislación interna prevea el otorgamiento de una reparación a aquellas personas cuya detención o privación de libertad haya sido contraria a lo dispuesto por el artículo 5 del CoEDH.

#### 5.8.1.2.4 Derechos políticos

Otra disposición que incumbe a los extranjeros es la del artículo 16, la cual establece las ya conocidas restricciones a la actividad política de los extranjeros: “ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”. Las disposiciones a que hace mención este artículo son la libertad de expresión (art. 10), de reunión (art. 11) y la prohibición de la discriminación (art. 14). Esta cláusula limitativa de los derechos políticos de los extranjeros recuerda las de otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el PIDCP y la CADH. De hecho, los trabajos preparatorios del Convenio señalan que esta disposición fue incluida para reflejar la costumbre internacional de que los Estados son libres de establecer restricciones a la actividad política de los extranjeros.<sup>262</sup> En este sentido, la Comisión discutió el alcance del artículo 16 del CoEDH en su decisión del caso *Piermont vs. Francia*, en la cual señaló:

“aquéllos que elaboraron el proyecto [del artículo 16] se suscribieron a un concepto que era entonces prevaleciente en el Derecho Internacional, bajo el cual una restricción general e ilimitada de las actividades políticas de los extranjeros se pensaba como legítima”.<sup>263</sup>

#### 5.8.1.2.5 Limitaciones al derecho de propiedad

El artículo 1 del Protocolo No. 1<sup>264</sup> del CoEDH establece la protección de la propiedad:

“*Toda persona* física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y *los principios generales del Derecho Internacional*.”

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de adoptar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

Como se puede apreciar, esta disposición expresamente contempla la posibilidad de restricciones en las condiciones previstas por las leyes y los principios generales del Derecho Internacional, y por causa de utilidad pública. Se trata de un esquema normativo

---

<sup>262</sup> COE, *Collected edition of the "Travaux préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, Vol. III, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1976, p. 266.

<sup>263</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Piermont vs. Francia*, demanda no. 15773/89, decisión de 27 de abril de 1995.

<sup>264</sup> El Protocolo No. 1 fue adoptado en París el 20 de marzo de 1952 y entró en vigor el 18 de mayo de 1954. Fue enmendado por el Protocolo No. 11, de 11 de mayo de 1994, el cual entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. A febrero de 2011, el Protocolo No. 1 ha sido ratificado por 45 Estados. Información en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=009&CM=7&DF=09/02/2011&CL=ENG>.

en el que parece admitirse que la restricción, la función social y la configuración legal son inherentes al derecho de propiedad. Por ello, la revisión europea parece no ser tan intensa y el margen de apreciación nacional de los Estados poseer cierta amplitud.

En los casos que han involucrado a extranjeros, la CEDH ha encontrado que el derecho de disfrutar pacíficamente de las posesiones no da derecho a los extranjeros que poseen una propiedad el residir permanentemente en el territorio del Estado de que se trate para usar su propiedad. Asimismo, que estas restricciones aplicables a la residencia de los extranjeros en un Estado extranjero son compatibles con el artículo 1 del Protocolo no. 1, siempre que no sean absolutas o permanentes.<sup>265</sup> Por tanto, permanece incierto si el artículo 1 del Protocolo no. 1 garantiza o no a los extranjeros que poseen una propiedad en un Estado extranjero el derecho de entrar en su territorio. Si tal derecho existiera, su ámbito estaría limitado por la propia disposición, según lo antes señalado.

Por otro lado, los “principios generales del Derecho Internacional” a que se refiere el primer párrafo del artículo 1 del Protocolo no. 1 son aquéllos que protegen la propiedad de los extranjeros, y sólo a los extranjeros, en contra de la expropiación arbitraria y la nacionalización sin compensación.<sup>266</sup> Esta interpretación fue confirmada por la CEDH en el caso *James vs. Reino Unido*, en el cual la Corte encontró que la protección general que da el Derecho Internacional en la materia se limita a los extranjeros.<sup>267</sup> Entonces, en teoría, la compensación para los extranjeros podría ser más generosa que la otorgada a los nacionales del Estado en cuestión. Sin embargo, esto se limita en la práctica a la improbable situación en que la Corte decida echar mano de los principios generales del Derecho Internacional. En tal caso, estos principios prescriben un trato específico para la propiedad de los extranjeros, y el trato en cuestión sería diferente a aquél otorgado a los nacionales.<sup>268</sup>

La jurisprudencia de la CEDH muestra que los pocos casos sobre la materia han sido decididos con base en el principio de legalidad, el interés general de la comunidad o el pago de impuestos. En primer lugar, la Corte examina si la interferencia fue legal; esto es, si el derecho interno fue suficientemente accesible, preciso y previsible. En segundo lugar, si perseguía un fin legítimo. Y en tercer lugar, si los medios empleados fueron proporcionales al fin legítimo perseguido.<sup>269</sup>

En el caso *Beyeler vs. Italia* la Corte encontró que la privación de la propiedad a un extranjero era ilegal por “el elemento de incertidumbre en la ley [en cuestión] y la considerable latitud que ésta otorgaba a las autoridades”.<sup>270</sup> Y que tal interferencia no podía estar justificada sobre la base del interés nacional y que “independientemente de la nacionalidad del denunciante, tal enriquecimiento era incompatible con el requisito de un

---

<sup>265</sup> CEDH, *Ilić vs. Croacia*, demanda no. 42389/98, sentencia de 19 de septiembre de 2000.

<sup>266</sup> Oppenheim, Lassa, *Oppenheim's international law*, 9ª ed., Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), Harlow: Longman, 1996, párr. 910-927.

<sup>267</sup> CEDH, *James vs. El Reino Unido*, demanda no. 10622/83, sentencia de 21 de febrero de 1986, párr. 62. También véase *Beaumartin vs. Francia*, demanda no. 15287/89, sentencia de 24 de noviembre de 1994.

<sup>268</sup> Dijk, P. van, Hoof, G.J.H. van, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed., La Haya: Kluwer Law International, 1998, p. 636.

<sup>269</sup> Lambert, Hélène, *op.cit.*, nota 207, p. 39.

<sup>270</sup> CEDH, *Beyeler vs. Italia*, demanda no. 33202/96, sentencia de 28 de mayo de 2002, párr. 110.

balance justo”.<sup>271</sup> En este caso, la CEDH no reconoció un amplio margen de apreciación al Estado demandado y aplicó un control riguroso en vista de que así lo demandaban el “sobremargen” aplicado por el Estado y la manifiesta naturaleza de la lesión denunciada: la ley del derecho interno era poco clara, y el Estado había actuado tarde e inconsistentemente.

Por el contrario, en otros casos como *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH vs. Países Bajos* y *Agosi vs. Reino Unido*, la Corte ha avalado el derecho de los Estados de hacer cumplir las leyes que interfieren en el derecho de propiedad, “como consideren necesario”, para asegurar el pago de impuestos y de acuerdo con el interés general. En estos casos la Corte ha ejercido una revisión limitada del interés general que justifica la interferencia en el derecho de propiedad y parece ser más propensa a revisar la proporcionalidad de los medios empleados. En este sentido, reconoce que un “justo balance” debe caer entre las demandas del interés general y el interés individual.<sup>272</sup>

La jurisprudencia de la Corte muestra que ésta rara vez se encuentra preparada para interpretar “como consideren necesario” de un modo restrictivo, particularmente cuando se trata de extranjeros. En consecuencia, los Estados tienen permitido un amplio margen de discreción al elegir los medios empleados y el interés de la comunidad que justifica la interferencia en el derecho de propiedad. *Beyeler vs. Italia* es uno de los casos que van contra esta tendencia general de la jurisprudencia de la Corte.<sup>273</sup>

En conclusión, a pesar de que “los principios generales del Derecho Internacional” a los que hace mención el artículo 1 del Protocolo no. 1 permiten un trato más favorable para los extranjeros, la Corte ha puesto resistencia en resolver los casos que involucran a extranjeros sobre esa base. Por ello, se puede afirmar que esta disposición ofrece una protección limitada a los extranjeros.<sup>274</sup>

### 5.8.1.3 Limitaciones indirectas de los derechos de los extranjeros bajo el CoEDH

El CoEDH también contiene limitaciones *indirectas* en algunos de los derechos que reconoce, las cuales pueden resultar en la exclusión de los extranjeros en el momento en que los Estados los implementan. Eso sí, es preciso considerar que toda vez que las restricciones impuestas a los derechos reconocidos en el Convenio no son iguales en todos los casos, tampoco lo es el alcance del margen de discreción del que gozan los Estados, sino que depende del tipo de limitación al que esté sujeto el derecho en cuestión.<sup>275</sup>

#### 5.8.1.3.1 Derechos desprovistos de limitaciones específicas

---

<sup>271</sup> *Ibidem*, párr. 120-121.

<sup>272</sup> Al respecto, véanse los casos: *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH vs. Países Bajos*, demanda no. 40395/6, sentencia de 23 de febrero de 1995, párr. 59; *Agosi vs. Reino Unido*, demanda no. 9118/80, sentencia de 24 de octubre de 1986, párr. 51.

<sup>273</sup> Lambert, Héléne, *op.cit.*, nota 207, p. 40.

<sup>274</sup> Al respecto, véase Winisdoerffer, Yves, Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, 1998, p. 18-20.

<sup>275</sup> La clasificación de derechos empleada en este apartado es usada por Lambert, Héléne, *op.cit.*, nota 207, p. 41-42. También véase García Roca, Javier, *op.cit.*, nota 197, p. 172.

Los derechos desprovistos de limitaciones específicas en el Convenio (también llamados derechos absolutos)<sup>276</sup> son aquellos considerados tan fundamentales que ninguna suspensión puede ser aplicada a ellos y ninguna defensa puede ser argumentada en caso de su violación. Este es el caso de los derechos a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes (art. 3), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4) y el principio de no hay pena sin ley (art. 7). De esta forma, estos derechos demandan un escrutinio particularmente estricto, tanto en el ámbito interno como en el europeo, y el margen de apreciación nacional debe ser muy escaso por la gravedad de las conductas que entrañan las lesiones a dichos derechos.<sup>277</sup>

Ni el artículo 4 ni el 7 han dado lugar a muchos pronunciamientos por parte de la CEDH.<sup>278</sup> Y no hay nada que sugiera que ésta pueda considerar que la posición de los extranjeros es distinta respecto a la de los nacionales en relación con estos derechos.<sup>279</sup> No obstante, en el caso del artículo 3, y en cierto grado en el del artículo 2, existen algunas excepciones a esta regla. En particular, la posición de los extranjeros en el Convenio ha sido objeto de un escrutinio en aumento bajo el artículo 3 en casos que involucren su expulsión, incluidos los casos de custodia policial.<sup>280</sup> El carácter absoluto del artículo 3 ha sido afirmado en numerosas ocasiones por la Corte a pesar de los argumentos en contrario de los Estados.<sup>281</sup> Por ejemplo, en *Chahal vs. Reino Unido* sostuvo que:

“el artículo 3 consagra uno de los valores más fundamentales de la sociedad democrática [...] incluso en aquellas circunstancias (p.e. violencia terrorista), el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura o los tratos inhumanos y degradantes, independientemente de la conducta de la víctima [...] el artículo 3 no contiene disposiciones para su excepción y ninguna derogación es permisible bajo el artículo 15, incluso en el evento de emergencia pública”.<sup>282</sup>

a) *Expulsión de extranjeros bajo los artículos 2 y 3.* Los derechos a la vida (art. 2) y la prohibición de la tortura (art. 3) pueden encontrarse en riesgo en casos donde la consecuencia directa de una medida de *expulsión* de un extranjero conlleva su violación,<sup>283</sup> lo cual puede suceder en cuatro situaciones.<sup>284</sup>

---

<sup>276</sup> Grief y Addo han criticado la categorización de algunos derechos como ‘absolutos’ en razón de que cada derecho puede ser limitado en algún grado por razones o limitaciones contextuales (p.e. art. 3) o por limitaciones expresas (p.e. arts. 8-11). Grief, N., Addo, M. K., Some practical issues affecting the notion of absolute right in Article 3 of the European Convention on Human Rights, *European Law Review*, Vol. 23, 1998, p. 17-30.

<sup>277</sup> García Roca, Javier, *op.cit.*, nota 197, p. 173-174.

<sup>278</sup> Lambert, Hélène, *op.cit.*, nota 207, p. 42-43.

<sup>279</sup> Por ejemplo, véase *Jamil vs. Francia*, demanda no. 15917/89, sentencia de 8 de junio de 1995, en el que la CEDH encontró una violación del artículo 7.1 del Convenio en el caso de un nacional brasileño sentenciado a prisión en Francia con el fin de prevenir el tráfico de drogas.

<sup>280</sup> Lambert, Hélène, *op.cit.*, nota 207, p. 43.

<sup>281</sup> Véanse por ejemplo, *Öcalan vs. Turquía*, demanda no. 46221/99, sentencia de 12 de mayo de 1995; *Ramzy vs. Países Bajos*, demanda no. 25424/05, sentencia de 27 de mayo de 2008.

<sup>282</sup> *Chahal vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 239, párr. 79.

<sup>283</sup> La jurisprudencia de la CEDH muestra que se ha basado primariamente en el artículo 3 para decidir esos casos. Sin embargo, véanse los siguientes casos relativos al artículo 2: Comisión Europea de Derechos Humanos, *M.A.R. vs. El Reino Unido*, demanda no. 28038/95, decisión de admisión de 16 de enero de 1997, en el que la Comisión encontró admisible la queja de que la expulsión del solicitante a Irán constituiría una

1. La primera situación es cuando un extranjero es sujeto de una orden de expulsión hacia un país en el que existen “bases sustanciales para creer que enfrentará un riesgo real de ser sujeto a un tratamiento contrario al artículo 3” o de perder la vida en circunstancias que implique una violación del artículo 2.<sup>285</sup>

Esto fue lo sucedido en el caso *Soering vs. Reino Unido*, relativo a la extradición de un ciudadano alemán del Reino Unido a Estados Unidos, un país en el que corría el riesgo de ser sometido a la pena de muerte al haber sido acusado de homicidio. La Corte afirmó que si bien el CoEDH no garantiza el derecho a no ser extraditado, en caso de que una decisión de extradición pueda afectar el ejercicio de un derecho protegido por el Convenio, podrían resultar exigibles al Estado Parte ciertas obligaciones tendentes a prevenir la vulneración de la disposición en cuestión.<sup>286</sup> En palabras de la CEDH, el artículo 1 no consagra un principio general según el cual un Estado Parte debería denegar la extradición de un individuo hasta asegurarse de que las condiciones del país de destino no vulneran ninguna de las garantías previstas por el Convenio, pero toda interpretación de los derechos y libertades enumerados en el mismo debe conciliarse con su espíritu general: la promoción y salvaguarda de los ideales y valores de toda sociedad democrática. Uno de estos valores es la prohibición absoluta de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes.<sup>287</sup>

De acuerdo con la CEDH, un determinado trato o pena debe tener una “gravedad mínima” para incluirse dentro del ámbito de aplicación del artículo 3. La apreciación de ese mínimo es, por lo demás, relativa, y depende sobre todo de la naturaleza y del contexto en que dicho trato o pena se produzcan. En todo caso, para ser considerados inhumanos o degradantes, el trato o pena deben provocar un sufrimiento o una humillación que sobrepase los límites de aquéllos que inevitablemente conlleva la imposición de una pena legítima determinada.<sup>288</sup> Y, aunque no puede afirmarse que la pena de muerte constituye, por sí misma, un trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 3 del Convenio, la CEDH ha sostenido que las circunstancias que acompañan una condena a muerte pueden en ciertos casos incluirse en el ámbito de aplicación de dicho artículo: la duración de la detención antes de la ejecución, la situación de espera en el “corredor de la muerte” de la penitenciaría donde

---

violación del artículo 2 por el riesgo real de ser sentenciado a muerte ahí. CEDH, *Tatete vs. Suiza*, demanda no. 41874/98, sentencia de 6 de julio de 2000, (arreglo amistoso), en el que una migrante irregular enferma de sida señalaba que si era devuelta a su país (República Democrática del Congo), se configuraría una violación del artículo 2; y *Köksal vs. Países Bajos*, demanda no. 31725/96, decisión de 19 de septiembre de 2000, caso relativo a un nacional turco que murió después de malos tratos durante su arresto y custodia policial y que la Corte declaró admisible bajo los artículos 2 y 3 del Convenio.

<sup>284</sup> Cabe señalar que la facultad discrecional de los Estados de expulsar a los extranjeros no deseados de sus territorios tiene un límite: la norma de *jus cogens* que prohíbe el rechazo, la expulsión o la devolución a un tercer Estado de un extranjero, cuando corra peligro cierto su vida o su integridad física y moral. Además, el deber de *non refoulement* tiene apoyo, directo e indirecto, en diferentes instrumentos internacionales, por lo que los Estados no sólo se encuentran obligados a respetarlo por su carácter de norma de *jus cogens*, sino por sus obligaciones convencionales.

<sup>285</sup> Por ejemplo, véanse: *T.I. vs. El Reino Unido*, demanda no. 43844/98, decisión de admisibilidad de 7 de marzo de 2000; *Chahal vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 239, párr. 80.

<sup>286</sup> CEDH, *Soering vs. Reino Unido*, demanda no. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, párr. 85.

<sup>287</sup> *Ibidem*, párr. 86-88.

<sup>288</sup> *Ibidem*, párr. 100.

el recurrente habría de ser encarcelado durante ese tiempo, la edad y el estado mental del denunciante.<sup>289</sup> Al respecto, la CEDH expresó que:

“En resumen, la decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3 y, por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según el Convenio, en casos en que se hayan mostrado *razones sustanciales* para creer que la persona involucrada, de ser extraditada, enfrentaría un riesgo *real* de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el Estado solicitante”.<sup>290</sup>

El requisito de que existan “*razones sustanciales*” ha sido interpretado por los órganos de supervisión del CoEDH como que existen motivos razonables para pensar que la expulsión va a tener lugar; es decir, que el extranjero va a ser inminentemente expulsado y sometido a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el país de destino.<sup>291</sup> En particular, la Corte considera que la mera posibilidad de ello no es suficiente, y requiere que el individuo sea distinguido de una situación general de violencia.<sup>292</sup> La CEDH reconoce que existe un “*riesgo real*” cuando la “*consecuencia previsible*” de la decisión de expulsión de un Estado Parte es que el expulsado será sujeto de un tratamiento contrario al artículo 3 en el país de destino. Al evaluar tal previsibilidad, la Corte requiere un alto grado de prueba, particularmente en casos que involucran seguridad nacional o la protección del bien común.<sup>293</sup> En casos que involucran a víctimas de tortura, ha encontrado “inconsistencias y contradicciones en los testimonios de los denunciantes y sus testigos”, pero no ha considerado esta falta de precisión “como un impedimento en sí mismo de la credibilidad del testimonio”.<sup>294</sup>

La decisión del caso *Soering vs. Reino Unido* ha sido extendida a situaciones en las que un extranjero es sujeto de una orden de expulsión a un Estado en el que se espera que su vida corra peligro, aunque no se trate de la imposición de la pena de muerte, por ejemplo, por la falta de atención médica o condiciones de extrema pobreza. En tales casos, tanto la Comisión como la CEDH han considerado la controversia bajo el artículo 2 del Convenio

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, párr. 103-104, 111.

<sup>290</sup> *Ibidem*, párr. 91.

<sup>291</sup> Al respecto, véase: *Vijayanathan y Pusparajah vs. Francia*, demandas no. 17550/90, 17825/91, sentencia de 27 de agosto de 1992, en el que la CEDH no reconoció a los denunciantes como “víctimas” de violación, toda vez que todavía no se había efectuado ninguna orden de expulsión en contra de ellos. No obstante, la tendencia reciente requiere menos formalismo en los requisitos de admisibilidad. En particular, la CEDH considera las siguientes excepciones para el criterio de admisibilidad que señala que todos los recursos internos deban ser agotados: la existencia de circunstancias particulares o especiales (*Akdivar y otros vs. Turquía*, demanda no. 21893/93, sentencia de 16 de septiembre de 1996; *Aksoy vs. Turquía*, demanda no. 21987/93, sentencia de 18 de diciembre de 1996); y la inefectividad de la investigación en la violación del artículo 3 (*Yasa vs. Turquía*, demanda no. 22495/93, sentencia de 2 de septiembre de 1998; *Selmouni vs. Francia*, demanda no. 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999).

<sup>292</sup> CEDH, *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, demandas no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, sentencia de 30 de octubre de 1991, párr. 111.

<sup>293</sup> Para casos que envuelven seguridad nacional, véanse: *Chahal vs. Reino Unido* (demanda exitosa), *op.cit.*, nota 239; *H.L.R. vs. Francia*, demanda no. 24573/94, sentencia de 29 de abril de 1997 (demanda no exitosa); *Cruz Varas y otros vs. Suecia*, demanda no. 15576/89, sentencia de 20 de marzo de 1991 (demanda no exitosa). Un caso que involucró el bien común es *F vs. Reino Unido*, demanda no. 17341/03, decisión de (no) admisibilidad de 31 de agosto de 2004.

<sup>294</sup> CEDH, *Selcuk y Asker vs. Turquía*, demandas no. 23184/94, 23185/94, sentencia de 24 de abril de 1998, párr. 26, 56.

por levantar controversias indisociables en sustancia con el artículo 3, y han elegido decidir los casos bajo el artículo 3.<sup>295</sup>

2. La segunda situación que puede suscitar problemas bajo el artículo 3 del CoEDH es la práctica del *refoulement* en cadena o indirecto, es decir, cuando un extranjero no es devuelto directamente a su país de origen, sino a otro que luego lo devuelve a su vez, sin evaluar de forma satisfactoria y con las debidas garantías su petición de asilo. La Comisión Europea de Derechos Humanos reconoció desde épocas tempranas que la devolución en cadena de un extranjero sin ninguna identificación o papeles de viaje y cuyo Estado de origen es desconocido o rechaza su readmisión puede levantar una controversia bajo el artículo 3 del Convenio.<sup>296</sup> El riesgo de la “devolución en cadena” ha sido regulado en el ámbito europeo por una serie de acuerdos de readmisión, como el Acuerdo Schengen (integrado ya al derecho de la Unión Europea) y el Convenio de Dublín,<sup>297</sup> en un intento por reducir han intentado reducir este fenómeno.<sup>298</sup> No obstante, el resultado sigue siendo insatisfactorio y la devolución indirecta o en cadena de extranjeros continúa suscitando preocupación bajo el artículo 3. Este es el caso particular de cuando un extranjero sujeto a expulsión corre el riesgo de ser mandado a un tercer país “no seguro”.<sup>299</sup>

La CEDH se ha pronunciado sobre el fenómeno de la “devolución en cadena” en el caso *T.I. vs. Reino Unido*, en el cual, extendió el deber de no expulsión bajo el artículo 3, leído en conjunción con el artículo 1, a los casos de “remoción indirecta [...] a un país intermedio, que también sea un Estado Parte”, recordando, de ese modo, a los miembros de la Unión Europea de su obligación legal de asegurar la protección de los derechos reconocidos por el CoEDH, independientemente de sus compromisos en el marco

---

<sup>295</sup> Por ejemplo, véase: *D vs. Reino Unido*, demanda no. 146/1996/767/964, sentencia de 2 de mayo de 1997, relativo a la expulsión de un solicitante de asilo enfermo de SIDA en fase avanzada a su país de origen, donde es notorio que no existen servicios médicos ni tratamiento apropiado para su situación, por lo que la CEDH concluyó que su expulsión constituía un trato inhumano prohibido por el artículo 3 (párr. 59).

<sup>296</sup> Al respecto, véanse *Giama vs. Bélgica*, demanda no. 7612/76, sentencia de 17 de junio de 1980; *Harabi vs. Países Bajos*, demanda no. 10798/84, sentencia de 5 de marzo de 1986.

<sup>297</sup> *Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, DO C 254 de 19 de agosto de 1997.

<sup>298</sup> Lambert, Héléne, *op.cit.*, nota 207, p. 49.

<sup>299</sup> La definición de “país seguro” fue primero discutida por los ministros de la Unión Europea responsables de los asuntos de migración en la “Resolución sobre un Enfoque Armonizado a las Cuestiones Relativas a Terceros Países de 1992”. Desde entonces, este concepto se ha convertido en parte del derecho de la Unión Europea tras la adopción de la *Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, la cual estableció los requisitos que debe cumplir un país para que los Estados miembros puedan aplicar el concepto de tercer país seguro. Al respecto, su artículo 27.1 señala: “Los Estados miembros sólo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios: a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; c) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; d) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra”.

comunitario o de la Unión Europea.<sup>300</sup> Asimismo, en su decisión del caso *Bosphorus vs. Irlanda*, la CEDH respaldó y reafirmó su posición de que los Estados permanecen responsables de todas sus acciones discrecionales, incluidas aquéllas basadas en el derecho de la Unión Europea.<sup>301</sup>

3. La tercera situación es cuando un extranjero sujeto a una orden de expulsión no está en la condición física de viajar. Al respecto, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado que la expulsión de aquellos extranjeros cuya vida corre peligro en el momento de transportación, por ejemplo por una huelga de hambre, puede levantar una controversia bajo los artículos 2 o 3, independientemente de la voluntad del extranjero de auto infligirse un daño.<sup>302</sup>

4. La cuarta situación se refiere a la forma en que una expulsión es llevada a cabo. Aquí parece que la CEDH ha interpretado el artículo 3 de forma restrictiva. De hecho, en el caso *Nsona vs. Países Bajos* encontró que no existía violación de dicho artículo en el caso de una niña de 9 años expulsada con considerable apuro y dejando toda la responsabilidad al Estado receptor tan pronto como dejó el territorio del Estado expulsor.<sup>303</sup> Igualmente, en *Öcalan vs. Turquía*, consideró que no había violación del artículo 3 al evaluar las condiciones en que el solicitante había sido transferido de Kenia a Turquía. En particular, aceptó que esposar y vendar los ojos del solicitante durante su viaje de Kenia a Turquía era necesario para asegurar un viaje sin disturbios, por ejemplo el prevenir que se diera a la fuga o hiriera a sí mismo.<sup>304</sup>

En este contexto, son relevantes los principios desarrollados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y el Tratamiento o Castigo Inhumano o Degradante (CPT)<sup>305</sup> y la CEDH en situaciones de detención o custodia policial previas a la deportación o “para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”, como dispone el artículo 5.1.c del CoEDH. La Corte resumió los requisitos bajo el artículo 3 en el caso *Kalashnikov vs. Rusia* de la siguiente forma:

“el Estado debe asegurar que la persona sea detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto de su dignidad humana; que la forma y el método de la ejecución de la medida no la sometan a sufrimientos o penalidades de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que,

---

<sup>300</sup> *T.I. vs. El Reino Unido*, *op.cit.*, nota 285.

<sup>301</sup> CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) vs. Irlanda*, demanda no. 45036/98, sentencia de 30 de junio de 2005.

<sup>302</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Brückmann vs. La República Federal de Alemania*, demanda no. 6242/73, decisión de 27 de mayo de 1974. También véase *D vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 295, párr. 53.

<sup>303</sup> CEDH, *Nsona vs. Países Bajos*, demanda no. 23366/94, sentencia de 28 de noviembre de 1996.

<sup>304</sup> *Öcalan vs. Turquía*, *op.cit.*, nota 281, párr. 184.

<sup>305</sup> Al respecto, véase CPT, *7th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996 (includes a section on Foreign nationals detained under aliens legislation)*, CPT/Inf (97) 10, 22 de agosto de 1997.



dadas las demandas prácticas de la privación de la libertad, su salud y bienestar sean adecuadamente asegurados”.<sup>306</sup>

De esta forma, toda persona privada de su libertad debe ser tratada con dignidad; no es necesario mostrar la intención positiva de las autoridades de humillar o degradar a la víctima.<sup>307</sup> Esta jurisprudencia de la CEDH ha sido influenciada por los hallazgos del CPT.<sup>308</sup> De hecho, la CEDH ha reconocido que “todas las formas de confinamiento aislado sin la estimulación mental y física apropiadas son propensas, en el largo plazo, a ocasionar efectos dañinos, resultantes en el deterioro de las facultades mentales y las habilidades sociales”.<sup>309</sup> En *Ribitsch vs. Austria*, la CEDH reconoció que el recurrir a la fuerza debe ser “estrictamente necesario”, pues en caso contrario se disminuye la dignidad humana y se configura una violación del artículo 3.<sup>310</sup> Por ello, todo uso innecesario y desproporcionado de la fuerza (por ejemplo, golpes, patadas, administración de drogas, vendar los ojos, etc.) por parte de la policía y los oficiales de migración durante la ejecución de una orden de expulsión o extradición puede constituir una violación del artículo 3 del Convenio. Además, como se sigue de los casos *Price vs. Reino Unido* y *Mouisel vs. Francia*, un grado mínimo de higiene y atención médica debe ser respetado durante la ejecución de una orden de expulsión o extradición.<sup>311</sup>

#### b) Medios básicos de subsistencia bajo los artículos 2 y 3

El artículo 2 puede ser relevante en lo relativo a los medios básicos de subsistencia de *todas las personas*, incluidos los extranjeros en el Estado de acogida. Es cierto que en algunos casos la CEDH ha dado un tibio soporte a tal situación;<sup>312</sup> sin embargo, en otros, como *Osman vs. Reino Unido* (un caso no relacionado con la migración), ha aceptado que puede haber violación del artículo 2, incluso cuando el Estado de recepción no es culpable de negligencia o desconsideración intencional del deber de proteger la vida.<sup>313</sup> Bajo este principio, no está excluido que un Estado pueda ser responsable bajo el artículo 2 del CoEDH si priva a una persona de los elementos básicos de subsistencia.<sup>314</sup> Esta amplia interpretación es aceptada en países como Reino Unido, donde la Casa de los Lores encontró que la práctica de negar hospedaje o comida a los solicitantes de asilo rechazados era inhumano y degradante y constituía una violación del artículo 3 del CoEDH.<sup>315</sup>

---

<sup>306</sup> CEDH, *Kalashnikov vs. Rusia*, demanda no. 47095/99, sentencia de 15 de julio de 2002, párr. 95.

<sup>307</sup> Por ejemplo, véanse: *Peers vs. Grecia*, demanda no. 28524/95, sentencia de 19 de abril de 2001, párr. 67-68, 74; *Price vs. Reino Unido*, demanda no. 5493/72, sentencia de 10 de julio de 2001, párr. 23, 30.

<sup>308</sup> *7th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996, op.cit.*, nota 305.

<sup>309</sup> CEDH, *Iorgov vs. Bulgaria*, demanda no. 36295/02, sentencia de 11 de marzo de 2004, párr. 83.

<sup>310</sup> CEDH, *Ribitsch vs. Austria*, demanda no. 18896/91, sentencia de 4 de diciembre de 1995, párr. 38.

<sup>311</sup> *Price vs. Reino Unido, op.cit.*, nota 307; *Mouisel vs. Francia*, demanda no. 67263/01, sentencia de 14 de noviembre de 2002, párr. 40, 43.

<sup>312</sup> CEDH, *Tugar vs. Italia*, demanda no. 22869/93, decisión de (no) admisibilidad de 18 de octubre de 1995.

<sup>313</sup> CEDH, *Osman vs. Reino Unido*, demanda no. 23452/94, sentencia de 28 de octubre de 1998.

<sup>314</sup> Lambert, Héléne, *op.cit.*, nota 207, p. 55.

<sup>315</sup> UK Secretary of State for the Home Office, *R. vs. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Adam, Limbuela y Tesema, House of Lords, sentencia de 3 de noviembre de 2005, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm>.

En *Pancenko vs. Latvia*, la CEDH sostuvo que “el Convenio no garantiza, como tales, derechos socioeconómicos, incluidos el derecho a hospedaje sin costo, el derecho al trabajo, a la atención médica, o a reclamar asistencia financiera del Estado para mantener cierto nivel de vida”. Pero, reconoció que las condiciones de vida pueden levantar una controversia bajo el artículo 3 si llegan a un nivel mínimo de severidad.<sup>316</sup> Entonces, si bien bajo el CoEDH los Estados permanecen libres de denegar el permiso de estancia, residencia, el derecho al trabajo o a una protección social mínima a los extranjeros con permiso de permanecer en su territorio, los artículos 3 y 5 del Convenio requieren que un estándar mínimo de trato sea respetado a los extranjeros bajo custodia policial.

c) *Derecho a un recurso efectivo bajo los artículos 2 y 3*

Toda vez que los derechos de expulsión y extradición permanecen fuera del ámbito del artículo 6 del Convenio,<sup>317</sup> y que el artículo 1 del Protocolo no. 7 se limita a los extranjeros que residan de forma legal en el Estado receptor, el artículo 13, relativo al derecho a un recurso efectivo, es esencial para garantizar ciertas garantías de procedimiento a *todos* los extranjeros. El artículo 13 dispone:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

De este modo, el artículo 13 establece una obligación más general que el artículo 6 de proveer un recurso efectivo. El objeto de esta disposición es asegurar que a nivel interno exista un recurso para hacer valer los derechos consagrados en el CoEDH.<sup>318</sup> Ciertamente, los extranjeros no tienen derecho a un recurso efectivo en contra de las decisiones del Estado receptor relativas a su entrada, residencia o expulsión porque el Convenio no garantiza tales derechos (a entrar, residir o no ser expulsados). Por ello, los extranjeros sólo pueden reclamar el derecho a un recurso efectivo en el derecho interno en contra de la decisión del Estado receptor que deniegue su entrada, residencia o expulsión, si dicha decisión viola alguno de los derechos reconocidos en el Convenio, por ejemplo los artículos 2, 3 u 8, y ambas reclamaciones deben ser alegadas juntas.<sup>319</sup>

El artículo 13 no requiere que se encuentre alguna violación de la autoridad nacional al Convenio antes de que el remedio sea efectivo. Por ello, aunque al final del procedimiento la CEDH encuentre que no hubo violación del CoEDH, el Estado denunciado está obligado a proveer un recurso efectivo para su examen.<sup>320</sup> De acuerdo con la CEDH, para que un

---

<sup>316</sup> CEDH, *Pancenko vs. Latvia*, demanda no. 40772/98, decisión de (no) admisibilidad de 28 de octubre de 1999. También véase la opinión separada del señor Cabral Barreto al reporte de la Comisión en el caso *B.B. vs. Francia*, demanda no. 30930/96, sentencia de 7 de septiembre de 1998 y Cassese, A., Can the notion of inhuman and degrading treatment be applied to socio-economic conditions?, *European Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1, 1991, p. 141-145.

<sup>317</sup> Véase la sección 5.8.1.3.2 *infra*.

<sup>318</sup> CEDH, *Boyle and Rice vs. Reino Unido*, demandas no. 9659/82, 9658/82, sentencia de 27 de abril de 1988, párr. 52.

<sup>319</sup> Lambert, Hélène, *op.cit.*, nota 207, p. 59-60.

<sup>320</sup> CEDH, *Klass y otros vs. Alemania*, demanda no. 5029/71, sentencia de 6 de septiembre de 1978, párr. 64.

remedio en el orden interno sea efectivo debe cumplir con tres requisitos:<sup>321</sup> a) *debe existir institucionalmente*.<sup>322</sup> La autoridad nacional no necesita ser judicial, pero si no lo es, sus poderes y las garantías del procedimiento son relevantes para determinar si el remedio es efectivo; b) *debe ser adecuado*; esto es, estar organizado de tal forma que permita lidiar a la autoridad nacional competente con la sustancia de la queja y otorgar el remedio adecuado. A pesar de que la forma particular del recurso es dejada a la discreción de los Estados, la Corte ha sentado algunos lineamientos en el caso del artículo 3, bajo el cual que un remedio sea efectivo significa que la autoridad nacional debe ser capaz de evaluar el elemento de riesgo, esencialmente con referencia a aquellos hechos que fueron o debieron haber sido conocidos por el Estado en el momento de la expulsión del extranjero;<sup>323</sup> y c) *debe estar disponible para los individuos*. En el contexto de una reclamación en contra de una expulsión bajo los artículos 13 y 3 esto significa que el extranjero debe tener acceso a un procedimiento de apelación de la decisión, y que la apelación debe tener un efecto suspensivo.<sup>324</sup>

### 5.8.1.3.2 Derechos sujetos a limitaciones expresamente definidas

Hay ciertos derechos en el Convenio que pueden ser restringidos en circunstancias y formas estrictamente definidas, por lo que los Estados tienen un margen acortado de discreción al implementarlos. Tal es el caso del derecho a la libertad y seguridad personales (art. 5)<sup>325</sup> y el derecho a un proceso equitativo (art. 6), los cuales son esenciales para preservar la dignidad de toda persona.

El artículo 6 contempla una serie de garantías tendientes a que *todas* las personas tengan derecho a un proceso equitativo, entre las que se halla “que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella” (art. 6.1). El artículo 6, así como todos los demás artículos de la sección I del Convenio, tiene aplicación a *todas las personas* que se encuentran dentro de la jurisdicción de un Estado Parte; es decir, a nacionales y extranjeros.

No obstante, los órganos de Estrasburgo han interpretado que el artículo 6 excluye los procedimientos migratorios. Por muchos años la Comisión rechazó la aplicación del artículo 6.1 en casos de entrada, residencia y expulsión de extranjeros sobre la base de que su ámbito se limita a “la determinación de derechos y obligaciones civiles o [...] cualquier condena penal”, y que los procedimientos migratorios no involucran tales cuestiones.<sup>326</sup> Sin

---

<sup>321</sup> Al respecto, véase *Silver y otros vs. Reino Unido*, demandas no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 y 7136/75, sentencia de 25 de febrero de 1983, párr. 113.

<sup>322</sup> *Ídem*; *Klass y otros vs. Alemania*, *op.cit.*, nota 320, párr. 67.

<sup>323</sup> *Chahal vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 239, párr. 151, 153; *Jabari vs. Turquía*, demanda no. 40035/98, sentencia de 11 de julio de 2000, párr. 40, 49; *Riener vs. Bulgaria*, demanda no. 46343/99, sentencia de 23 de mayo de 2006, párr. 135-143.

<sup>324</sup> *Soering vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 286, párr. 123; *Conka vs. Bélgica*, *op.cit.*, nota 237, párr. 81-83.

<sup>325</sup> Véase el análisis realizado sobre este artículo en la sección 5.8.1.2.3, *supra*, de este capítulo.

<sup>326</sup> Al respecto, véanse los siguientes casos en los que sostuvo que el artículo 6.1 no tiene aplicación: *Farmakopoulos vs. Bélgica*, demanda no. 11683/85, decisión de 27 de marzo de 1992 (extradición); X, Y, Z, V

embargo, en su decisión de admisibilidad del caso *Maaioia vs. Francia* dio un giro a su ya bien establecida jurisprudencia al respecto. El caso versó sobre un extranjero que había estado condenado a 6 años de prisión por cargos criminales, y a quien después de su liberación le aguardaba una orden de deportación. Ignorante de dicha orden, se negó a abandonar el territorio francés y fue condenado a un año más de prisión, y una orden de exclusión fue emitida en su contra. El denunciante alegó que la duración de los procedimientos para la suspensión de la orden de exclusión no era razonable y que, por tanto, había tenido una violación del artículo 6.1. La Comisión declaró admisible su aplicación y, por primera vez, refirió el caso a la Corte.<sup>327</sup> No obstante, en una restrictiva decisión, la Corte confirmó la clásica jurisprudencia de la Comisión de que el artículo 6.1 no tiene aplicación a los procedimientos migratorios. En su lugar, señaló que es aplicable el artículo 1 del Protocolo no. 7, el cual sí tiene garantías aplicables en caso de expulsión.<sup>328</sup>

A pesar de la restricción anterior, se debe señalar que el hecho de que un Estado sea Parte del CoEDH limita su soberanía con respecto a su tratamiento a los extranjeros, especialmente en materia de inmigración. Al respecto, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado:

“Un Estado que firma y ratifica el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe entender que acuerda que sea restringido en el libre ejercicio de sus derechos bajo el Derecho Internacional general, incluido el derecho de controlar la entrada y salida de extranjeros en la medida y dentro de los límites de las obligaciones que ha aceptado bajo ese Convenio”.<sup>329</sup>

De esta forma, para los extranjeros es difícil invocar exitosamente el artículo 6.1 respecto a la decisión del Estado receptor que ordena su expulsión o les niega el permiso de residencia. No obstante, dicho artículo puede tener aplicación cuando el extranjero es expulsado o extraditado a un tercer Estado en el que corre el riesgo de recibir un trato contrario al artículo 6.1. El efecto extraterritorial del artículo 6 fue reconocido por la CEDH en el caso *Soering vs. Reino Unido*, en el cual el denunciante alegó que el Estado al que iba ser extraditado no le proporcionaría la representación legal requerida por el artículo 6.<sup>330</sup> La Corte encontró que “una decisión de extradición no excluye que excepcionalmente pueda surgir una controversia bajo el artículo 6 en circunstancias en las que el fugitivo ha sufrido o corre riesgo de sufrir una negación flagrante de un proceso equitativo en el país que lo solicita”.<sup>331</sup> Este enfoque fue confirmado en el caso *Drozd y Janousek vs. Francia y España*, en el que la CEDH señaló que aunque los Estados Partes no tienen que asegurar

---

y *W vs. Reino Unido*, demanda no. 3325/67, decisión de 15 de diciembre de 1967 (entrada de extranjeros); *V. P. vs. Reino Unido*, demanda no. 13162/87, decisión de 9 de noviembre de 1987 (asilo); *Agee vs. Reino Unido*, demanda no. 7729/76, decisión de 17 de diciembre de 1976 (deportación).

<sup>327</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Maaioia vs. Francia*, decisión de admisibilidad de 22 de marzo de 2000.

<sup>328</sup> CEDH, *Maaioia vs. Francia*, sentencia de 5 de octubre de 2000, párr. 37-39. También véase Blake, Nicholas, *Developments in the Case Law of the European Court of Human Rights*, en Bogusz, Barbara, et al., (ed.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 432.

<sup>329</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *X vs. Suecia*, demanda no. 434/58, decisión de 30 de junio de 1959.

<sup>330</sup> Véase el estudio de este caso en la sección 5.8.1.3.1, *supra*.

<sup>331</sup> *Soering vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 286, párr. 115.

que las garantías del artículo 6 serán respetadas en el Estado receptor, sí “están, sin embargo, obligados a negar su cooperación [en la administración de justicia] si resulta que la condena es resultado de una *denegación flagrante de justicia*”.<sup>332</sup>

Fuera del ámbito de la migración, por ejemplo en procedimientos civiles o penales, no hay nada en la jurisprudencia de la Corte que sugiera que el artículo 6 tiene una aplicación distinta para nacionales y extranjeros. En el caso *Biba vs. Grecia*, por ejemplo, la Corte reconoció la violación del artículo 6.1 en combinación con el artículo 6.3 en un procedimiento penal. El caso versó sobre un migrante irregular de Albania que fue encontrado culpable de asesinato, robo, violación y permanencia ilegal en Grecia, y que fue condenado a cadena perpetua sobre la base de que no tenía medios de subsistencia. Aún así, el Estado le negó asistencia legal gratuita para apelar la decisión ante el Tribunal de Casación.<sup>333</sup>

### 5.8.1.3.3 Derechos sujetos a limitaciones

Los derechos sujetos a limitaciones<sup>334</sup> son aquéllos moderados por la operación de otros derechos o por las necesidades de la sociedad. En consecuencia, en ellos el margen de apreciación otorgado a las autoridades nacionales es más amplio. Dentro de estos derechos se encuentran: los derechos al respeto de la vida privada y familiar (art. 8); las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), expresión (art. 10), reunión y asociación (art. 11); los derechos de propiedad (art. 1 del Protocolo no. 1); y la libertad de circulación (art. 2, apartados 3 y 4, del Protocolo no. 4). Otros derechos que caben dentro de esta categoría son el derecho a contraer matrimonio (art. 12) y el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo no. 1).

Las propias disposiciones del Convenio que contienen estos derechos señalan que no pueden ser sujetos de más restricciones que las que estén previstas en las leyes y constituyan “medidas necesarias en una sociedad democrática” y enuncian expresamente algunas razones o fines legítimos que pueden justificar tal necesidad social imperiosa y que varían según los derechos: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral, la protección de los derechos de los demás y de la reputación ajena, la protección de informaciones confidenciales, la garantía de la autoridad e imparcialidad judiciales.<sup>335</sup>

El CoEDH no sienta rotundas y limitadas excepciones a las libertades que consagran este grupo de derechos (como en el caso del art. 5.1), sino que tiende a admitir que motivos de orden público puedan permitir en las sociedades democráticas ciertas restricciones y, partiendo de esa necesidad del límite o la restricción, se ocupa de frenar las interferencias

---

<sup>332</sup> CEDH, *Drozd y Janousek vs. Francia y España*, demanda no. 12747/87, sentencia de 26 de junio de 1992, párr. 110. También véase *M.A.R. vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 283, relacionado con el concepto de “denegación flagrante de justicia” en el Estado receptor.

<sup>333</sup> CEDH, *Biba vs. Grecia*, demanda no. 33170/96, sentencia de 26 de septiembre de 2000.

<sup>334</sup> En inglés son llamados *qualified rights*.

<sup>335</sup> Por ejemplo, véase el segundo párrafo de los artículos 8 a 11 del Convenio.

enunciando algunos criterios como ejemplo. De este modo, la presencia de cláusulas de interferencia en estos derechos tiene un doble efecto: por un lado, consentir la limitación y habilitar la reglamentación estatal e impedir cualesquiera limitaciones genéricas; y, por otro, autorizar a la Corte a reconstruir los contornos del derecho mediante una ponderación entre libertades y límites.<sup>336</sup>

a) *Derecho al respeto de la vida privada y familiar de todas las personas (art. 8)*

De los derechos del CoEDH sujetos a limitaciones, el derecho al respeto de la vida privada y familiar de todas las personas (art. 8) ha mostrado ser el más relevante para los extranjeros. Su importancia radica en que la CEDH ha interpretado el artículo 8 de una manera tal que permite la protección contra la expulsión y permite la reunificación de los miembros de la familia de extranjeros que se encuentran permanentemente establecidos en un Estado Parte del Convenio. Esta interpretación puede, en algunos casos, resultar útil para lograr la reunificación familiar, ya que potencialmente resulta aplicable a los refugiados, a las personas cubiertas por la protección temporal y a otras formas subsidiarias de protección. Sin embargo, debe destacarse que en tanto la reunificación familiar involucre temas de inmigración, la Corte ha adoptado una interpretación restrictiva de las disposiciones del artículo 8, además de las limitaciones a las que puede ser sometido el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de conformidad con el apartado 2 del artículo 8, y que, en consecuencia, permiten a los Estados un margen de apreciación sobre la forma en la cual lo implementan.

i. Reunificación familiar. En los Estados en que la reunificación familiar de extranjeros es regulada de manera restrictiva, la negación de permitir tal reunión puede considerarse como una interferencia al derecho de una vida en familia. No obstante, los casos que se encuentran en esta categoría resultan difíciles de argumentar, ya que involucran asuntos de inmigración. En este sentido, la Corte tiene presente que “los Estados tienen el derecho, como un elemento bien establecido en el Derecho Internacional y sujeto a sus obligaciones convencionales, de controlar la entrada de personas de otras nacionalidades en su territorio”.<sup>337</sup>

La CEDH ha establecido condiciones estrictas para la aplicación del artículo 8 en situaciones de reunificación familiar. Esencialmente, busca determinar si la familia no puede regresar a vivir a su país de origen con los otros miembros de la familia que intentan venir al Estado parte del Convenio. Este examen es aplicado sistemáticamente. Si se llega a establecer que la familia entera puede reunirse en el país de origen, la Corte no encontraría una violación del artículo 8. En el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, la CEDH afirmó que: “el deber impuesto por el artículo 8 no se puede considerar como ampliatorio de la obligación general de los Estados contratantes de respetar la elección de las parejas casadas de su país de residencia marital y aceptar a los esposos de otra nacionalidad para establecerse en ese país”.<sup>338</sup> De hecho, ha aplicado este criterio a los denunciantes que gozaban de la ciudadanía del Estado Parte involucrado, así como la de su

---

<sup>336</sup> García Roca, Javier, *op.cit.*, nota 197, p. 172-173.

<sup>337</sup> *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 188, párr. 67.

<sup>338</sup> *Ibidem*, párr. 68.

Estado de origen,<sup>339</sup> y a los que tenían, de manera exclusiva, la nacionalidad del Estado Parte en cuestión.<sup>340</sup>

La situación de las personas bajo estatus humanitario u otro tipo de estatus de protección temporal o subsidiaria también plantea algunas dificultades a la luz de la jurisprudencia de la Corte. En el caso *Gül vs. Países Bajos*, relativo a un nacional de Turquía que vivía en Suiza con un permiso de residencia otorgado por razones humanitarias, la Corte encontró que el denegarle la reunificación familiar al denunciante con el niño que había permanecido en Turquía no constituía una violación del artículo 8.

“Aunque el señor y la señora Gül se encuentran residiendo legalmente en Suiza, no tienen un derecho permanente de residencia, ya que no cuentan con un permiso de establecimiento, sino como un simple permiso de domiciliarse en el país por razones humanitarias, el cual puede ser revocado y, además, no otorga, bajo la legislación suiza, el derecho a la reunificación familiar”.<sup>341</sup>

Esta jurisprudencia de carácter restrictivo fue de alguna manera atenuada en el caso *Sen vs. Países Bajos*, en el cual la CEDH decidió que el no permitir a un niño turco unirse con sus padres, quienes residían legalmente en Países Bajos, constituía una violación del artículo 8. La Corte observó grandes obstáculos para el retorno de toda la familia a Turquía. Estimó que los padres del niño, además de poseer un permiso de residencia de larga duración, habían vivido en los Países Bajos durante muchos años. Aún más, tenían otros dos hijos que habían nacido en ese país y crecido en un ambiente cultural holandés. Ante tales circunstancias, consideró que permitir el ingreso del tercer hijo a los Países Bajos era la única forma de desarrollar una vida en familia, especialmente debido a su corta edad y su necesidad de integrar la unidad familiar natural. Para la Corte, las autoridades holandesas fallaron en equilibrar los intereses de los demandantes y sus propios intereses en controlar la inmigración.<sup>342</sup>

De este modo, para determinar si la familia podía o no regresar al país de origen para reunirse con su hijo, la Corte examinó: la duración de la permanencia de la familia en el país, la edad y el apego cultural de los niños, la edad del hijo que permaneció en el país de origen, el tipo de permiso de residencia que tenía la familia, etc. Esta sentencia coincide con las decisiones más liberales de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos sobre esta materia.<sup>343</sup>

ii. Expulsión. El artículo 8 fue inicialmente utilizado en el contexto de la expulsión de inmigrantes de larga duración en el Estado en cuestión y de extranjeros de segunda generación. Al respecto, la Corte ha establecido desde hace tiempo que la expulsión de estos dos grupos de personas constituye una interferencia en su vida en familia.

---

<sup>339</sup> CEDH, *Ahmut vs. Países Bajos*, demanda no. 21702/93, sentencia de 28 de noviembre de 1996, párr.70.

<sup>340</sup> CEDH, *Joseph William Kwakye-Nit y Akua Dufie vs. Países Bajos*, demanda no. 31519/96, decisión de admisibilidad de 7 de noviembre de 2000.

<sup>341</sup> CEDH, *Gül vs. Suiza*, demanda no. 23218/94, sentencia de 10 de octubre de 1994, párr. 43.

<sup>342</sup> CEDH, *Sen vs. Países Bajos*, demanda no. 31465/96, sentencia de 21 de diciembre de 2001.

<sup>343</sup> Véase, por ejemplo, el informe de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Jagmail Singh Cheema vs. Francia*, demanda no. 33639/96, decisión de 21 de abril de 1999.

La CEDH aplicó por primera vez el artículo 8 en un caso de expulsión en el caso *Berrehab vs. Países Bajos*, relativo a un marroquí que fue expulsado al denegársele el permiso de residencia, a pesar de que había sido residente legal anteriormente, estaba casado con una holandesa y tenía vínculos efectivos en el país al tener una hija. Al respecto, la CEDH expresó que el control de la inmigración debe ejercerse de forma compatible con las exigencias del Convenio, por lo que la expulsión de una persona del territorio de un Estado en el que viven sus familiares puede plantear una violación del artículo 8 al constituir una interferencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar. En este caso, la Corte puntualizó que “no se había asegurado un justo equilibrio entre los intereses [y que] existía, por tanto, desproporción entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido. En consecuencia, no podía considerar las medidas adoptadas por las autoridades holandesas como necesarias en una sociedad democrática”.<sup>344</sup>

El criterio anterior ha sido confirmado en otros casos.<sup>345</sup> De hecho, la Corte incluso ha reconocido la aplicación del artículo 8 a casos específicos en Francia, por ejemplo, la exclusión permanente del territorio francés.<sup>346</sup>

El Tribunal ha adoptado un enfoque tripartito en relación con el artículo 8. 2. En primer término, decide si la medida adoptada cuenta con fundamento legal y si fue tomada de conformidad con la ley. Seguidamente, si los objetivos perseguidos por la medida se encuentran dentro de aquéllas listadas por el párrafo 2 del artículo 8; es decir, seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico, prevención del desorden o el crimen, protección de la salud o la moral y protección de los derechos y libertades de otros. Y, finalmente, valora si la medida adoptada por alguno de los objetivos ya señalados resulta necesaria en una sociedad democrática.

Los primeros dos pasos no resultan problemáticos. Sin embargo, el último es más delicado debido a la valoración que realiza la Corte del margen de apreciación con el que cuentan los Estados para determinar qué resulta proporcional en el caso concreto. Ha resultado difícil identificar criterios de proporcionalidad, ya que éstos varían dependiendo de los hechos del caso. En *Moustaquim contra Bélgica*, la CEDH señaló que:

“en casos donde las decisiones relevantes constituirían una interferencia con los derechos protegidos en el párrafo 1 del artículo 8, debe probarse que ellas ‘resultan necesarias en una sociedad democrática’; es decir, justificadas por una necesidad social apremiante y, en particular, proporcionadas con las metas legítimas que persiguen”.<sup>347</sup>

En el caso *Amrollahi vs. Dinamarca*, relativo a la expulsión de un refugiado, la Corte elaboró una lista de los criterios que toma en consideración en el momento de determinar si una expulsión es necesaria en una sociedad democrática, es decir, si resulta proporcional:

---

<sup>344</sup> CEDH, *Berrehab vs. Países Bajos*, demanda no. 10730/84, sentencia de 21 de junio de 1988, párr. 23, 29.

<sup>345</sup> Por ejemplo, en *Moustaquim vs. Bélgica*, demanda no. 12313/86, sentencia de 18 de febrero de 1991, párr. 36; *Bouchelkia vs. Francia*, demanda no. 23078/93, sentencia de 29 de enero de 1997; *Boujlifa vs. Francia*, demanda no. 25404/94, sentencia de 21 de octubre de 1997.

<sup>346</sup> Al respecto, véanse: *Mehemi vs. Francia*, demanda no. 25017/94, sentencia de 26 de septiembre de 1997; *El Boujaïdi vs. Francia*, demanda no. 25613/94, sentencia de 26 de septiembre de 1997.

<sup>347</sup> *Moustaquim vs. Bélgica*, *op.cit.*, nota 345, párr. 43.



“la naturaleza y seriedad del delito cometido por el demandante; la duración de la permanencia de éste en el país que busca expulsarlo; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la conducta del demandante desde entonces; la nacionalidad de las diversas personas involucradas; la situación familiar del demandante, como el tiempo que ha durado el matrimonio; y otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja; si el cónyuge tuvo conocimiento sobre el delito en el momento de establecer la relación familiar; y si existen hijos producto del matrimonio y, de ser el caso, sus edades. Asimismo, el Tribunal también toma en consideración la seriedad de las dificultades que el cónyuge es probable que enfrente en el país de origen, aunque el simple hecho de que una persona tenga que hacer frente a ciertas dificultades por acompañar a su esposo/a no puede excluir *per se* la expulsión”.<sup>348</sup>

En resumen, la distinción entre casos de expulsión y casos de reunificación familiar resulta esencial, ya que la Corte enfoca estas dos situaciones de manera muy distinta. Los casos de reunificación familiar primero deben pasar el examen de que la familia no pueda regresar a vivir a su país de origen con los otros miembros de la familia que intentan venir al Estado Parte del Convenio, antes de ser valorados de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 8.2. Los casos de expulsión deben examinarse a la luz de diversos criterios, entre ellos la posibilidad de que los miembros de la familia acompañen a la persona expulsada al país de destino.

*b) Libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), expresión (art. 10), reunión y asociación (art. 11)*

La Comisión ha confirmado que los artículos 9 a 11 del Convenio no otorgan a los extranjeros el derecho de residencia, por lo que su expulsión no constituye una interferencia en las libertades que consagran estos artículos.<sup>349</sup> Sin embargo, que un Estado niegue la entrada en su territorio a un extranjero u ordene su expulsión con el objetivo de restringir sus libertades de pensamiento, conciencia y religión,<sup>350</sup> expresión,<sup>351</sup> reunión y asociación, sí puede dar lugar a la violación de los artículos 9 a 11 del CoEDH. Eso sí, se debe considerar las restricciones a las que están sujetas dichas libertades, de acuerdo con el párrafo 2 de los referidos artículos, y que el artículo 16 permite imponer restricciones a los derechos políticos de los extranjeros, sin perjuicio de lo señalado por los artículos 10 y 11. Por ello, “la prohibición de manifestaciones públicas de los trabajadores migrantes en el Estado receptor en contra del gobierno de su país de origen puede estar justificada sobre la base del artículo 16, si es en interés de las buenas relaciones con otros Estados”.<sup>352</sup>

*c) Derecho a contraer matrimonio (art. 12).* A pesar de que la Comisión ha reconocido que el derecho a fundar una familia es un “derecho absoluto” en el que el Estado no debe interferir con el derecho *per se*, el ejercicio del derecho a contraer matrimonio está, de

---

<sup>348</sup> CEDH, *Amrollahi vs. Dinamarca*, demanda no. 56811/00, sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 35.

<sup>349</sup> *Agee vs. Reino Unido*, *op.cit.*, nota 326.

<sup>350</sup> En un contexto distinto de la expulsión, véase el caso *Chipre vs. Turquía*, *op.cit.*, nota 187, párr. 245, en el cual la Corte encontró una violación de los artículos 9 y 10 por las restricciones impuestas a la libertad de circulación de los interesados, quienes por tal razón vieron limitada su capacidad de seguir sus creencias religiosas, en particular, acceder a los lugares de culto fuera de sus poblaciones.

<sup>351</sup> Al respecto, véase el caso *Piermont vs. Francia*, *op.cit.*, nota 263, párr. 78, en el cual se encontró una violación del artículo 10.2 por la expulsión de un nacional de otro miembro de la UE (Alemania) de Francia, a quien la Corte rechazó que fuera aplicable el artículo 16 del Convenio.

<sup>352</sup> Cholewinski, Ryszard, 1997, *op.cit.*, nota 209, p. 375.

hecho, sujeto al derecho interno. Por ello, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación.<sup>353</sup>

d) *Derecho a la educación (art. 2 del Protocolo no. 1)*. En relación con los extranjeros, este derecho ha sido interpretado por la Corte como que no incluye “el derecho de los padres a la educación en un idioma distinto de aquél del Estado receptor”,<sup>354</sup> pero sí el derecho de los padres de asegurar que tal educación y enseñanza sea de conformidad con sus creencias religiosas y sus convicciones filosóficas.<sup>355</sup> De lo que se sigue que los miembros de minorías religiosas o filosóficas tienen derecho de establecer sus propias escuelas.<sup>356</sup> Esta garantía tiene como objeto preservar el pluralismo en la educación, un elemento esencial en la preservación de la “sociedad democrática”, tal y como es concebida por el Convenio.<sup>357</sup>

El derecho a la educación contenido en el artículo 2 del Protocolo no. 1, leído en conjunción con el artículo 14, sugiere que la educación debe ser accesible por igual a nacionales y extranjeros, independientemente de su estatus migratorio, a menos que exista una justificación razonable para un trato diferenciado,<sup>358</sup> como por ejemplo para facilitar la integración de los hijos de extranjeros en la sociedad de acogida. Eso sí, el derecho a la educación contemplado en el Convenio no va tan lejos como para otorgar a los extranjeros el derecho de entrada en un Estado Parte con el fin de obtener educación ahí.<sup>359</sup> Si bien no está excluido que surja una controversia en caso de que la expulsión de un extranjero resulte en que le sea negada la educación básica en su país de destino.<sup>360</sup>

#### 5.8.1.4 Derechos que deben ser respetados a los migrantes irregulares bajo el CoEDH

El CoEDH está redactado con un lenguaje inclusivo, por lo que -en general- la mayoría de los derechos que contempla tienen aplicación a todas las personas, independientemente de consideraciones como su extranjería o irregularidad. Sin embargo, en el fondo la clásica distinción entre nacionales y extranjeros es visible en este instrumento internacional,<sup>361</sup> como ya se ha visto.

Dejando de lado las precisiones señaladas en los dos apartados anteriores, se puede señalar que el CoEDH garantiza generalmente a todas las personas, sin distinción alguna, los siguientes derechos: el derecho a la vida (art. 2); a la prohibición de la tortura (art. 3); a la

---

<sup>353</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *X y Y vs. Reino Unido*, demanda no. 6564/64, decisión de (no) admisibilidad, de 21 de mayo de 1975. También véase *X vs. Países Bajos*, demanda no. 8896/80, decisión de (no) admisibilidad, de 10 de marzo de 1981.

<sup>354</sup> *Timishev vs. Rusia*, *op.cit.*, nota 193, párr. 32.

<sup>355</sup> CEDH, *Efstratiou vs. Grecia*, demanda no. 24095/94, sentencia de 18 de diciembre de 1996.

<sup>356</sup> Harris, David, O'Boyle, Michael, Bates, Edward, Buckley, Carla, *op.cit.*, nota 209, p. 548.

<sup>357</sup> Lambert, Hélène, *op.cit.*, nota 207, p. 77.

<sup>358</sup> Dijk, P. van, Hoof, G.J.H. van, *op.cit.*, nota 268, p. 645.

<sup>359</sup> *15 estudiantes extranjeros vs. Reino Unido*, demanda no. 7671/76, decisión de (no) admisibilidad de 19 de mayo de 1977.

<sup>360</sup> *Ídem*. También véase *Fadele vs. Reino Unido*, demanda no. 13078/87, decisión de admisibilidad de 12 de febrero de 1990.

<sup>361</sup> Oellers-Frahm, K., The Contribution of the Council of Europe to the Legal Position of Aliens, en Max Planck Institute of Comparative Law (ed.), *The Legal Position of Aliens in National and International Law*, Vol. 2, Heidelberg: Springer, 1987, p. 1725, 1728.

prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado (art. 4); el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 5); el derecho a un proceso equitativo (art. 6); el principio de no hay pena sin ley (art. 7); las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), expresión (art. 10), reunión y asociación (art. 11); el derecho a contraer matrimonio (art. 12); a un recurso efectivo (art. 13); a la prohibición de la discriminación (arts. 14 y 1 del Protocolo no. 12); los derechos de propiedad y a la educación (arts. 1 y 2 del Protocolo no. 1); la abolición de la pena de muerte (art. 1 del Protocolo no. 6); el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal (art. 2 del Protocolo no. 7); y a la indemnización en caso de error judicial (art. 3 del Protocolo no. 7).

Destaca como un derecho que incumbe exclusivamente a los extranjeros la *prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros*, contemplada en el artículo 4 del Protocolo no. 4. Esta prohibición tiene aplicación a todos los extranjeros, independientemente de su estatus migratorio, debido a que la disposición que la contiene no hace diferencia alguna basada en esta circunstancia.<sup>362</sup> Aún más, como ya se ha visto, casos de expulsión pueden suscitar indirectamente una controversia bajo los artículos 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y seguridad antes de ser deportado), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), y 13 (derecho a un recurso efectivo), derechos otorgados generalmente a todas las personas, sin discriminación alguna.

En *Becker vs. Dinamarca*, la Comisión Europea de Derechos Humanos definió la “expulsión colectiva” como “cualquier medida de la autoridad competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a dejar el país”.<sup>363</sup> Estas palabras han sido interpretadas como “actos de persecución, violaciones de los derechos humanos, trato discriminatorio”, etc.<sup>364</sup> Sin embargo, el rechazo de la solicitud de asilo en idénticos términos a un grupo de extranjeros no constituye una expulsión colectiva si cada solicitud de asilo ha sido considerada en lo individual.<sup>365</sup> Más recientemente, la CEDH respaldó la definición de “expulsión colectiva” hecha por la Comisión y señaló que es “cualquier medida de la autoridad competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a dejar el país, salvo cuando dicha medida sea tomada sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada uno de los individuos del grupo”.<sup>366</sup>

En *Conka vs. Bélgica*, la Corte encontró que se había violado el artículo 4 del Protocolo no. 4 del CoEDH en virtud de que el procedimiento de expulsión había carecido de “garantías suficientes que demostraran que las circunstancias personales de cada uno de los

---

<sup>362</sup> Gomien, Donna, Harris, David, Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 1996, p. 363;

<sup>363</sup> *Becker vs. Dinamarca*, *op.cit.*, nota 219, p. 235.

<sup>364</sup> Henckaerts, J. M., The current status and content of the prohibition of mass expulsion of aliens, *Human Rights Law Journal*, Vol. 15, 1994, p. 30; Chueca Sancho, Ángel G., El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 1, noviembre de 2002.

<sup>365</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Alibaks y otros vs. Países Bajos*, demanda No. 14209/88, sentencia de 16 de diciembre de 1988.

<sup>366</sup> CEDH, *Andric vs. Suecia*, demanda no. 45917/99, decisión de (no) admisibilidad de 23 de febrero de 1999, párr. 1.

implicados habían sido genuina e individualmente tomadas en cuenta”.<sup>367</sup> En otros términos, no puede admitirse que se ha realizado un examen individual de cada caso si la motivación de las decisiones de expulsión es idéntica o muy similar en todos los casos, puesto que habrá existido un examen del grupo en cuanto grupo, no de las personas individualmente consideradas. Cuando se prohíbe la expulsión colectiva, sin embargo, no significa que un Estado, por razones de economía o de eficacia, no pueda realizar una expulsión en grupo en un solo medio de transporte. Cabe dicha expulsión si existen varias personas cuya situación ha sido analizada individualmente de un modo objetivo y razonable.

En este caso, la condena al Estado no se debió al hecho de que los demandantes fuesen repatriados en grupo por avión, sino a otras circunstancias: las declaraciones de autoridades públicas, la convocatoria simultánea de las personas a expulsar, su detención también simultánea, la redacción idéntica de las órdenes de expulsión (que debe considerarse como prueba fehaciente de que no ha existido un examen individualizado y objetivo de cada caso), la enorme dificultad para contactar con un abogado, y el hecho de que el procedimiento de asilo no hubiera terminado.<sup>368</sup> Además, en este caso los denunciantes fueron citados con engaños “con el fin de completar el informe relativo a su solicitud de asilo”, pero en su lugar fueron detenidos y expulsados.<sup>369</sup>

### 5.8.2 Las obligaciones emanadas del CoEDH

El marco general de las obligaciones bajo el CoEDH se encuentra contenido en el artículo 1, el cual establece el reconocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales del Título I a *todas* las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados Partes.

El artículo 1 engloba tres obligaciones para los Estados Partes. En primer lugar, la obligación de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales recogidos en el tratado internacional; es decir, se trata de una obligación negativa. En segundo lugar, la obligación de protegerlos (incluyendo la acción de terceros),<sup>370</sup> ya sea con la adopción de medidas normativas (sustantivas y procesales) y/o administrativas (recursos humanos y materiales) que aseguren su amparo. En tercer lugar, la obligación de asegurar que todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción gocen de dichos derechos y libertades. Las dos últimas obligaciones podrían interpretarse como obligaciones positivas. Como señala Carrillo Salcedo:

---

<sup>367</sup> *Conka vs. Bélgica, op.cit.*, nota 237, párr. 63.

<sup>368</sup> *Ibidem*, párr. 62.

<sup>369</sup> Véase el análisis de este caso en relación con el artículo 5 en la sección 5.8.1.2.3, inciso c), *supra*.

<sup>370</sup> Al respecto, el profesor Carrillo Salcedo, apoyándose en la jurisprudencia de la CEDH, sostiene que el instrumento internacional se aplica también a las relaciones entre particulares: “los particulares, en efecto, también pueden cometer abusos y violar derechos y libertades fundamentales, y de ahí la obligación positiva de los Estados -en definitiva, garantes de los derechos y libertades- de adoptar las medidas necesarias, legislativas y de otra naturaleza, para proteger realmente los derechos individuales no sólo frente a los poderes públicos, sino también respecto de posibles injerencias de otros individuos”. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 2003, *op.cit.*, nota 182, p. 101.

“Este artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es de la mayor importancia: en primer lugar, porque ha sido una de las bases sobre las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha procedido a una interpretación finalista y extensiva del Convenio, en virtud de la cual ha sostenido resueltamente que los Estados partes tienen obligaciones positivas, de hacer, en orden a asegurar el goce de los derechos reconocidos, y no sólo obligaciones negativas de no hacer, superando así la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales, al sostener que el Convenio reconoce y protege derechos concretos y efectivos, no teóricos o ilusorios”.<sup>371</sup>

Además de las obligaciones anteriores (respetar, proteger y asegurar), los Estados Partes se encuentran obligados a *otorgar un recurso efectivo* ante la violación de alguno de los derechos o las libertades reconocidos en el CoEDH, y a *no cometer ningún tipo de discriminación* en su aseguramiento a todas las personas bajo su jurisdicción.

La obligación de *otorgar un recurso efectivo* se encuentra recogida en el artículo 13 en los siguientes términos: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. La CEDH ha interpretado este artículo en el caso *Klass y otros vs. Alemania*, resaltando que:

“El artículo 13 establece que cualquier individuo al que le ‘son violados’ los derechos y libertades reconocidos por el Convenio debe tener un recurso efectivo ante una instancia nacional, lo mismo que si la ‘violación ha sido cometida’ por personas en el ejercicio de sus funciones oficiales. Esta norma, leída literalmente, parece decir que no existe el derecho a un recurso interno sólo si ha ocurrido una ‘violación’. No obstante, nadie puede establecer una violación ante una instancia nacional si no ha sido antes presentada una denuncia ante tal instancia. Consecuentemente, como una minoría en la Comisión establece, esto no puede ser un prerrequisito para la aplicación del artículo 13 a la condición de que el Convenio sea verdaderamente violado. Desde el punto de vista de la Corte, el artículo 13 exige que un individuo que se considere perjudicado por una medida presuntamente en violación del Convenio, disponga de un recurso ante una instancia nacional a fin de decidir sobre su denuncia y, si es aceptada, obtener una reparación. Así, el artículo 13 debe ser interpretado como garantizando un ‘recurso efectivo ante una instancia nacional’ a cualquiera que denuncie una violación de sus derechos y libertades protegidos por el Convenio”.<sup>372</sup>

De esta forma, cualquier persona a la que se le violen los derechos y las libertades reconocidos por el Convenio debe contar con un recurso efectivo que la proteja en el orden interno, aún cuando la violación haya sido cometida por un agente estatal en el ejercicio de sus funciones oficiales. Por tanto, como ha afirmado la Corte en el caso *Kudla vs. Polonia*, se configuraría una violación de este derecho cuando la persona lesionada no cuenta con un recurso interno que le garantice que su causa será oída por un tribunal *dentro de un plazo razonable*, como garantiza, a su vez, el artículo 6.1 del Convenio.<sup>373</sup>

Por tanto, la CEDH acepta que pueda tener lugar una violación simultánea del artículo 6 (derecho de acceso a un tribunal) y del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), por estimar que esta última queda subsumida en la primera. Como afirma Carrillo Salcedo, “esto último es de fundamental importancia ya que pone de manifiesto una consecuencia procesal del deber de los Estados parte de asegurar el cumplimiento en su derecho interno

---

<sup>371</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1999, *op.cit.*, nota 31, p. 74-75.

<sup>372</sup> *Klass y otros vs. Alemania*, *op.cit.*, nota 320, párr. 64.

<sup>373</sup> CEDH, *Kudla vs. Polonia*, demanda no. 30210/96, sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 152, 157, 160.

de las obligaciones convencionalmente asumidas. En definitiva, la excepcional relevancia de la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos entre los requisitos de admisibilidad de las demandas ante el Tribunal tiene su fundamento en el hecho de que las autoridades internas son las que están mejor situadas para la protección de los derechos y libertades fundamentales, con lo que la obligación de los Estados de prever recursos efectivos en sus ordenamientos jurídicos respecto de las alegaciones relativas a violaciones del Convenio se configura como el contrapunto que equilibra el carácter subsidiario del mecanismo europeo de protección de los derechos humanos”.<sup>374</sup>

Finalmente, la obligación que *prohíbe cualquier tipo de discriminación* se encuentra establecida en los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo No. 12.<sup>375</sup> Esta obligación, como se ha visto a lo largo de los capítulos 4 y 5 de este trabajo, se encuentra consagrada en la casi totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos y, como se analiza en el capítulo 6 de este trabajo, forma parte del *jus cogens* del Derecho Internacional, por lo que todos los Estados se encuentran obligados a respetarla, independientemente de sus obligaciones convencionales.

En conclusión, los Estados Partes tienen las obligaciones de: respetar los derechos humanos consagrados en el CoEDH, protegerlos -incluyendo de la acción de terceros-, y asegurar su goce a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Asimismo, tienen la obligación de que su derecho interno prevea el otorgamiento de un recurso efectivo de protección en caso de violación de los derechos humanos recogidos en el Convenio, y la obligación de prohibir cualquier tipo de discriminación en su titularidad, goce y ejercicio, incluyendo aquéllos derechos humanos no recogidos en el CoEDH si han ratificado el Protocolo Adicional no. 12.

### 5.8.3 Derogación de obligaciones en caso de estado de excepción

Al igual que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, el CoEDH prevé la suspensión de las obligaciones de los Estados Partes en casos excepcionales en su artículo 15. Su apartado 1 señala: “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del Derecho Internacional”. La CEDH ha interpretado el alcance general del apartado 1 del artículo 15:

En el caso *Lawless vs. Irlanda*, señaló que “el sentido normal y habitual de las palabras ‘alguna emergencia pública que amenace la vida de la nación’ es suficientemente claro; se refiere a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado”.<sup>376</sup>

---

<sup>374</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 2003, *op.cit.*, nota 182, p. 84-85.

<sup>375</sup> Véase la sección 5.8.1.1 de este capítulo.

<sup>376</sup> CEDH, *Lawless vs. Irlanda*, demanda no. 332/57, sentencia de 1 de julio de 1961, párr. 28.

En el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, si bien la CEDH reconoció que, en primer lugar, incumbe al Estado contratante determinar si un peligro público amenaza la vida de su nación y hasta dónde es necesario llegar para intentar que desaparezca, también subrayó que “los Estados no disfrutan, sin embargo, de un poder ilimitado en este ámbito. La Corte, a la que corresponde junto con la Comisión asegurar el respeto de los compromisos de los Estados (artículo 19), tiene competencia para resolver si han sobrepasado la ‘medida estricta’ de las exigencias de la crisis [...]. El margen nacional de apreciación está, pues, acompañado de una fiscalización europea”.<sup>377</sup> Además, indicó que se debe permitir al Estado que sufre la situación de urgencia que progresivamente adopte las medidas que aseguren el funcionamiento de los poderes públicos y el reestablecimiento de la paz ciudadana.<sup>378</sup>

En el caso *Brannigan y Mc Bride vs. Reino Unido*, la CEDH completó su interpretación realizada en *Irlanda vs. Reino Unido*, al señalar que cuando ejerce su control sobre las “medidas estrictas”, debe conceder el peso que convenga simultáneamente a factores relevantes como la naturaleza de los derechos afectados por la derogación, la duración del estado de urgencia y las circunstancias que hayan dado lugar a éste.<sup>379</sup>

La derogación de los derechos afectados ha sido interpretada en un sentido restrictivo por la Corte. Por ejemplo, en el caso *Aksoy vs. Turquía*, consideró que 14 días en custodia sin intervención judicial era un plazo demasiado largo para retener a una persona, aún en estado de emergencia.<sup>380</sup> En el mismo sentido, en *Cakici vs. Turquía* señaló que una detención no reconocida de 3 semanas violaba el artículo 5 del CoEDH, aún en estado de emergencia.<sup>381</sup> No obstante, permitió que sospechosos de terrorismo fueran retenidos hasta por 7 días sin control judicial en *Brannigan y McBride vs. El Reino Unido*.<sup>382</sup>

De los pronunciamientos anteriores se puede concluir que: a) la Corte se irroga la competencia de determinar si los Estados cumplen con las condiciones previstas por el artículo 15 del CEDH, en tanto se presente una denuncia al respecto; b) la situación inminente de crisis o emergencia debe afectar al conjunto de la población y constituir una amenaza real a la comunidad; c) el Estado que sufre la situación de urgencia es quien debe evaluar la amenaza y determinar si corresponde recurrir a la suspensión de las obligaciones del Convenio, lo cual no significa otorgarle un poder ilimitado porque sigue estando sujeto a la evaluación de la CEDH; d) se le permite al Estado que sufre la situación de urgencia que progresivamente adopte las medidas que aseguren el funcionamiento de los poderes públicos y el reestablecimiento de la paz ciudadana; y e) la Corte valora en su examen del cumplimiento del artículo 15 la naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, la duración de la situación de urgencia y las circunstancias que hayan dado lugar a éste, para evitar abusos o violaciones que cometa el Estado.

---

<sup>377</sup> CEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, demanda no. 5310/71, sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 207.

<sup>378</sup> *Ibidem*, párr. 220.

<sup>379</sup> CEDH, *Brannigan y Mc Bride vs. Reino Unido*, demandas no. 14553/89, 14554/89, sentencia de 26 de mayo de 1993, párr. 43.

<sup>380</sup> *Aksoy vs. Turquía*, op.cit., nota 291.

<sup>381</sup> CEDH, *Cakici vs. Turquía*, demanda no. 23657/94, sentencia de 8 de julio de 1999.

<sup>382</sup> *Brannigan y Mc Bride vs. Reino*, op.cit., nota 379.

El apartado 2 del artículo 15 establece los derechos que no son susceptibles de suspensión, a saber: el derecho a la vida (art. 2), salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra; la prohibición de la tortura (art. 3); de la esclavitud y la servidumbre (art. 4.1); y el principio de que no hay pena sin ley (art. 7). Esto significa para el profesor Carrillo Salcedo que “el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre, y el derecho a que la ley penal no tengan efectos retroactivos, son derechos absolutos, garantizados por normas imperativas que no admiten excepción ni derogación”.<sup>383</sup>

Y el apartado 3 del artículo 15 establece la obligación del Estado que aplique este artículo de tener “plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”. De esta forma, queda fuera de toda duda que el alcance de las medidas permitidas por este artículo deben ser de carácter temporal.

#### **5.8.4 Reservas y denuncia del CoEDH**

##### **5.8.4.1 Reservas<sup>384</sup>**

El CoEDH regula la formulación de reservas a su texto en el artículo 57, el cual señala:

“1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una Ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la Ley de que se trate”.

A diferencia de los tratados de derechos humanos analizados en este capítulo, el CoEDH establece una regla muy flexible sobre la adopción de reservas, que podría explicarse en razón de que fue elaborado con anterioridad a los Pactos de Nueva York de 1966, la CADH de 1969 y la CV69, instrumentos internacionales que son más restrictivos al respecto. El CoEDH, si bien prohíbe las reservas con carácter general, permite la formulación de reservas a los Estados Partes sobre cualquiera de sus disposiciones cuando estén en conflicto con una ley vigente en su derecho interno, de la cual se deberá presentar una breve exposición.

La CEDH ha delimitado en su jurisprudencia su competencia para pronunciarse sobre las reservas formuladas por los Estados Partes, así como el contenido del artículo 57 del Convenio:

---

<sup>383</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 2003, *op.cit.*, nota 182, p. 31.

<sup>384</sup> Véanse las reservas formuladas al Convenio en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=005&CM=7&DF=11/02/2011&CL=ENG&VL=1>.



En el caso *Belilos vs. Suiza*, la Corte hizo varios señalamientos. En primer lugar, sostuvo que tiene competencia para pronunciarse sobre la validez de las reservas y declaraciones interpretativas que se formulen al Convenio, lo cual significa que las reservas pueden ser declaradas inválidas por la Corte, si considera que se ha violado lo señalado en el artículo 57 del CoEDH.<sup>385</sup> En segundo lugar, indicó que el silencio de la Secretaría General del Consejo de Europa (depositaria del tratado) y de los Estados Partes respecto a las reservas realizadas por un Estado no es una ratificación de su validez, ni la priva de hacer sus propias valoraciones al respecto.<sup>386</sup> En tercer lugar, subrayó que una declaración interpretativa podría equivaler a una reserva, siempre que dicha declaración tenga la misma finalidad que se busca con la formulación de una reserva, con independencia del título que le haya dado el Estado.<sup>387</sup> En cuarto lugar, enfatizó que no caben reservas vagas o amplias porque se requiere determinar su exacto significado y alcance. Por ello, la prohibición de reservas de carácter general significa la exigencia de que sean precisas y claras.<sup>388</sup> Y en quinto lugar, estableció que las reservas que no acompañen la breve reseña de la ley de derecho interno incompatible con el Convenio, como exige el artículo 57.2, quedarían invalidadas, pues no se trata de un requerimiento puramente formal sino de una condición importante.<sup>389</sup>

En el caso *Loizidou vs. Turquía*, la CEDH discutió si los Estados pueden presentar reservas o declaraciones interpretativas sobre su competencia. Al respecto, señaló que, dada la existencia de una cláusula tan restrictiva que regula las reservas, no era posible que los Estados excluyeran la supervisión de las instituciones del Convenio.<sup>390</sup> Y que, en vista de la consistente práctica de los Estados Partes de aceptar incondicionalmente la competencia de la Comisión y de la Corte, de acuerdo con los artículos originales 25 y 46 del CoEDH, la reserva a su competencia podía ser estimada como inadmisibile.<sup>391</sup>

La doctrina concuerda con los pronunciamientos anteriores. Por ejemplo, el profesor Carrillo Salcedo resalta que la CEDH goza de competencias decisorias en la interpretación de las reservas y las declaraciones interpretativas que se formulen al Convenio, atribución que no goza, a modo de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos en el caso del PIDCP. Y que la declaración de invalidez de una reserva por la Corte significa que ésta no surtirá

---

<sup>385</sup> CEDH, *Belilos vs. Suiza*, demanda no. 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988, párr. 49.

<sup>386</sup> *Ibidem*, párr. 47.

<sup>387</sup> *Ibidem*, párr. 49.

<sup>388</sup> *Ibidem*, párr. 55.

<sup>389</sup> *Ibidem*, párr. 58-59.

<sup>390</sup> CEDH, *Loizidou vs. Turquía*, demanda no. 15318/89, sentencia de 23 de marzo de 1995, párr. 77.

<sup>391</sup> *Ibidem*, párr. 95. En esta misma sentencia, al analizar los argumentos de Turquía que pretende justificarse amparándose en las aceptadas restricciones de la competencia en la CIJ, la CEDH resalta sus diferencias con la CIJ: “En primer lugar, el contexto en el cual la Corte Internacional de Justicia opera es diferente de las instituciones del Convenio. La Corte Internacional de Justicia está llamada *inter alia* para examinar cualquier disputa legal entre Estados que puede ocurrir en cualquier parte del mundo con referencia a los principios del Derecho Internacional. El objeto materia de la disputa puede relacionarse a cualquier área del Derecho Internacional. En segundo lugar, a diferencia de las instituciones del Convenio, el rol de la Corte Internacional de Justicia no se limita a la directa supervisión de las funciones respecto de un tratado normativo como el Convenio”. *Ibidem*, párr. 84.

efecto jurídico alguno, por lo que el Estado que la formuló continúa obligado por la disposición convencional que pretendía eludir.<sup>392</sup>

En resumen, si bien los Estados Partes del CoEDH tienen permitida la realización de reservas a su texto, están sujetas al escrutinio de la CEDH y deben formularse siguiendo las pautas marcadas por el artículo 57: no deben ser formuladas en términos generales o vagos, sino ser precisas para determinar con claridad su alcance, y deben presentar una breve exposición de la ley de derecho interno que está en conflicto con la disposición del Convenio que pretenden eludir. Además, no deben estar en contradicción con el objeto y el fin del Convenio Europeo, de acuerdo con lo señalado por la CV69.

#### 5.8.4.2 Denuncia

El CoEDH regula su denuncia en el artículo 58, el cual señala:

1. Una Alta Parte Contratante sólo podrá denunciar el presente Convenio al término de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para dicha Parte, y mediante un preaviso de seis meses dado en una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, quien informará a las restantes Partes Contratantes.
2. Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha Parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto.
3. Bajo la misma reserva, dejará de ser parte en el presente Convenio toda Alta Parte Contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa.
4. El Convenio podrá ser denunciado de acuerdo con lo previsto en los párrafos precedentes respecto a cualquier territorio en el cual hubiese sido declarado aplicable en los términos del artículo 56”.

En resumen, se acepta la denuncia del CoEDH, pero una vez transcurridos cinco años desde la fecha en que el Convenio haya entrado en vigor para el Estado denunciante y mediante un preaviso de 6 meses. Eso sí, la denuncia no tendrá el efecto de liberar al Estado Parte de las obligaciones contraídas en virtud del CoEDH respecto de todo hecho ocurrido antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia.<sup>393</sup>

Otro hecho a resaltarse es el actual compromiso de que todos los Estados Miembros del Consejo de Europa deben ratificar el instrumento regional de derechos humanos. Por lo que si un Estado decidiera denunciar el Convenio se vería obligado también a retirarse del organismo regional, así como el artículo 58.3 establece que el retiro del Consejo de Europa trae como consecuencia jurídica la denuncia automática del Convenio. Se trata de una clara vinculación entre el instrumento internacional y la calidad de miembro del Consejo de Europa.

---

<sup>392</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 2003, *op.cit.*, nota 182, p. 36.

<sup>393</sup> Cabe señalar que el CoEDH sólo ha tenido un caso de retiro transitorio. Se produjo bajo el gobierno militar de Grecia, el cual denunció el 12 de diciembre de 1969 el Convenio y el Protocolo Adicional no. 1. Con el retorno de la democracia, Grecia ratificó nuevamente el instrumento internacional el 28 de noviembre de 1974. Este retiro transitorio fue analizado por la CEDH en el caso *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*, demanda no. 14556/89, sentencia de 24 de junio de 1993.

## 5.9 Carta Social Europea<sup>394</sup>

La Carta Social Europea constituye un complemento necesario del Convenio Europeo de Derechos Humanos puesto que éste, al garantizar fundamentalmente derechos civiles y políticos, no contempló los derechos económicos y sociales, incluidos también dentro de los objetivos del Consejo de Europa para conseguir las finalidades inherentes al Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. En este sentido, Díaz Barrado señala que, toda vez que uno de los principales campos de actuación del Consejo de Europa es el relativo al reconocimiento y la protección de los derechos humanos, una vez consagrada y asentada la aplicación de los derechos de carácter civil y político en el CoEDH, “el Consejo de Europa se vio irremediablemente obligado a afrontar el reconocimiento y la protección de los derechos de carácter social”.<sup>395</sup>

### 5.9.1 La aplicación de la CSE a los extranjeros

#### 5.9.1.1 El principio de no discriminación

El principio de no discriminación se encuentra consagrado tanto en la Carta Social Europea (CSE) como en la Carta Social Europea Revisada (CSEr). Al respecto, el párrafo cuarto del preámbulo de la CSE señala: “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”. La CSEr, por su parte, dispone en su Parte V, artículo E, que: “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”. Si bien el artículo E de la Parte V del *Anexo* de la misma CSEr señala: “No se considerará discriminatoria la diferencia de trato basada en un motivo objetivo y razonable”. Asimismo, la CSEr reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, *sin discriminación* por razón de sexo en su artículo 20.

Además, la Parte I de ambas Cartas señala el listado de los derechos y principios que recogen y que los Estados Partes se comprometen a aceptar como base de su política social. Cabe señalar que estos derechos y principios están redactados de una forma incluyente al empezar con frases como: “*toda* persona”, “*todos* los trabajadores”, etc. Eso sí, la lectura de la Primera Parte de ambas Cartas se debe complementar con los artículos 20.1.a y A.1.a de la Parte III de éstas, los cuales señalan que la Parte I es una declaración de objetivos que los Estados Partes tratarán de alcanzar por todos los medios adecuados. Como señala Vasak,

---

<sup>394</sup> La CSE fue adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961. Entró en vigor el 26 de febrero de 1965 y a febrero de 2011 ha sido ratificada por 27 Estados. Información disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=035&CM=&DF=&CL=ENG>.

La CSEr fue adoptada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Entró en vigor el 1 de julio de 1999 y a febrero de 2011 ha sido ratificada por 30 Estados. Información disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ENG>.

<sup>395</sup> Díaz Barrado, Cástor, La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Política Social Internacional y Europea*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 234-235.

“estos derechos son ante todo los objetivos de una política común a todos los Estados contratantes. Así pues, no tienen carácter vinculante para esos Estados o, más exactamente, son vinculantes sólo como componentes de una política global en el terreno social”.<sup>396</sup> Díaz Barrado confirma los limitados efectos jurídicos de los derechos y principios reconocidos en la Parte I, al manifestar que “a lo más que pueden aspirar es a servir de elementos de interpretación en supuestos de alegación de violación de un determinado derecho”.<sup>397</sup>

Ahora, a pesar de que el principio de no discriminación está consagrado tanto en la CSE como en la CSEr, ambos instrumentos internacionales tienen una aplicación limitada a los migrantes y, en especial, a los migrantes irregulares, puesto que el párrafo 1 del Anexo de ambas Cartas, el cual es parte integrante de los instrumentos internacionales de acuerdo con los artículos 38 de la CSE y N de la CSEr, dispone:

“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 CSEr] 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. Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes”.

Esto significa que tanto la CSE como la CSEr tienen aplicación a favor de los nacionales residentes en el Estado Parte, así como a los extranjeros residentes *legalmente* o que trabajen regularmente provenientes de un Estado Parte. Por lo que los migrantes irregulares, así como los extranjeros que no son europeos o siendo europeos su Estado no ha ratificado la Carta, están excluidos en el goce y ejercicio de los derechos que reconocen los instrumentos internacionales, salvo el caso de los derechos a la seguridad social (art. 12.4)<sup>398</sup> y a la asistencia social y médica (art. 13.4).<sup>399</sup>

Al respecto, Díaz Barrado ha sostenido que: “[en] la Carta Social [...] no existe una formulación genérica y generosa, como sucede en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, por la que los Estados se comprometan a garantizar los derechos reconocidos a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción o control. Ello supone, ciertamente, un límite significativo al alcance normativo de la Carta ya que, más allá de las

---

<sup>396</sup> Vasak, Karel, El Consejo de Europa, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 3, París: Serbal/UNESCO, 1984, p. 700.

<sup>397</sup> Díaz Barrado, Cástor, 1996, *op.cit.*, nota 395, p. 251.

<sup>398</sup> El artículo 12, referido al derecho a la seguridad social, señala en su párrafo cuarto que los Estados deben adoptar medidas encaminadas a conseguir la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social; así como a la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social. Al respecto, el Comité Europeo de Derechos Sociales, el órgano de control de la CSE (art. 24), ha precisado que: “Los Estados están requeridos a eliminar de su legislación de seguridad social todas las discriminaciones contra extranjeros y nacionales de otros Estados Partes. La legislación nacional no puede reservar un beneficio social sólo para los nacionales, o imponer extra o más condiciones restrictivas sólo sobre los extranjeros, aparte de la realización de un período de residencia para los beneficiarios no contribuyentes”. Comité Europeo de Derechos Sociales, *Digest of the Case Law of the ECSR*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005, p. 62.

<sup>399</sup> El artículo 13, referido al derecho a la asistencia social y médica, señala en su párrafo cuarto el deber de los Estados de aplicar dicho derecho, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los nacionales de las Partes restantes que se encuentren legalmente en su territorio.

precisiones que se contienen en los artículos 12.4 y 13.4. Los derechos sociales sólo se reconocen y garantizan a las personas que sean nacionales de los Estados Partes. Bien es verdad que se recoge la posibilidad de la extensión de derechos análogos a otras personas, pero así y todo la Carta mantiene en torno a esta cuestión una posición restrictiva”.<sup>400</sup>

La restricción formulada en el Anexo de la Carta podría interpretarse como una discriminación que está en contradicción con lo dispuesto por el propio CoEDH. Al respecto, Brillat ha indicado que: “el anexo de la Carta prevé que los únicos extranjeros beneficiarios de los derechos garantizados son los nacionales de los Estados que hayan ratificado la Carta y que trabajen o residan regularmente en el territorio de otro Estado Parte. Semejante excepción para los individuos que sean nacionales de un Estado que no haya ratificado la Carta no resulta comprensible: por otra parte, conviene cuestionarse incluso acerca de su contradicción con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al menos en lo que atañe a los derechos garantizados por los dos tratados”.<sup>401</sup>

La sentencia de la CEDH en el caso *Gaygusuz vs. Austria* resulta ilustrativa al respecto. Este caso versó sobre un ciudadano turco residente en Austria, a quien se le denegó el subsidio de desempleo bajo el argumento de que no tenía la nacionalidad austriaca. La Corte señaló que, de acuerdo con su jurisprudencia, una diferencia de trato es discriminatoria para fines del artículo 14 del CoEDH (prohibición de la discriminación), “si no tiene una justificación objetiva y razonable”; esto es “si no persigue un objetivo legítimo o si no hay relación razonable de proporcionalidad entre las medidas utilizadas y la realización del objetivo buscado”. La CEDH reconoció que los Estados disfrutaban de cierto margen de apreciación para evaluar cómo y hasta qué medida las diferencias en situaciones similares justifican un tratamiento diferente. Sin embargo, razones muy sólidas tienen que ser alegadas para que una diferencia sólo basada en la nacionalidad sea compatible con el CoEDH.<sup>402</sup> Conforme a esto, la CEDH valoró que los argumentos presentados por el gobierno austriaco no eran persuasivos y consideró, como la Comisión Europea, que la diferencia en el tratamiento entre austriacos y no austriacos conforme al derecho de asistencia en emergencia, del cual fue víctima el denunciante, no estaba basado en ninguna “justificación objetiva y razonable”.<sup>403</sup> Por lo que la Corte resolvió que había tenido lugar una violación del artículo 14 del CoEDH, tomado en conjunto con el artículo 1 del Protocolo Adicional No. 1.<sup>404</sup>

Como resalta Flauss en su análisis de esta sentencia respecto a la Carta Social Europea revisada: “en consecuencia, si un trabajador extranjero que ostente la nacionalidad de uno de los Estados miembros del Consejo de Europa no puede valerse de la regla de la igualdad de trato tal como se contempla en la Carta Social revisada a causa de la ausencia de firma y de ratificación de la Carta por parte del Estado del que es nacional, podría en cualquier caso invocar una discriminación basándose en las disposiciones del Convenio Europeo desde el

---

<sup>400</sup> Díaz Barrado, Cástor, 1996, *op.cit.*, nota 395, p. 253.

<sup>401</sup> Brillat, Régis, La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales, en Jimena Quesada, Luis, (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 29.

<sup>402</sup> CEDH, *Gaygusuz vs. Austria*, demanda no. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42.

<sup>403</sup> *Ibidem*, párr. 50.

<sup>404</sup> *Ibidem*, párr. 52.

momento en que el derecho reivindicado estuviera protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es decir, que el derecho a la igualdad en materia de prestaciones sociales queda garantizado en el marco del CoEDH, incluso aunque no lo sea en virtud de la Carta Social o ni siquiera en la aplicación de la Carta Social revisada”.<sup>405</sup>

De este modo, la sentencia de la CEDH en el caso *Gaygusuz vs. Austria* precisa la naturaleza de la prohibición de la discriminación, la cual, llevada a la Carta, implica que no basta alegar la nacionalidad como una justificación válida para excluir a los extranjeros en el ámbito de aplicación de un tratado internacional. Se requieren argumentos muy sólidos para formular dicha exclusión y debe ser compatible con el CoEDH. Así, siguiendo la interpretación de la CEDH, existirían buenas razones para argumentar que la restricción al goce y ejercicio de los derechos de los extranjeros que permite el Anexo de la Carta Social Europea estaría en contradicción con el CoEDH.

Por otro lado, la restricción de los derechos formulada en la CSE y en la CSEr en contra de los extranjeros debe ser matizada a la luz de los artículos 32 de la CSE y H de la CSEr, los cuales regulan las relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales y señalan: “las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a la de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas”.

De esta forma, estos artículos se encargan de reafirmar que las disposiciones de la Carta sólo constituyen un estándar mínimo que, en palabras de Freixes, significa “que las disposiciones de la Carta Social constituye el nivel mínimo de protección o garantía para los derechos que en ella contienen. De esta forma si al comparar el estándar de la Carta con el derecho interno o el de los tratados o convenios vigentes y aplicables a un supuesto de hecho concreto, aquel constituye el nivel de protección más alto, deberá aplicarse el estándar de la Carta. Por el contrario, si es otro de los textos jurídicos vigentes aplicables al caso controvertido el que ofrece un nivel de protección mayor, no será aplicable la regulación comprendida en la Carta sino aquella otra que contenga un estándar más elevado”.<sup>406</sup>

Así pues, un Estado europeo que simultáneamente esté vinculado a la CSE o la CSEr y al PIDESC no podría justificar la exclusión de un derecho social a favor de los extranjeros no europeos que se encuentran bajo su jurisdicción. En otras palabras, los derechos sociales del PIDESC se aplicarían a favor de los extranjeros en ese Estado, aunque exista a su vez una exclusión de esos mismos derechos en la Carta.

### **5.9.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la Carta a los extranjeros**

---

<sup>405</sup> Flauss, Jean-François, Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales, en Jimena Quesada, Luis, (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 45.

<sup>406</sup> Freixes Sanjuan, Teresa, La justiciabilidad de la Carta Social Europea, en Jimena Quesada, Luis (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 114.

Los artículos de la Carta excluidos de aplicación a los migrantes irregulares y a los extranjeros que no son europeos o siendo europeos su Estado no ha ratificado la Carta constituyen el corpus sustantivo del instrumento internacional ya que contienen derechos sociales de importancia fundamental para todas las personas: el derecho al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas (art. 1 y 2); a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 4); a una remuneración equitativa (art. 5); derechos de libertad sindical (art. 5 y 6); derecho a la protección de personas vulnerables como niños (art. 7 y 17), mujeres (art. 8), personas con discapacidad (art. 15) y de edad avanzada (art. 23); derecho a la orientación y formación profesional (art. 9 y 10); a la salud (art. 11); a la seguridad social (art. 12); a la asistencia social y médica (art. 13); a los beneficios de los servicios sociales (art. 14); a la protección de la familia (art. 16); a la igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo (art. 20); a la protección en caso de despido (art. 24); a la dignidad en el trabajo (art. 26); a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30); y a la vivienda (art. 31).<sup>407</sup>

Por otro lado, los artículos 18 y 19, referidos al derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes y al derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia, no tienen el requisito de la estancia o residencia legal, pero sólo tienen aplicación a los nacionales de las Partes contratantes. Sin embargo, por la redacción del Anexo de la Carta donde se señalan las exclusiones de los extranjeros de los artículos 1 a 17 y 20 a 31 y la salvedad que se hace respecto a los artículos 18 y 19, algunos han interpretado, *a contrario sensu*, que tienen aplicación a todos los extranjeros y no sólo a los nacionales de los Estados Partes. No obstante, esta interpretación ha sido rechazada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, el cual ha considerado que queda suficientemente claro de la actual redacción de los artículos 18 y 19 que sólo tienen aplicación a los nacionales de los Estados Partes.<sup>408</sup>

### 5.9.1.3 Derechos reconocidos bajo la Carta a los migrantes irregulares

A pesar de lo señalado en el apartado anterior, autores como Akandji Kombe han afirmado que los artículos 18 y 19 de la Carta pueden tener una aplicación parcial a los extranjeros irregulares. En este sentido, bajo el artículo 18, referido al derecho a ejercer una actividad lucrativa, y en el que no existe una exclusión directa de los migrantes irregulares, los Estados deben: 1. aplicar la normativa existente con espíritu liberal; 2. simplificar las formalidades vigentes y reducir o suprimir los derechos de cancelería y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o por sus empleadores; 3. liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros; y 4. reconocer el derecho de sus nacionales a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes.<sup>409</sup>

---

<sup>407</sup> Estos artículos corresponden a la CSEr.

<sup>408</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Migrant's Rights in the European Social Charter*, Information document prepared by the Secretariat of the ESC, 22 de junio de 2006, p. 3.

<sup>409</sup> Akandji-Kombe, J.F., *The European Social Charter and protection of illegal migrants*, Consejo de Europa, AS/Mig/Inf (2005) 17, p. 8.

En relación con el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (art. 19), en el que tampoco existe una exclusión directa de los migrantes irregulares, los Estados deben: organizar servicios gratuitos para los trabajadores migrantes y combatir toda propaganda engañosa sobre inmigración; facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias; promover la colaboración entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración; permitir la transferencia de las ganancias y ahorros de los trabajadores migrantes; promover y facilitar la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida; y de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste.<sup>410</sup>

En cuanto a los migrantes irregulares y sus hijos se refiere, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha especificado que tienen derecho a la asistencia médica.<sup>411</sup> En este sentido, se puede afirmar que la contribución más importante de la Carta Social Europea a la protección de los migrantes irregulares proviene de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y, en particular, del caso *IFHR (Federación Internacional de Derechos Humanos) vs. Francia*.<sup>412</sup> En este caso, el Comité Europeo de Derechos Sociales sostuvo que “la legislación o práctica que niega el derecho a la asistencia médica a los nacionales extranjeros, dentro del territorio de un Estado Parte, incluso si están ahí de forma *ilegal*, es contraria a la Carta”.<sup>413</sup> En particular, constituye una violación de la Carta si la atención médica a los hijos de los migrantes irregulares se limita a situaciones que envuelvan una amenaza inmediata a su vida y, aún más, si sólo son admitidos en un esquema de asistencia médica después de un cierto tiempo.

El Comité concluyó que Francia no había violado el artículo 13 de la Carta, toda vez que la legislación impugnada no privaba a los migrantes irregulares de todo tipo de atención médica. No obstante, encontró que sí había violado el artículo 17 en virtud de que el hijo de los migrantes irregulares podía ser expuesto al riesgo de no recibir atención médica: la ley en cuestión sólo preveía la asistencia médica a migrantes irregulares en situaciones que involucraran una amenaza a la vida y su inclusión a un esquema médico sólo después de cierto tiempo.<sup>414</sup>

En el centro de esta decisión del Comité se encuentra la importancia del derecho en cuestión para la dignidad de las personas. Aún más, el Comité sostuvo que aunque los migrantes irregulares no estaban cubiertos por los artículos 1 a 17 de la Carta, ello no permitía pasar por alto derechos de importancia fundamental para un individuo, por ejemplo por estar relacionados con el derecho a la vida y la dignidad.<sup>415</sup> Y que “la dignidad humana es un valor fundamental y, de hecho, el centro del Derecho Positivo Europeo de Derechos Humanos— ya sea bajo la Carta Social Europea o el Convenio Europeo sobre

---

<sup>410</sup> *Ídem*.

<sup>411</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Migrant's Rights in the European Social Charter*, *op.cit.*, nota 408, p. 4.

<sup>412</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *IFHR (Federación Internacional de Derechos Humanos) vs. Francia*, Queja No. 13/2003, decisión de 8 de septiembre de 2004.

<sup>413</sup> *Ibidem*, párr. 32.

<sup>414</sup> *Ibidem*, párr. 33-37.

<sup>415</sup> *Ibidem*, párr. 30.



Derechos Humanos— y la atención médica es un prerrequisito para la preservación de la dignidad humana”.<sup>416</sup>

De este modo, el Comité hizo una interpretación extensiva del derecho a la salud basada en consideraciones de derechos humanos. Y toda vez que varios de los derechos consignados en la Carta Social Europea se encuentran estrechamente ligados a la noción de dignidad humana, el Consejo de Europa ha señalado que no se podría negar una interpretación dinámica del Comité en derechos como: el derecho al trabajo y a condiciones equitativas de trabajo (art. 1 y 2); el derecho a la asistencia social y médica (art. 13); el derecho a la protección de las personas minusválidas (art. 15); el derecho a la protección de los niños (art. 7 y 17); el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (art. 23); el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26); el derecho a la protección en contra de la pobreza y la exclusión social (art. 30); el derecho a la vivienda (art. 31), en particular con el fin de prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación (párr. 2).<sup>417</sup> Por lo anterior, se puede sostener que, bajo la Carta Social Europea, se debe respetar a los migrantes irregulares los derechos antes señalados.

### 5.9.2 Las obligaciones emanadas de la Carta para los Estados Partes

El marco general de obligaciones para los Estados Partes se encuentra contenido en la las Partes II y III de ambas Cartas, las cuales establecen una forma muy peculiar de vincular a los Estados Partes, en comparación con otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Ambos instrumentos, la CSE en el artículo 20 y la CSEr en el artículo A, otorgan a los Estados la potestad de seleccionar los derechos con los cuales desean comprometerse. No obstante, ambos instrumentos internacionales plantean cierta dirección en la selección de los derechos, al obligar a los Estados Partes a que seleccionen dentro de un grupo específico de derechos, los cuales se encuentran enumerados en la Parte II de las Cartas.

Conforme a los artículos 20.b de la CSE y A.1.b de la CSEr, hay un grupo de derechos que los instrumentos internacionales consideran esencial. Para el caso de la CSE: el derecho al trabajo (art. 1), la libertad sindical (art. 5), el derecho a la negociación colectiva (art. 6); el derecho a la seguridad social (art. 12); el derecho a la asistencia social y médica (art. 13); el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (art. 16); y, el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia (art. 19). Para el caso de la CSEr son los mismos derechos (arts. 1, 5, 6, 12, 13, 16, 19) más el derecho de los niños y adolescentes a la protección (art. 7) y el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo (art. 20). Dentro de la selección anterior de derechos, los Estados deben escoger obligatoriamente cinco de ellos en el caso de la CSE y seis en la CSEr. Este grupo se denomina el “núcleo interno”. A su vez, los artículos 20.c de la CSE y A.1.c de la CSEr obligan a los Estados a escoger un número adicional de artículos o párrafos enumerados en

---

<sup>416</sup> *Ibidem*, párr. 31.

<sup>417</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Comité sobre Migración, Refugiados y Población, Relator: Sr. Ed van Thijn (Países Bajos), Grupo Socialista, *Human rights of irregular migrants*, Doc. 10924, 4 de mayo de 2006, párr. 35.

las Cartas, que no puede ser inferior a 10 artículos o 45 párrafos enumerados en el caso de la CSE y a 16 artículos o 63 párrafos numerados en el caso de la CSEr. Este grupo se denomina el “núcleo externo”.

Para Vasak, este procedimiento de selección tiene un objetivo preciso: “mientras que el objetivo del núcleo interno (cinco derechos de siete), cualquiera que sea la combinación elegida, es obtener la protección de los derechos económicos y sociales esenciales, el núcleo externo (diez derechos de diecinueve) constituye el inicio de la protección de todos los derechos económicos y sociales”.<sup>418</sup> Sin embargo, esta modalidad de vinculación de los Estados Partes ha recibido críticas, especialmente porque crea una pluralidad de regímenes jurídicos. Al respecto, Díaz Barrado señala:

“Ello produce, a mi juicio, no sólo un menoscabo en la integridad de la Carta Social en cuanto instrumento jurídico que aspira a establecer con carácter general los derechos sociales en Europa sino que, al mismo tiempo, genera una cierta “atomización” respecto a los derechos reconocidos que, por efecto de dicha fórmula, se desvinculan innecesariamente de su propio contexto, conduciendo a una inevitable y acusada pluralidad de regímenes jurídicos que, sin duda, resta eficacia a la propia Carta Social considerada en su conjunto”.<sup>419</sup>

Además, como señala Canessa, a lo anterior debe agregarse que no se desprende de la CSE un criterio que justifique la inclusión o exclusión de derechos dentro del llamado “núcleo interno”. A modo de ejemplo, resulta difícil justificar la exclusión de un derecho tan esencial como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3) dentro del “núcleo interno” y, sin embargo, no forma parte de él, a pesar que se encuentra directamente vinculado al derecho a la vida o al derecho a la protección de la integridad física y moral de la persona.<sup>420</sup>

Conforme a los artículos 20.2 de la CSE y A.2 de la CSEr, los Estados deben notificar al Secretario General del Consejo de Europa la selección de los derechos respecto a los cuales se obligan en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de aprobación. Así, las obligaciones de los Estados Partes sólo corresponden a los artículos y los párrafos numerados seleccionados en su ratificación o adopción y no sobre el íntegro del instrumento internacional. Esto es un rasgo sustancial de la Carta Social Europea que la diferencia del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante, la modalidad de selección de los derechos no altera el marco general de obligaciones. Así, en primer lugar, un Estado Parte de la Carta está obligado a respetar los derechos seleccionados. Esto significa que no debe impedir el goce y disfrute de los derechos. En segundo lugar, el Estado Parte tiene la obligación de protegerlos. Es decir, debe impedir que terceros o el propio Estado obstaculicen el goce y el ejercicio de los derechos seleccionados. En tercer lugar, el Estado Parte tiene la obligación de cumplirlos o satisfacerlos, lo que supone que debe facilitar que las personas puedan gozar y ejercitar los

---

<sup>418</sup> Vasak, Karel, 1984, *op.cit.*, nota 396, p. 701.

<sup>419</sup> Díaz Barrado, Cástor, 1996, *op.cit.*, nota 395, p. 249.

<sup>420</sup> Canessa Montejó, Miguel F., 2008, *op.cit.*, nota 106, p. 149-150.

derechos y, a la vez, el Estado debe promover que las personas puedan acceder al goce y el ejercicio de los derechos.<sup>421</sup>

Las obligaciones anteriores implican una serie de obligaciones específicas o acciones de los Estados Partes. Una primera acción es asegurar que los derechos seleccionados se gocen y ejerciten dentro del ordenamiento interno del Estado. Esto se puede lograr a través de la derogación o la modificación de la norma interna que regule la materia y que esté en contradicción con la norma internacional, o si no existe regulación interna, a través de la implementación de la norma interna que permita su aplicación. La segunda acción es asegurar la prohibición de la discriminación tanto en el goce como en el ejercicio del derecho. Y la tercera acción es la implementación de recursos jurídicos internos que permitan a las personas acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales ante eventuales violaciones de sus derechos.<sup>422</sup>

### **5.9.3 Restricción general de los derechos reconocidos por la Carta**

Las restricciones a los derechos consagrados en las Cartas están reguladas en los artículos 31 de la CSE y G de la CSEr, los cuales disponen:

“1. Los derechos y principios enumerados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.

2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que han sido previstas”.

De esta forma, las Cartas establecen que si bien los derechos y principios enumerados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, no pueden ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en la redacción de los artículos que los recogen, también permiten el establecimiento por ley de las restricciones “que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres”. Lo cual extiende ampliamente la posibilidad de formular restricciones o limitaciones en cada uno de los derechos a los que se encuentra vinculado el Estado Parte. Eso sí, el contenido esencial de los derechos enumerados por las Cartas no puede ser objeto de restricciones o limitaciones y las restricciones no pueden ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que están previstas.

### **5.9.4 Suspensión de obligaciones**

Tanto el artículo 30 de CSE como el artículo F de la CSEr permiten la suspensión de obligaciones en caso de guerra o peligro público, al señalar que:

---

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 151.

“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, toda parte contratante podrá tomar medidas que dejen en suspenso las obligaciones previstas en la presente Carta; dichas medidas deben ser estrictamente proporcionales a la gravedad de la situación y no estar en contradicción con el resto de las obligaciones dimanantes del derecho internacional.

2. Toda parte contratante que haya utilizado este derecho a dejar en suspenso las obligaciones de la Carta informará plenamente al Secretario General del Consejo de Europa, dentro de un plazo razonable, sobre las medidas adoptadas y los motivos que las hayan inspirado. Igualmente informará al Secretario General sobre la fecha en que tales medidas hayan dejado de surtir efectos y en la que las disposiciones de la Carta por dicha parte aceptadas reciban de nuevo plena vigencia”.

De esta forma, el Estado Parte que enfrenta una situación urgente (una guerra u otro peligro que amenace la vida de la nación) podrá tomar medidas que dejen en suspenso sus obligaciones provenientes de la Carta. Eso sí, la suspensión debe ser estrictamente proporcional a la gravedad de la situación. Y, a diferencia de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, ninguno de los derechos contenidos en las Cartas es inderogable.

Finalmente, la CSE establece una exigencia de comunicación que incluya las medidas adoptadas para suspender las obligaciones y los motivos que la inspiran, entendiendo que tales medidas deben ser proporcionales a la situación que se sufre y que los motivos que las provocan deben justificarlas. En principio, una situación de urgencia no debería justificar la suspensión del íntegro de las obligaciones, sino sólo de aquéllas que sean estrictamente necesarias. Correspondería al Comité Europeo de Derechos Sociales evaluar si el Estado Parte ha cumplido con las exigencias de los artículos 30 de la CSE y F de la CSEr.

### **5.9.5 Reservas y denuncia de la Carta**

#### **5.9.5.1 Reservas**

Ni la CSE ni la CSEr regulan el tema de las reservas dentro de su texto normativo, por lo que la formulación de reservas quedaría sujeta a lo establecido por la CV69; esto es, que los Estados Partes pueden formular una reserva a dichos tratados siempre que no sea incompatible con su objeto y fin, según dispone el artículo 19 de la CV69. Otra interpretación al respecto consiste en considerar que la flexibilidad de ambos instrumentos internacionales busca que los Estados Partes no formulen reservas. La regla de la ratificación o adopción de ciertos derechos establecida en los artículos 20 de la CSE y A de la CSEr, así como la potestad de los Estados de establecer restricciones o limitaciones a los derechos, de conformidad con los artículos 31 de la CSE y G de la CSEr, además de incentivar la ratificación de las Cartas, buscarían que los Estados Partes eviten formular reservas. Como afirma Díaz Barrado:

“Hay que reconocer, sin embargo, que el sistema de aceptación de obligaciones previsto en la Carta Social responde a la intención de los redactores de la misma de evitar que se formulen reservas y, en su caso, declaraciones interpretativas a cualquiera de las disposiciones. Aunque de manera explícita no se prohíba la formulación de reservas, ésta se concibe de antemano como una práctica innecesaria ya que se les deja a los

Estados la posibilidad de aceptar parcialmente el contenido de la Carta Social sin que tengan que recurrir a la técnica de las reservas”.<sup>423</sup>

Ahora, toda vez que un grupo significativo de Estados Partes han formulado reservas y declaraciones interpretativas a ambos instrumentos, sin que se haya cuestionado su validez, no existirían dudas en interpretar que cabe formular reservas y declaraciones interpretativas a las Cartas, siempre que no estén en contra de su objeto y fin.<sup>424</sup>

### 5.9.5.2 Denuncia<sup>425</sup>

Tanto la CSE como la CSEr permiten simultáneamente el proceso de denuncia del íntegro del tratado como de artículos o párrafos específicos con el objetivo de mantener el vínculo con el resto del instrumento internacional ratificado. Estos dos tipos de denuncias se encuentran regulados en los artículos 37 de la CSE y M de la CSEr, los cuales señalan:

“1. Ninguna Parte contratante podrá denunciar la presente Carta hasta que haya transcurrido un período de cinco años desde la fecha en que la Carta entró en vigor para dicha Parte ni antes de que haya concluido cualquier otro período ulterior de dos años, y, en uno y otro caso, lo notificará con una antelación de seis meses al Secretario General, quien informará al respecto a las restantes Partes [CSEr] [contratantes y al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Tal denuncia no afectará la validez de la Carta con respecto a los demás contratantes, siempre que el número de éstas no sea en momento alguno inferior a cinco (CSE)].

2. De conformidad con las disposiciones contenidas en el párrafo precedente, toda Parte contratante podrá denunciar cualquier artículo o párrafo de la Parte II de la Carta que hubiere aceptado, siempre que el número de artículos o párrafos que dichas parte siga obligada a cumplir no sea inferior a 10 [CSE] [16 CSEr], en el primer caso, y 45, en el segundo, [CSE] [63 CSEr] y que esos artículos o párrafos sigan incluyendo los artículos elegidos por dicha Parte contratante entre los que son objeto de una referencia especial en el artículo 20 [CSE] [A CSEr], párrafo 1, apartado b).

3. Toda parte contratante podrá denunciar la presente Carta o cualquier artículo o párrafo de su Parte II, conforme a las condiciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, en lo referente a cualquier territorio al cual se aplique la Carta en virtud de una declaración hecha con arreglo al párrafo 2 del artículo 34 [CSE] [L CSEr]”.

La modalidad de la denuncia parcial ha recibido críticas por ampliar excesivamente su flexibilidad y fragmentar las obligaciones del instrumento internacional, evidenciando un mayor interés por asegurar la vinculación de los Estados Partes en vez de su integridad normativa. Al respecto, Díaz Barrado manifiesta:

“A mi juicio, haber hecho explícita esta facultad de los Estados viene a significar los temores a que en la Carta Social no confluyan los consentimientos necesarios para estimar que se trata de un convenio sobre derechos humanos que ha alcanzado un elevado grado de participación y ello significa, además, que se quiere

---

<sup>423</sup> Díaz Barrado, Cástor, 1996, *op.cit.*, nota 395, p. 250.

<sup>424</sup> Véanse las reservas realizadas a la CSE en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=035&CM=&DF=&CL=ENG&VL=1>.  
Y a la CSEr en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ENG&VL=1>.

<sup>425</sup> Véanse las denuncias realizadas a la CSE en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=035&CM=&DF=&CL=ENG&VL=1>.  
Y a la CSEr en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ENG&VL=1>.

evitar que se produzca una denuncia del conjunto de la misma. En cualquier caso, los efectos de una denuncia así serían una manifestación más del carácter fragmentario con que se ha diseñado la asunción de obligaciones en este instrumento jurídico y pondría de relieve los retrocesos que, en la esfera social, se producirían en el Estado o Estado que actuasen de esa forma. Se trata, en suma de reconocer a los Estados la facultad de establecer una limitación más y ello se constituye, en definitiva, en prueba significativa de que se pretende primar a la participación frente a la integridad”.<sup>426</sup>

En resumen, cabe presentar la denuncia sobre el íntegro de las Cartas o parcialmente sobre algún determinado artículo o párrafo vinculado. La restricción a la denuncia reside en que el Estado Parte debe seguir vinculado a un número de artículos no inferior a 10 ni menor a 45 párrafos, en el caso de la CSE, y no inferior a 16 ni menor a 63 párrafos, en el caso de la CSEr, además de cumplir con la exigencia de los artículos 20.1.b de la CSE y A.1.b de la CSEr; es decir, debe quedar obligado a cinco de los siete artículos que se consideran esenciales en el caso de la CSE, y a seis de los nueve artículos que se consideran esenciales en el caso de la CSEr.

## 5.10 Otros instrumentos y acciones

### 5.10.1 Instrumentos

El *Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos*<sup>427</sup> de 2005 hace una importante contribución a la protección de un grupo particularmente vulnerable de migrantes irregulares, al establecer medidas para promover y proteger los derechos de las víctimas de trata, incluidos el respeto a su vida privada, otorgándoles: asistencia (médica, psicológica, legal, para sostenerse, seguridad y protección), recuperación y reflexión, residencia, compensación y repatriación.<sup>428</sup>

El *Convenio para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*<sup>429</sup> de 1987 es de clara relevancia para los migrantes irregulares en términos de la detención a su llegada, durante su estancia o en la preparación para su expulsión. Los reportes de las visitas individuales a los Estados por el Comité para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes establecen estándares emergentes relevantes para los migrantes irregulares.<sup>430</sup>

Finalmente, es importante el *Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales*<sup>431</sup> de 1995, el cual, al haber sido adoptado sobre la base del mandato acordado

---

<sup>426</sup> Díaz Barrado, Cástor, 1996, *op.cit.*, nota 395, p. 250.

<sup>427</sup> Adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Entró en vigor el 1 de febrero de 2008. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 33 Estados. Información disponible en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=8&DF=16/02/2011&CL=ENG>.

<sup>428</sup> Al respecto, véanse los artículos 3 (principio de no discriminación); y 11 a 16 del Convenio.

<sup>429</sup> Adoptado en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. Entró en vigor el 1 de febrero de 1989. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 47 Estados. Información disponible en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=126&CM=8&DF=16/02/2011&CL=ENG>.

<sup>430</sup> Véanse, por ejemplo, CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996 (includes a section on Foreign nationals detained under aliens legislation), 7th General Report, CPT/Inf (1997) 10; Deportation of foreign nationals by air, 13th General Report, CPT/Inf (2003) 35.

<sup>431</sup> Adoptado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. Entró en vigor el 1 de febrero de 1998. A febrero de 2011, ha sido ratificado por 39 Estados. Información disponible en:

por la Cumbre de Viena, es un instrumento multilateral obligatorio que protege a las minorías nacionales en general. Si bien este instrumento no aborda directamente los derechos de los migrantes irregulares, sí establece una referencia general en su artículo 6.1, el cual señala: “las Partes promoverán un espíritu de tolerancia y de diálogo intercultural y tomarán medidas eficaces para favorecer el respeto y la comprensión mutuas entre todas las personas que vivan en su territorio, sea cual fuere su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa, en particular, en los campos de la educación, de la cultura y de los medios de comunicación”.

Esta disposición tiene un ámbito amplio de aplicación que incluye, “entre otros, a los buscadores de asilo y a las personas provenientes de otros grupos que no han habitado tradicionalmente en el país de que se trate”.<sup>432</sup> Y esto es relevante para extranjeros como los buscadores de asilo, los migrantes y, dentro de éstos, los irregulares (toda vez que no se hace ninguna exclusión explícita de estas personas), puesto que el segundo párrafo del artículo 6 señala: “las Partes se comprometen a tomar las medidas apropiadas para proteger a las personas que puedan ser objeto de amenazas o de actos de discriminación, de hostilidad o de violencia a consecuencia de su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa”.

### 5.10.2 Acciones

a) *Consejo de Ministros del Consejo de Europa.* Ha sentado las bases para promover los derechos de los migrantes irregulares en su “Recomendación no. R (2000) 3 a los Estados Miembros sobre el Derecho de Satisfacción de las Necesidades Básicas de las Personas en Situaciones de Extrema Vulnerabilidad”.<sup>433</sup> En esta recomendación el Consejo de Ministros reconoce que ciertos derechos deben ser accesibles a todas las personas, ciudadanos y extranjeros, cualquiera que sea su estatus. El Consejo de Ministros señala en esta Recomendación 5 principios que son fundamentales como un punto mínimo de inicio para el desarrollo de los derechos de los migrantes en el ámbito social:

1. Los Estados Miembros deben reconocer, en su derecho y práctica, el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas materiales de cualquier persona en situación de extrema vulnerabilidad.
2. El derecho a la satisfacción de las necesidades básicas materiales debe contener como un mínimo: el derecho a la comida, vestido, refugio y atención médica básica.
3. El derecho a la satisfacción de las necesidades básicas materiales debe ser exigible; cada persona en situación de extrema vulnerabilidad debe ser capaz de invocarlo directamente ante las autoridades y, en caso de ser necesario, ante los tribunales.

---

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=157&CM=&DF=&CL=ENG>.

<sup>432</sup> Al respecto, véanse Comité del convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, Segunda opinión sobre Dinamarca, ACFC/INF/OP/II (2004)005, Estrasburgo, 11 de mayo de 2005, párr. 76; *Opinión sobre Austria*, ACFC/INF/OP/I (2002)009, Estrasburgo, 16 de mayo de 2002, párr. 32.

<sup>433</sup> Consejo de Europa, *Recommendation No. R (2000) 3 of the Committee of Ministers to member states on the Right to the Satisfaction of Basic Material Needs of Persons in Situations of Extreme Hardship*, adoptada por el Consejo de Ministros el 19 de enero de 2000 en su 694ª reunión.

4. El ejercicio de este derecho debe ser accesible a todos los ciudadanos y extranjeros, cualquiera que sea su posición bajo las leyes nacionales o su estatus de extranjeros, y en la forma determinada por las autoridades nacionales.
5. Los Estados Miembros deben asegurar que la información disponible sobre la existencia de este derecho sea suficiente.

El Consejo de Ministros del Consejo de Europa también ha desarrollado “Veinte Directrices sobre el Regreso Forzado”, las cuales abarcan todas las etapas del proceso de retorno, desde la identificación de una situación irregular hasta el retorno en sí mismo.<sup>434</sup>

*b) Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.* Ha abordado un número de asuntos relevantes para la protección de los migrantes irregulares a través de distintas Recomendaciones, por ejemplo: Recomendación 1211 (1993) sobre la migración clandestina: traficantes y empleadores de migrantes clandestinos; Recomendación 1325 (1997) sobre tráfico de mujeres y prostitución forzada en los Estados Miembros del Consejo de Europa; Recomendación 1449 (2000) sobre migración clandestina del sur del Mediterráneo a Europa; Recomendación 1467 (2000) sobre migración clandestina y lucha contra los traficantes; Recomendación 1504 sobre la no expulsión de inmigrantes de largo plazo; Recomendación 1545 (2002) sobre la campaña contra el tráfico de mujeres; Recomendación 1547 (2002) sobre los procedimientos de expulsión de conformidad con los derechos humanos y llevados a cabo respetando la seguridad y la dignidad; Recomendación 1577 (2002) sobre la creación de una Carta de intento sobre migración clandestina; Recomendación 1618 (2003) sobre migrantes en empleo irregular en el sector de la agricultura de los países europeos del sur; Recomendación 1645 (2004) sobre el acceso a la asistencia y protección de los buscadores de asilo en las áreas de los puertos y costas europeos; Recomendación 1695 (2005) sobre el proyecto del Convenio del Consejo de Europa sobre la acción en contra del tráfico de seres humanos; Recomendación 1767 (2006) sobre llegadas en masa de migrantes irregulares a las costas de Europa del Sur; entre otras.

Asimismo, son relevantes las siguientes Resoluciones: Resolución 1568 (2007) sobre los Programas de Regularización para los Migrantes Irregulares; Resolución 1509 (2006) sobre los Derechos Humanos de los Migrantes Irregulares; Resolución 1707 (2010) sobre la Detención de los buscadores de asilo y migrantes irregulares en Europa, entre otras.

Destaca el “Reporte sobre los Derechos Humanos de los Migrantes Irregulares 10924 (2006)” en el que se señalan el mínimo de derechos humanos que los migrantes irregulares deben gozar en los Estados Miembros del Consejo de Europa. En cuanto a derechos sociales<sup>435</sup> se refiere: vivienda y refugio que garanticen la dignidad humana de las personas; atención médica; seguridad social (protección social en los términos señalados en el caso *IFHR vs. Francia* antes discutido); condiciones de empleo adecuadas; y educación. Y en

---

<sup>434</sup> Consejo de Europa, *Twenty Guidelines on Forced Return*, adoptados por el Consejo de Ministros el 4 de mayo de 2005 en su 925ª reunión.

<sup>435</sup> Sobre los problemas que existen para la realización de los derechos sociales de los migrantes irregulares, véase Cholewinski, Ryszard, *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social Rights*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005, 83 p.



cuanto a derechos civiles y políticos: derecho a la vida; a la prohibición de la tortura, tratos o castigos inhumanos o degradantes; prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado; libertad y seguridad; derecho a no ser detenidos en estaciones de policía o prisiones, sino en lugares de detención especialmente designados para ello; limitación del período de su detención; derecho de contactar a cualquier persona: familia, abogado, ONG's, autoridades consulares, etc.; a tener un traductor; a no ser detenidos a través de engaños; independencia judicial en su detención; derecho de audiencia; derecho a no ser expulsados colectivamente; al respeto de la vida privada y la familia; a la libertad de pensamiento, conciencia, religión; a la libertad de expresión, asamblea y asociación; a casarse; a la protección de la propiedad; a no ser discriminados; y a la protección contra la trata de personas.<sup>436</sup>

c) *Comisionado Europeo para los Derechos Humanos*. Ha tomado un interés particular en los derechos de los migrantes irregulares en sus reportes de las visitas a los Estados. También ha emitido una recomendación sobre los derechos de los extranjeros que desean entrar a un Estado Miembro del Consejo de Europa y la ejecución de las órdenes de expulsión, lo cual tiene una relevancia particular para los migrantes irregulares.<sup>437</sup>

d) *Comisión Europea en contra del Racismo y la Intolerancia*. Su trabajo país por país en el combate de la hostilidad, intolerancia, racismo y discriminación también tiene una relevancia particular para los migrantes irregulares, quienes enfrentan una doble discriminación: como migrantes y como personas en situación irregular.<sup>438</sup>

## ii. Unión Europea

Además de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, existen pocas iniciativas que abogan por los derechos de los migrantes irregulares en la Unión Europea. El enfoque que la Unión ha adoptado en esta materia ha sido de control y represión de los flujos de migrantes irregulares,<sup>439</sup> por lo que se ha prestado poca atención a la protección de los derechos humanos y laborales de estas personas.<sup>440</sup>

---

<sup>436</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Human rights of irregular migrants*, op.cit., nota 417, párr. 46-116. También véase la *Resolución 1509 (2006)*, de 27 de junio de 2006, sobre los Derechos Humanos de los Migrantes Irregulares de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

<sup>437</sup> Comisionado Europeo para los Derechos Humanos, Recomendación del Comisionado para los Derechos Humanos, Estrasburgo, 19 de septiembre de 2001, CommDH/Rec(2001)1. También véase “*Migrants have Rights*”, Presentación del Comisionado Europeo para los Derechos Humanos, Conferencia del Consejo de Europa sobre Cohesión Social en una Europa Multicultural, 9 de noviembre de 2006, CommDH/Speech (2006) 22.

<sup>438</sup> Véase por ejemplo el Tercer Reporte sobre Italia “*Immigrants without legal status*”, CRI (2006)19, párr. 114-120. Véase el trabajo de la Comisión por país en:

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/countrybycountry\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/countrybycountry_en.asp).

<sup>439</sup> Para un panorama de las políticas de la Unión Europea en los temas de migración, asilo y circulación de personas, visítase:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_migration/index\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_migration/index_en.htm).

<sup>440</sup> Sobre este enfoque de la Unión Europea respecto a los migrantes irregulares, véanse Cholewinski, Ryszard, *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 2, 2000, p. 361-405; Cholewinski, Ryszard, *European Union Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost?*, en Bogusz, Barbara, et.al., (ed.), *Irregular Migration and Human*

Por otro lado, cabe señalar que el Tratado de la Unión Europea, al igual que el Tratado Constitucional, prevén la ansiada adhesión de la Unión al CoEDH en el artículo 6.2, al señalar que: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Además, el apartado 3 del artículo 6 dispone que: “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Con esto, los Estados miembros de la Unión Europea quedan vinculados por las disposiciones del CoEDH.

En consonancia con la falta de competencia general de la Unión en materia de derechos humanos, el artículo 6 no otorga competencia a la Unión para adherirse a cualquier tratado internacional sobre derechos humanos. Sólo le da competencia para adherirse a ese Convenio en concreto, citado e identificado por su nombre y confirmado en el Protocolo no. 35 anexo al Tratado. Asimismo, la referida disposición limita los efectos de la adhesión: no podrá afectar las competencias de la Unión, ni modificarlas ni ampliarlas, con el fin de garantizar un control judicial externo del respeto a los derechos humanos (CEDH).

### **5.11 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>441</sup>**

En junio de 1999, con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea (UE). De acuerdo con las aspiraciones de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el CoEDH y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE, los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europea del Consejo y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) fue elaborada por una Convención compuesta por un representante de cada país de la UE y de la Comisión Europea, así como por miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

---

*Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 159-192; Cholewinski, Ryszard, *The Legal Situation of Irregular Migrants: Is Their Dignity Guaranteed in the Receiving Countries?*, en *Conference on “Irregular Migration And Dignity of Migrants: Co-Operation in the Mediterranean Region”*, *Proceedings*, Atenas, 3-4 de octubre de 2001, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2002, p. 54-62.

<sup>441</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. DO C 83 de 30 de marzo de 2010.

A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.<sup>442</sup>

### 5.11.1 La aplicación de la CDFUE a los extranjeros

#### 5.11.1.1 El principio de no discriminación

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) contiene la cláusula que prohíbe la discriminación en su artículo 21, el cual señala:

- “1. 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.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

Como se puede apreciar, la CDFUE prohíbe la discriminación por una serie de razones, entre las que se encuentra la *nacionalidad*. De esta forma, los Estados Miembros tienen prohibido discriminar por razón de la nacionalidad en el ámbito de la aplicación del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y del Tratado de la Unión Europea. Eso sí, el párrafo 2 del artículo 21 acota esta prohibición a lo que señalen las disposiciones pertinentes en dichos tratados. A pesar de lo anterior, no deja de ser un avance para la protección de los derechos de los extranjeros la inclusión de la nacionalidad como motivo prohibido para discriminar a las personas en el territorio de los Estados Miembros.<sup>443</sup>

Además, el principio de no discriminación en la CDFUE se ve reforzado por disposiciones como la del artículo 20 que establece la igualdad ante la ley de *todas* las personas y la del artículo 23 que afirma la igualdad entre mujeres y hombres. Cabe señalar que ninguna de estas disposiciones hace distinción entre los ciudadanos de la Unión Europea y los extranjeros, ni ninguna basada en el estatus migratorio de los extranjeros. Aún más, la CDFUE está redactada de una forma incluyente, al usar palabras como “toda persona”, “nadie”, “todo niño”, “todo trabajador”, “todo acusado”, etc.

Así pues, la CDFUE afirma la naturaleza universal de los derechos toda vez que la mayor parte de los derechos que consagra son otorgados a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, lugar de residencia o condición migratoria. Por ello, se puede afirmar que la CDFUE aplica generalmente a nacionales (ciudadanos de la Unión Europea) y extranjeros sin discriminación alguna, salvo que existan disposiciones que especifiquen lo contrario, como el título V de la Carta, denominado “Ciudadanía”, el cual claramente sólo está referido a los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea. Sin embargo,

---

<sup>442</sup> Véase la historia de su adopción en: Mangas Martín, Araceli, Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales, en Mangas Martín, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario Artículo por Artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 57-75.

<sup>443</sup> No obstante, el profesor Chueca opina que la prohibición de la discriminación en razón de la nacionalidad implica, en realidad, una igualdad disminuida para los extranjeros porque “sólo beneficia a los ciudadanos de la UE”. Chueca Sancho, Ángel G., Los derechos fundamentales en la Constitución Europea. Tres carencias... y cómo superarlas, *Página Abierta*, No. 154, diciembre de 2004.

los títulos restantes (I – Dignidad; II – Libertad; III – Igualdad; IV – Solidaridad; y VI - Justicia) generalmente tienen aplicación a todas las personas. Como afirma Mangas Martínez:

“De la Carta se pueden resaltar los compromisos de la Unión Europea y de sus Estados Miembros *con todo ser humano*: respeto y protección de su dignidad, derecho a la seguridad, a la vida privada y familiar, derecho a la educación obligatoria, a la educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas, a condiciones de trabajo equivalentes a los ciudadanos de la Unión Europea, derecho al asilo, confinamiento, expulsión y extradición con límites (regla de *non refoulement*), no discriminación en tanto que seres humanos, igualdad hombre-mujer, protección especial de los niños, concretos derechos laborales, etc.”<sup>444</sup>

### 5.11.1.2 Excepciones en cuanto a la aplicación de la CDFUE a los extranjeros

a) *Respeto de la vida privada y familiar y protección de datos de carácter personal*. El artículo 7 de la CDFUE, por un lado, protege el derecho de *toda* persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Y el artículo 8, por otro, protege el derecho de *toda* persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, los cuales “se tratarán de modo leal, para fines concretos y *sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley*. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación” (párr. 2).

A pesar de la protección que otorgan las disposiciones anteriores a *todas* las personas, la propia Unión Europea ha creado el llamado Sistema Eurodac para recogida de datos de extranjeros que, o bien solicitan asilo, o bien han sido detenidos intentando entrar irregularmente en territorio de un Estado miembro de la Unión. Pues bien, el Sistema Eurodac limita el derecho de protección de datos de las personas extranjeras sometidas a estos controles.

Este sistema, creado a través del *Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000*,<sup>445</sup> relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín,<sup>446</sup> permite a los países de la Unión Europea identificar a los solicitantes de asilo y a las personas interceptadas cruzando irregularmente las fronteras exteriores de la Unión.<sup>447</sup> Comparando sus huellas, los países de la UE pueden comprobar si un solicitante de asilo o un extranjero presente irregularmente en su territorio ya ha solicitado asilo en otro país de la UE, o si un solicitante de asilo ha entrado irregularmente en el territorio de la Unión. El sistema se compone de una unidad central gestionada por la Comisión Europea, de una base

---

<sup>444</sup> Mangas Martín, Araceli, *op.cit.*, nota 442, p. 59.

<sup>445</sup> DO L 316 de 15.12.2000. Entró en vigor el 15 de diciembre de 2000.

<sup>446</sup> El Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas fue adoptado en Dublín el 15 de junio de 1990.

<sup>447</sup> También véase el *Reglamento (CE) n° 407/2002 del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 2725/2000 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín* [DO L 62 de 5 de marzo de 2002].

central informatizada de datos dactiloscópicos, y de medios electrónicos de transmisión entre los países de la UE y la base de datos central.<sup>448</sup>

Además de las huellas, los datos transmitidos por los países de la UE incluyen lo siguiente: el país de la UE de origen; el sexo de la persona; el lugar y fecha de la solicitud de asilo o la interceptación de la persona; el número de referencia; la fecha de toma de impresiones dactilares; la fecha de transmisión de datos a la unidad central.<sup>449</sup> Se toman los datos de toda persona mayor de 14 años y se envían a la unidad central a través de los puntos de acceso nacionales.<sup>450</sup>

Si se trata de solicitantes de asilo, los datos se conservan durante diez años, excepto si la persona adquiere la ciudadanía de alguno de los países de la UE, en cuyo caso sus datos se suprimirán inmediatamente.<sup>451</sup> En lo referente a los extranjeros interceptados en el cruce irregular de una frontera exterior, los datos se conservan dos años a partir de la fecha de toma de las huellas. Los datos se borrarán inmediatamente, antes de que dicho período expire, si el extranjero: obtiene un permiso de residencia; abandona del territorio de la Unión; o adquiere la ciudadanía de un país de la UE. Para los extranjeros presentes irregularmente en un país de la UE, el Eurodac sólo permite la comparación de sus huellas con las contenidas en la base de datos central para comprobar si la persona no ha solicitado asilo en otro país de la UE. Una vez transmitidas para la comparación, el Eurodac deja de conservar estas huellas.<sup>452</sup>

En lo relativo a la protección de datos de carácter personal, los países de la UE que envían los datos a Eurodac deben garantizar el respeto de la legalidad en la toma de huellas, así como en toda operación de tratamiento, transmisión, conservación o supresión de datos. La Comisión vela por la correcta aplicación del Reglamento 2725/2000 por parte de la unidad central y toma cualquier medida necesaria para garantizar su seguridad. Asimismo, la Comisión debe informar de las medidas adoptadas al Parlamento Europeo y al Consejo.<sup>453</sup>

A pesar de las ‘garantías’ anteriores, es clara la interferencia del sistema Eurodac en los derechos al respeto de la vida privada y familiar y a la protección de datos de carácter personal, consagrados en los artículos 7 y 8 de la CDFUE, además de en el derecho a la privacidad establecido en el artículo 8.1 del CoEDH. En este sentido, Brouwer ha señalado:

“Hasta ahora la cuestión de si la interferencia, causada por el Eurodac es necesaria en una sociedad democrática para un objetivo legítimo no ha atraído mucha atención. La Corte Europea usualmente deja a los Estados Miembros un grande *margen de apreciación* para establecer si hay un objetivo legítimo en el sentido del artículo 8.2 del CoEDH”.<sup>454</sup>

---

<sup>448</sup> Véanse los artículos 3 y 4 del Reglamento 2725/2000.

<sup>449</sup> Artículos 5 y 8.2 del Reglamento 2725/2000.

<sup>450</sup> Artículo 8.1 del Reglamento 2725/2000.

<sup>451</sup> Artículos 6 y 7 del Reglamento 2725/2000.

<sup>452</sup> Artículos 9 y 10 del Reglamento 2725/2000.

<sup>453</sup> Véanse los artículos 13 a 17 del Reglamento 2725/2000.

<sup>454</sup> Brouwer, Evelien, Eurodac: Its Limitations and Temptations, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 4, 2002, p. 243.

Al respecto, cabe recordar la sentencia de la CEDH en el caso *Hatton y otros vs. Reino Unido*, en el cual se discutió la cuestión de si el Estado (Reino Unido) había hecho un balance justo entre el derecho a la privacidad de los denunciantes, consagrado en el artículo 8 del CoEDH, y los intereses de la comunidad. La CEDH señaló que el Estado al escoger sus instrumentos sólo tiene cierto margen de apreciación en el campo de la protección ambiental: “los Estados son requeridos a minimizar, tanto como sea posible, la interferencia con estos derechos, tratando de encontrar soluciones alternativas y buscando generalmente alcanzar sus objetivos de la forma menos onerosa en lo relativo a los derechos humanos”.<sup>455</sup> Este criterio, desde mi punto de vista, debiera ser usado al ejecutar proyectos como el de la base de datos Eurodac.

Incluso, el Comité Selecto de la Casa de los Lores para las Comunidades Europeas del Reino Unido señaló en un reporte que “había pocas dudas acerca de la interferencia de la toma *obligatoria* de huellas digitales en el derecho al respeto de la vida privada del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.<sup>456</sup> Y que “la escala del problema de los migrantes ilegales indocumentados que solicitan asilo primero debe ser establecida antes de proponer nuevos poderes con los cuales lidiar”.<sup>457</sup> Asimismo, ONG’s han expresado su preocupación sobre el hecho de que el Eurodac implica la toma de huellas digitales de un grande y específico grupo de personas en un momento en el que no han cometido ningún crimen.<sup>458</sup> Y sobre que no hay razones legítimas para la toma general de huellas de cada solicitante de asilo y migrante irregular.<sup>459</sup> Como ha manifestado Brouwer:

“Mientras que la toma de huellas digitales en la mayoría de países europeos se limita a las investigaciones criminales (y aún así para delitos severos), el único criterio para tomar las huellas digitales en el Eurodac es el hecho de que un individuo solicita asilo en uno de los países de ‘Dublín’ [del Convenio] [...] o es encontrado cruzando irregularmente una de las fronteras de ‘Dublín’”.<sup>460</sup>

La interferencia en los derechos señalados es causada especialmente por el carácter obligatorio de la medida, el hecho que las huellas digitales son grabadas (por un máximo de 10 años, como se ha visto) en una base de datos central y porque la medida tiene lugar a grande escala en la UE. Además, cuando se refiere a los nacionales de terceros países, los Estados de la UE parecen aplicar estándares más bajos de protección en lo relacionado con el respeto de la vida privada de las personas.<sup>461</sup>

Por lo anterior, como ya ha señalado el profesor Chueca Sancho, el Eurodac “no protege los datos procesados de los extranjeros”;<sup>462</sup> y sí “limita [su] derecho de protección de datos”.<sup>463</sup>

---

<sup>455</sup> CEDH, *Hatton y otros vs. Reino Unido*, demanda no. 36022/97, sentencia de 2 de octubre de 2001, párr. 97.

<sup>456</sup> Comité Selecto de la Casa de los Lores para las Comunidades Europeas del Reino Unido, *Fingerprinting Illegal Immigrants: Extending the Eurodac Convention*, 10° Reporte, (Sub-Comité E), 8 de junio de 1999, p. 21.

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>458</sup> *JUSTICE*, Carta del 3 de marzo de 1999.

<sup>459</sup> Brouwer, Evelien, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 150.

<sup>460</sup> Brouwer, Evelien, 2002, *op.cit.*, nota 454, p. 231.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>462</sup> Chueca Sancho, Ángel G., 2004, *op.cit.*, nota 443.

Hay que recordar que el establecimiento de esta base de datos centralizada está estrechamente relacionado con el objetivo de los gobiernos de los Estados Miembros de la UE de contar con herramientas adicionales o mecanismos para controlar la entrada y los movimientos de migrantes, en especial los irregulares y los solicitantes de asilo.

Por otro lado, se tiene que notar que bases de datos como el Eurodac pueden tentar a los Estados a usarlas con otros fines. Esto es ilustrado con varios ejemplos. Después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, se planteó el tema de dar acceso al Eurodac a la Europol con el fin de establecer una base de datos central con los datos de cada extranjero que se encontrara residiendo en alguno de los países de la Unión Europea.<sup>464</sup> Asimismo en 2001, en un proyecto de declaración del Consejo de Justicia y Asuntos Internos de la Unión Europea, el gobierno alemán propuso el uso de la Eurodac para fines policiales.<sup>465</sup> En un documento de trabajo de la Comisión Europea de 2001 se sostuvo que el uso de bases de datos como el Eurodac puede ayudar “sustancialmente” en la identificación de sospechosos de terrorismo.<sup>466</sup> Y en junio de 2007, el Consejo de Justicia y Asuntos Internos de la Unión Europea invitó a la Comisión Europea a presentar “tan pronto como fuera posible” una propuesta para enmendar la regulación del Eurodac, con el fin de otorgar a la policía, a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y a la Europol acceso a la Eurodac.<sup>467</sup> Estos acontecimientos, indudablemente, hacen que surjan interrogantes sobre la necesidad y deseabilidad de establecer grandes bases de datos, cuando se refiere a los datos de los individuos.

Además, se ha argumentado que el Eurodac no necesariamente mejora el funcionamiento del Convenio de Dublín, toda vez que el Estado Miembro que ingrese en la base de datos las huellas digitales de un solicitante de asilo o un migrante irregular se hace responsable de esa persona en un futuro y puede ser, por tanto, reacio a remitir dicha información. Aún más, la carga es más probable de recaer en aquellos Estados que tienen fronteras con terceros Estados.<sup>468</sup>

Se debe enfatizar que la información de carácter personal de los extranjeros merece la máxima confidencialidad y protección, no sólo por referirse a un derecho fundamental, como es el relativo a la protección de los datos de carácter personal, sino también por el hecho de que estos datos se relacionan con un tipo de personas que precisan una especial protección, ya que en muchas ocasiones se encuentran en una situación de indefensión, que les impide conocer y ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad. Es infortunado que

---

<sup>463</sup> Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Ángel G., La Constitución Europea y ... los extranjeros, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 8, 2005, p. 215-225.

<sup>464</sup> Brouwer, Evelien, 2002, *op.cit.*, nota 454, p. 231-232.

<sup>465</sup> Consejo de Justicia y Asuntos Internos de la Unión Europea, *Documento de la reunión del 27 de septiembre de 2001*, SN 4038/01. Adicionalmente, el texto proponía la recomendación de que cada Estado Miembro mantuviera registros centralizados con los datos de los nacionales de terceros países presentes en el territorio de la UE.

<sup>466</sup> Comisión Europea, *The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments*, COM (2001), 5 de diciembre de 2001, p. 743.

<sup>467</sup> Al respecto, véanse: Consejo de Justicia y Asuntos Internos de la Unión Europea, *Conclusiones 12-13 de junio de 2007*, 10002/07, 10267/07.

<sup>468</sup> Cholewinski, Ryszard, 2000, *op.cit.*, nota 440, p. 395; Brouwer, Evelien, 2002, *op.cit.*, nota 454, p. 244.

el Eurodac prevea la conservación de sus datos por un tiempo tan largo (en el caso de los solicitantes de asilo – 10 años) y que los datos de las personas a las que se les concede el estatus de refugiados no sean borrados de la base, sino hasta que pasa dicho tiempo.

b) *Libertad profesional y el derecho a trabajar*. El artículo 15.1 reconoce el derecho de toda persona a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. No obstante, el párrafo 2 de dicho artículo señala que sólo los ciudadanos de la UE tienen “libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro”. Y el artículo 15.3 dispone que sólo “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”.<sup>469</sup> De este modo, se excluye expresamente a los migrantes irregulares, por su estatus migratorio, de gozar de *condiciones laborales equivalentes* a los ciudadanos de la UE, lo cual plantea serios cuestionamientos a derechos universalmente reconocidos como el de “a igual trabajo, igual salario”, que funda en gran medida los derechos económicos y sociales y la no discriminación. Por lo anterior, surge la interrogante de si los trabajadores migrantes irregulares pueden ser explotados impunemente, sufriendo condiciones laborales no equivalentes a las de los ciudadanos de la UE.

Para Aguelo y Chueca,<sup>470</sup> este tipo de disposiciones en la CDFUE tiene su origen en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 17 de marzo de 1993 en el caso de la naviera alemana “Sloman Neptun”, relativo a una reclamación por trato discriminatorio salarial de unos trabajadores filipinos frente a nacionales alemanes.<sup>471</sup> El Tribunal de Justicia, examinando el Tratado de la Comunidad Europea (desde la más cerrada perspectiva), concluyó que este Tratado permite tales discriminaciones salariales y que ello no viola los derechos humanos de los extranjeros. De este modo, ignoró el derecho de “igual salario por idéntico trabajo” y no tomó en consideración la Carta Social Europea, el PIDESC ni diversos convenios de la OIT, instrumentos que protegen los derechos humanos de todas las personas y que habían sido ratificados por todos los Estados Miembros de la UE.

c) *Seguridad y ayuda social*. El artículo 34 dispone expresamente en su párrafo segundo que: “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”.<sup>472</sup> Nuevamente, se excluye a los extranjeros en situación irregular de derechos reconocidos a todas las personas a nivel universal (art. 9 del PIDESC). Esto es preocupante porque, justamente por su situación de especial vulnerabilidad, estas personas se encuentran necesitadas de prestaciones de la

---

<sup>469</sup> Sobre las limitaciones impuestas en esta disposición, véase Martín y Pérez de Nanclares, José, Comentario art. 15, en Mangas Martín, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario Artículo por Artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 327-329.

<sup>470</sup> Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Ángel G., 2005, *op.cit.*, nota 463.

<sup>471</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Sloman Neptun Schiffahrts AG vs. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, casos C-72/91 y 73/91, sentencia de 17 de marzo de 1993.

<sup>472</sup> Sobre las limitaciones impuestas en esta disposición, véase López Escudero, Manuel, Comentario art. 34, en Mangas Martín, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario Artículo por Artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 588-591.



seguridad social y algunas ventajas sociales (piénsese por ejemplo en el caso de las migrantes irregulares embarazadas). Por lo anterior, Aguelo y Chueca han señalado que la CDFUE “contempla una solidaridad de la UE para con los extranjeros bajo mínimos”.<sup>473</sup>

### 5.11.1.3 Derechos reconocidos bajo la CDFUE a los migrantes irregulares

La CDFUE es el único instrumento de protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares a nivel comunitario. En la medida en que sus postulados protegen a todo el mundo, también lo hacen con estas personas. Esto significa que todos los artículos de la Carta tienen aplicación a los migrantes irregulares, a menos que se especifique lo contrario. En este aspecto es comparable con la DUDH<sup>474</sup> y otros instrumentos internacionales de aceptación general como el PIDCP y el PIDESC, con las salvedades señaladas en el apartado anterior.

En cuanto a los contenidos de los derechos, en términos generales, la CDFUE reconoce los mismos derechos que la DUDH, haciendo especial referencia a colectivos especiales como niños, personas mayores, discapacitados o consumidores y tomando en cuenta los cambios en los últimos 50 años (por ejemplo, aborda temas de clonación, protección de datos, bioética, etc.).<sup>475</sup> Contrario a lo que sucede con el PIDCP y el PIDESC, la CDFUE no distingue entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, sino que los integra a todos en un solo documento.

Los siguientes artículos tienen aplicación a *todas las personas* y, en consecuencia, a los migrantes irregulares: 1 “dignidad humana”; 2 “derecho a la vida”; 3 “derecho a la integridad de la persona”; 4 “prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes”; 5 “prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”; 6 “derecho a la libertad y a la seguridad”; 9 “derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”; 10 “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”; 11 “libertad de expresión y de información”; 12 “libertad de reunión y de asociación”; 14 “derecho a la educación”; 15.1 “derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”; 17 “derecho a la propiedad”; 18 “derecho de asilo”; 19 “protección en caso de devolución, expulsión y extradición”;<sup>476</sup> 20 “igualdad ante la ley”; 21 “no discriminación”; 22 “diversidad cultural, religiosa y lingüística”; 23 “igualdad entre mujeres y hombres”; 24

---

<sup>473</sup> Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Ángel G., 2005, *op.cit.*, nota 463.

<sup>474</sup> Es de destacar también el hecho de la cercanía temporal entre el 50° aniversario de la DUDH y el Consejo de Colonia que inició el proceso de elaboración de la Carta fundamental. A este respecto, véase *Declaration de L'union Europeenne a l'occasion du 50eme Anniversaire de la Declaration Universelle des Droits de L'homme*, Vienne, le 10 decembre 1998.

<sup>475</sup> Véanse los artículos 3, 8 y 37 de la Carta.

<sup>476</sup> Al respecto, el profesor Chueca señala: “La Carta también regula la expulsión, la extradición y la devolución de extranjeros, sin graves problemas formales. Pero, en la realidad, la misma UE admite los vuelos chárter de extranjeros en situación irregular, que constituyen auténticas expulsiones colectivas condenadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya se trate de extranjeros en situación regular, ya en situación irregular”. Chueca Sancho, Ángel G., 2004, *op.cit.*, nota 443; Chueca Sancho, Ángel G., 2002, *op.cit.*, nota 364, p. 9 y ss. Al respecto, véase la 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, DO L 261, 6.8.2004.

“derechos del niño”; 25 “derechos de las personas mayores”; 26 “integración de las personas discapacitadas”; 27 “derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa”; 28 “derecho de negociación y de acción colectiva”; 29 “derecho de acceso a los servicios de colocación”; 30 “protección en caso de despido injustificado”; 31 “condiciones de trabajo justas y equitativas”; 32 “prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo”; 33 “vida familiar y vida profesional”; 34.3 “derecho a ayuda social y de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”; 35 “protección de la salud”; 38 “protección de los consumidores”; 47 “derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”; 48 “presunción de inocencia y derechos de la defensa”; 49 “principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas”; 50 “derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción”.

### 5.11.2 Obligatoriedad de la CDFUE

#### 5.11.2.1 Valor jurídico de la CDFUE

La CDFUE no fue inicialmente adoptada como un texto jurídicamente obligatorio, sino que fue adoptada y “proclamada solemnemente” con ocasión del Consejo Europeo de Niza entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000. El Consejo Europeo de Colonia dejó abierta la cuestión del valor jurídico, consciente de los numerosos debates que podría suscitar. Por eso, la Convención actuó en todo momento “como si” la Carta fuese a tener un carácter jurídico vinculante. No obstante, al final la división de opiniones fue inevitable y, aunque el Parlamento Europeo y la Comisión querían que adquiriese un carácter vinculante, ciertos Estados Miembros<sup>477</sup> se posicionaron a favor de un valor exclusivamente político, argumentando que ya existían las Constituciones nacionales y el CoEDH, y que hasta ahora a nivel comunitario el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ya había suplido las lagunas mediante su jurisprudencia. Al final, todo esto provocó que sólo un tercio del Consejo Europeo estuviera a favor de la inclusión de la Carta en los Tratados, y por eso no se incorporó en un primer momento.<sup>478</sup>

La Carta se recibió como un documento de naturaleza política, con un carácter meramente declarativo, y sin que aportase ningún avance jurídico a la protección de los derechos humanos de la Unión, que continuaban jurídicamente amparados por la jurisprudencia del TJCE. Este hecho llegó a defraudar muchas expectativas en el proceso, que vieron la Carta como un texto básicamente retórico sin ninguna innovación jurídica y que tampoco parecía mejorar la protección de los derechos humanos.<sup>479</sup>

---

<sup>477</sup> Reino Unido, Dinamarca y algunos países candidatos, entre otros.

<sup>478</sup> Blasi Casagran, Cristina, *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*, Barcelona: Institut Universitari d’Estudis Europeus, Quaderns de Treball, no. 51, octubre de 2010, p. 5.

<sup>479</sup> Para algunos su naturaleza se acercaba más bien a los llamados *memoranda of understanding* o *gentlemen’s agreements*. Pastor Ridruejo, José Antonio, Las relaciones entre el Tribunal de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras la entrada en vigor de la Constitución para Europa, en Aldecoa Luzárraga, Francisco, *et.al.*, (coord.), *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 327.

A pesar de la ausencia de efectos jurídicos obligatorios, los más optimistas apreciaron un papel relevante de la CDFUE en la protección de los derechos humanos. Operando como guía del TJCE, serviría como fuente de inspiración, y recibiría así un valor jurídico indirecto al utilizarse como vía de interpretación de estos derechos. Además, la carencia de fuerza jurídica vinculante no implicó la ausencia de todo efecto jurídico. La Carta ha sido aplicada por numerosos tribunales nacionales,<sup>480</sup> invocada ante el TJCE por los abogados generales, aplicada en un caso al menos por el Tribunal de Primera Instancia (caso *Jegó-Queré*, sentencia de 3 de mayo de 2002) y utilizada por el Tribunal Constitucional español como elemento interpretativo.<sup>481</sup> Especialmente, destaca que, en la sentencia de “Reunificación familiar”,<sup>482</sup> el Parlamento Europeo invocó ante el TJCE una vulneración de los artículos 7 y 21.1 de la Carta, relativos a la vida familiar y a la no discriminación, por parte de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Frente a los obstáculos a la llegada de las familias de los extranjeros ya instalados en Europa y pese a que finalmente el TJCE resolvió en base a las Conclusiones del Abogado General, la Carta se apreció de forma novedosa por parte de las Instituciones Europeas, tal y como se desprende de la sentencia:

“Aunque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CoEDH, sino también por la Carta”.<sup>483</sup>

Asimismo, el TJCE señaló en su sentencia del caso *Reynolds Tobacco* que la Carta, “proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000... pese a no tener fuerza jurídica vinculante, es una prueba de la importancia, en el ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos que enuncia”.<sup>484</sup>

Por otro lado, uno de los principales debates de la Convención fue la relación que debería existir entre el CoEDH y la Carta de Derechos Fundamentales. El principal temor era el posible establecimiento de un sistema dual de protección de los derechos humanos, con dos niveles diferentes. Esta cuestión se pretendió resolver con el artículo 52.3 de la CDFUE, el cual establece la coexistencia pacífica entre ambos sistemas en los siguientes términos:

“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. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

---

<sup>480</sup> Por ejemplo, véase la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, del 20 de noviembre de 2002 (resolución 1948/2002), que se refiere al artículo 49 de la Carta (principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas).

<sup>481</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio, 2008, *op.cit.*, nota 479, p. 328.

<sup>482</sup> TJCE, *Parlamento Europeo vs. Consejo de la Unión Europea, caso C-540/03*, sentencia de 27 de junio de 2006.

<sup>483</sup> *Ibidem*, párr. 38.

<sup>484</sup> TJCE, *R.J. Reynolds Tobacco y otros vs. Comisión Europea, caso C-131/03 P*, sentencia de 12 de diciembre de 2006, párr. 122.

Esta solución refleja la autonomía e independencia que mantienen la CDFUE y el CoEDH entre sí, a la vez que mantiene a esta última como el estándar mínimo de protección que hay que asegurar, de forma que la Carta no puede menoscabarlo aunque sí superarlo.

### 5.11.2.2 La CDFUE a partir del Tratado de Lisboa

Con el Tratado de Lisboa, los debates acerca del valor añadido, los elementos jurídicamente vinculantes y el texto meramente declarativo de la CDFUE encontraron su respuesta. En virtud del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, tras su reforma en Lisboa de 13 de diciembre de 2007, se reconoce de derecho a la Carta de los Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico que a los tratados y, por tanto, valor obligatorio. Toda vez que el Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, la Carta es ya una norma jurídicamente exigible ante los tribunales. El referido artículo 6.1 señala:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

Mediante esta disposición, la CDFUE pasa a formar parte del acervo de la UE, además de convertirse en un elemento jurídicamente vinculante y de obligado cumplimiento por parte de la instituciones europeas en el marco de sus respectivas competencias, y los Estados Miembros mientras actúen ejecutando el Derecho Comunitario, es decir, cuando apliquen Reglamentos, Directivas, Decisiones o Dictámenes y Recomendaciones.

Ahora, si bien el Tratado de Lisboa afirma que la CDFUE es un texto vinculante y garantiza ciertos derechos frente a los Estados e instituciones y organismos comunitarios, no le confiere competencias normativas en tales ámbitos a la Unión. La Carta no puede ser la base jurídica para regular sobre tales derechos ni altera las competencias ni cometidos de la Unión Europea, los cuales sólo pueden verse fundados en los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión y sus Protocolos Anexos (art. 6.2 TUE y Declaración anexa no. 1). Esto también lo señala el artículo 51.2 de la Carta:

“la presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

El artículo 6.1 también ordena que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación,<sup>485</sup> teniendo debidamente en cuenta las

---

<sup>485</sup> En este sentido el artículo 52.7 señala: “Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”.

explicaciones a que se hace referencia en la CDFUE, que indican las fuentes de dichas disposiciones, delimitando, de este modo, su alcance, sus límites y excepciones. Estas “explicaciones” se realizaron en la Primera Convención que redactó la Carta en 2000 y fueron readaptadas en 2004 y 2007 (DO C 303, de 14 de diciembre de 2007) por la Conferencia Intergubernamental. Los redactores de la Carta establecieron en este documento oficial el origen de cada derecho, libertad o principio, si es idéntico al de otro instrumento jurídico o se han tenido en cuenta varios, etc.

En consonancia con lo anterior, el artículo 52.2 de la Carta señala que las libertades y los derechos reconocidos en la misma, y que corresponden a derechos garantizados en tratados, en el CoEDH o en las constituciones nacionales, tendrán el mismo sentido y alcance de los instrumentos de los que proceden. Se garantiza, de este modo, la compatibilidad entre los instrumentos de los que se trate y la Carta. Y el apartado 4 señala que: “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el contenido de la CDFUE se convirtió en derecho positivo. A partir de este momento se instaura un catálogo de derechos exigible ante los tribunales frente a la actividad de la Unión. En este sentido, se puede señalar que la utilización judicial de la CDFUE tiene una triple perspectiva: tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de Primera Instancia, la CEDH, y los tribunales nacionales pueden referirse a ella en la protección de derechos humanos. No obstante, la CEDH no puede controlar el respeto de la Carta, sino más bien tenerla en cuenta en la interpretación del CoEDH.

### **5.11.2.3 La aplicación de la CDFUE a Reino Unido, Polonia y República Checa**

La CDFUE sufrió serios recortes en su posible aplicación en cuanto a Reino Unido, Polonia y República Checa. Se acordó un régimen especial para estos Estados en relación a la Carta, dejándose su aplicación plena para los 24 Estados Miembros restantes.

#### *a) Polonia*

Respecto a Polonia, dos declaraciones anexadas al Tratado (declaraciones 61 y 62) excluyen injerencias en los ámbitos “de la moral pública, del derecho de familia así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral” (declaración 61). Polonia deseó también subrayar que: “teniendo presente la tradición del movimiento social ‘Solidaridad’ y su notable contribución a la lucha por los derechos sociales y del trabajador declara que respeta plenamente esos derechos, según se establecen en el Derecho de la Unión Europea, y en particular los que se reafirman en el título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (declaración 62).

De esta forma, Polonia excluyó la aplicación de la CDFUE en cuestiones tan relevantes para la protección de los derechos humanos de las personas como la moral pública, el

derecho de familia y la dignidad humana. En palabras del profesor Chueca, “el ámbito cubierto por esta[s] Declaracion[es] [...] se halla en el mismo *corazón* de los derechos fundamentales”.<sup>486</sup> Así pues, Polonia puede lograr a través de estas declaraciones la ruptura del principio de igualdad y no discriminación e intentar que no se aplique en una materia tan trascendente como los derechos fundamentales ni a los polacos, ni a los ciudadanos de la UE que residan en Polonia sin tener esa nacionalidad, ni a los nacionales de Estados no Miembros.<sup>487</sup>

Las declaraciones de Polonia plantean al menos dos cuestiones de fondo.<sup>488</sup>

a) Se permite que un Estado Miembro establezca estatutos diferenciados más bajos en materia de derechos fundamentales que los vigentes en los restantes Estados Miembros; se rompe pues la unidad del Derecho de la UE en esta trascendental materia; y

b) Las declaraciones polacas pueden implicar la violación de:

1. El artículo 19 (antiguo artículo 13 TCE) de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,<sup>489</sup> el cual señala que el Consejo de la Unión, “por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

2. Los artículos 1 y 2.5 de la *Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*,<sup>490</sup> los cuales señalan:

“Art. 1. La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

Art. 2.5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

Dichas violaciones, a su vez, conllevan a que Polonia incurra en violación del Derecho de la UE por incumplimiento, de acuerdo con el artículo 258 (antiguo artículo 226 TCE) de la Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.<sup>491</sup>

---

<sup>486</sup> Chueca, Sancho, Ángel G., La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del tratado de la Unión Europea: un breve apunte, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 15, 2007.

<sup>487</sup> *Ídem*.

<sup>488</sup> *Ídem*.

<sup>489</sup> DO C 83 de 30.03.2010.

<sup>490</sup> DO L 303 de 2.12.2000. Entró en vigor el 2 de diciembre de 2000.

*b) Protocolo No. 30, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido*

El Reino Unido logró que se adoptara un Protocolo especial como anexo al Tratado de la UE<sup>492</sup> -también de aplicación a Polonia-, el cual contiene importantes limitaciones en cuanto a la aplicación de la CDFUE a estos Estados. El Protocolo contiene en su preámbulo ciertas afirmaciones que denotan su peculiaridad. Así, por ejemplo, señala que “la Carta contiene tanto principios como derechos” (párr. 5), afirmación que encierra detrás la tesis que atribuye el carácter de derechos humanos tan sólo a los civiles y políticos y no a los restantes. Y subraya el “deseo de Polonia y del Reino Unido de que se precisen determinados aspectos de la aplicación de la Carta” (párr. 9), con lo cual queda muy lejos la vinculación directa que podría tener la CDFUE sobre estos dos Estados. Eso sí, se señala que ello no “afecta a la aplicación de la Carta a otros Estados Miembros” (párr. 12), con lo cual se reafirma una vez más la excepción británica y polaca. De hecho, ya en noviembre del 2007 el Parlamento Europeo expresó su profunda preocupación por el Protocolo sobre la aplicación de la Carta a Polonia y al Reino Unido, y su pretensión de limitar la posibilidad de acogerse a dicha Carta en determinados Estados Miembros, pidiendo encarecidamente a Polonia y al Reino Unido que hicieran todos los esfuerzos para poder llegar finalmente a un consenso sobre la aplicación sin restricciones de la Carta.<sup>493</sup>

El Protocolo contiene tres importantes limitaciones en cuanto a la aplicación de la CDFUE:

En primer lugar, la Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma (art. 1.1). Es decir, el Reino Unido y Polonia no quedan sometidos a la Carta, salvo en lo que ya lo estén por otros medios.

En segundo lugar, “y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional” (art. 1.2). De esta forma, se recortan las posibles obligaciones británicas y polacas en materias tan importantes contenidas en el título IV “Solidaridad”, como el derecho a la negociación colectiva, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil, el derecho a la seguridad

---

<sup>491</sup> Al respecto, el artículo 258 (antiguo artículo 226 TCE) dispone: “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

<sup>492</sup> *Protocolo No. 30, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido*. Anexo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 83 de 30.03.2010.

<sup>493</sup> Parlamento Europeo, *Decisión sobre la aprobación por el Parlamento Europeo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 29 de noviembre de 2007.

social y a la ayuda social, la protección del medio ambiente y la protección de la salud, entre otros derechos, salvo que antes hayan sido legisladas en su derecho interno.

Y, en tercer lugar, “cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido” (art. 2). Con lo cual se reafirma, una vez más, que Polonia y el Reino Unido sólo se obligan en los términos que les acomodan.

### c) República Checa

El 3 de noviembre de 2009 la República Checa ratificó el Tratado de Lisboa, siendo el último de los Estados Miembros de la UE en hacerlo. El presidente de la República Checa condicionó la ratificación del Tratado de Lisboa a que se otorgaran a su Estado las mismas garantías otorgadas a Polonia y a Gran Bretaña en lo relativo a la aplicación de la CDFUE. Es decir, acordó la adhesión de la República Checa al Protocolo no. 30, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en Polonia y en Reino Unido. En octubre de 2009, la República Checa obtuvo la promesa política de los demás Estados Miembros de la UE de adjuntar el Protocolo sobre aplicación de CDFUE en la República Checa a las escrituras fundacionales del Tratado de la UE en el momento de la conclusión del Tratado de Adhesión de un nuevo Estado miembro a la Unión. Por lo que el protocolo no. 30 será previsiblemente modificado en un futuro próximo con el fin de incluir a la República Checa.<sup>494</sup>

Por las excepciones anteriores, la positivación de la Carta ha quedado muy debilitada al menos en tres Estados: Gran Bretaña, Polonia y República Checa. Se ha debilitado sobre todo el principio de igualdad y no discriminación, el cual resulta de importancia fundamental para el respeto de los derechos de los extranjeros. Sin embargo, no se debe dejar de lado la nueva naturaleza de la CDFUE, caracterizada por sus disposiciones de derecho positivo y de rango superior al derecho derivado en la jerarquía de las normas de derecho de la UE, la cual permite una mayor protección de los derechos humanos que en ella se incluyen. No obstante, aún queda por saber cuál será la efectividad real de la Carta y, en especial, cómo se aplicará a Polonia, Reino Unido y República Checa, habida cuenta del Protocolo. Ésta será la tarea del TJUE así como de los jueces nacionales.<sup>495</sup>

## 5.12 Otros instrumentos y acciones

---

<sup>494</sup> Véanse las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo a las que fue añadido el texto del Protocolo de República Checa en: Consejo de la Unión Europea, *Consejo Europeo de Bruselas. 29 y 30 de octubre de 2009. Conclusiones de la Presidencia*, 15265/1/09, REV 1, CONCL 3, 1 de diciembre de 2009, p. 13. Disponible en:

[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/110907.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/110907.pdf).

<sup>495</sup> Sobre la aplicación de la Carta por parte de los jueces nacionales, Campos Sánchez-Bordona advierte que su eficacia va a depender de si se admite con mayor o menor facilidad la componente “comunitaria” de las relaciones jurídicas a nivel nacional. Campos Sánchez-Bordona, Manuel, Los jueces nacionales ante la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: algunas cuestiones que suscita el Título VII de la Carta, *Noticias de la Unión Europea*, No. 291, 2009, p. 23.



a) *Directiva 2000/43/EC del Consejo de la Unión Europea, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico.* Esta directiva reafirma el principio de no discriminación y marca un avance sustancial en el derecho europeo en contra de la discriminación al proveer por primera vez una amplia protección legal en contra de la discriminación basada en el origen racial o étnico. A pesar de que esta directiva no se refiere específicamente a los migrantes irregulares, la Comisión Europea ha declarado que esta Directiva forma parte del “acquis” de la Comunidad, es decir, del cuerpo de leyes que se espera que los Estados candidatos implementen previamente a su adhesión a la Unión:

“cualquier legislación para combatir la discriminación formará, por supuesto, parte del acervo de la Comunidad y, como tal, los países candidatos serán requeridos de implementar disposiciones similares antes de su adhesión. Esto hará una contribución sustancial al incremento de la protección otorgada a las víctimas de discriminación en los países candidatos”.<sup>496</sup>

De este modo, aún cuando las disposiciones de la Directiva en comento no atañen a los migrantes irregulares directamente, al no estar incluida la discriminación basada en el estatus migratorio, constituye una fuerte protección legal en contra de la discriminación racial, lo cual, dentro del acervo comunitario representa un importante paso hacia la protección de los migrantes, sean regulares o irregulares.

b) *Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.* A través de esta Decisión, la Comisión Europea ha querido completar los instrumentos destinados a la lucha contra la trata de seres humanos. La Decisión tiene por objeto establecer normas comunes para la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños con el fin de facilitar la lucha contra determinadas formas de inmigración irregular y mejorar la cooperación judicial en materia penal.<sup>497</sup>

La Decisión dispone que los Estados miembros tomen las medidas necesarias para garantizar que, al margen de medidas coercitivas ordinarias como registros y embargos, se disponga de los medios y técnicas de investigación pertinentes para poder investigar y perseguir eficazmente las infracciones, respetando siempre el derecho a la defensa y el derecho a la intimidad de las personas que sean objeto de dichas medidas. Así, deben garantizar: la adecuada protección de los testigos que faciliten información; y la asistencia adecuada a las víctimas y sus familias. Asimismo, establece que los Estados tomarán las medidas necesarias para garantizar que los servicios competentes en materia de inmigración, derecho social y derecho fiscal presten una atención particular a los problemas relacionados con la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y, respetando el derecho interno, cooperen con las autoridades responsables de las investigaciones y del castigo de las infracciones. Y, a fin de que la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños sea plenamente eficaz, los Estados

---

<sup>496</sup> Comisión Europea, *Communication on measures to counter racism in the candidate countries* (COM (1999)256), 26 de mayo de 1999, p. 6.

<sup>497</sup> Véase el inciso g).1, *infra*, de esta sección donde se aborda la propuesta de Directiva que tiene por objeto reemplazar a esta Decisión.

miembros harán que las actividades de los servicios competentes en la materia estén coordinadas y que sea posible adoptar un enfoque interdisciplinario.<sup>498</sup>

c) *Directiva 2002/90/CE del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.* Esta Directiva tiene por tarea definir la ayuda a la inmigración irregular y hacer más eficaz la aplicación de la Decisión marco 2002/946/JAI con el fin de impedir dicha infracción, precisando los supuestos eximentes. Complementa otros instrumentos adoptados para combatir la inmigración irregular, el empleo irregular, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. La Directiva obliga al Estado miembro en cuanto al resultado que deba obtenerse, exige una transposición al ordenamiento jurídico nacional y deja cierta libertad en cuanto a la forma y los medios de su aplicación.

d) *Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.* Esta decisión surge con la finalidad de erradicar la ayuda a la inmigración clandestina y complementa otros instrumentos adoptados con el fin de combatir tanto ésta como la inmigración clandestina, el empleo ilegal, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Pretende aproximar las disposiciones jurídicas existentes, estableciendo para ello normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia.

e) *Directiva 2004/81/EC del Consejo de la Unión Europea, de 29 de abril de 2004, sobre los permisos de residencia emitidos a nacionales de terceros países que son víctimas de la trata de personas o que han sido objeto de una acción para facilitar la migración legal, que cooperan con las autoridades competentes.* El preámbulo de esta Directiva clarifica el objetivo de este instrumento: “Esta Directiva introduce el permiso de residencia para las víctimas del tráfico de personas o, si un Estado Miembro decide extender el ámbito de esta Directiva, para los nacionales de terceros países que hayan sido sujetos de una acción para facilitar la migración ilegal, a quienes el permiso de residencia les ofrece un incentivo suficiente para cooperar con las autoridades competentes mientras se incluyen ciertas condiciones para salvaguardarlos en contra de abusos” (párr. 9). De este modo, si los Estados deciden aplicar esta Directiva con los migrantes irregulares “que hayan sido sujetos de una acción para facilitar la migración ilegal”, se puede otorgar un beneficio sustancial a estas personas.

f) *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.* Esta Directiva tiene por objeto “fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada”,<sup>499</sup> “de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho Internacional, incluidas las obligaciones en materia de

---

<sup>498</sup> Véase el texto de la Directiva en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0629:ES:HTML>.

<sup>499</sup> Considerando no. 4.

protección de los refugiados y de derechos humanos”.<sup>500</sup> Lo anterior, en virtud de que el Consejo Europeo de Bruselas de 2004 pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas “sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad”.<sup>501</sup> Si bien, la adopción de esta Directiva es el fruto<sup>502</sup> de una serie de medidas que se fueron tomando en la UE de 1999 a 2006 frente a la inmigración irregular.<sup>503</sup>

Según la Directiva, los derechos humanos de los migrantes irregulares son promovidos a través de:

1. El aseguramiento “de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente [...] lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular” (considerando 6 y art. 6).
2. La preferencia del retorno voluntario al forzoso y la concesión de un plazo para la salida voluntaria. “Debe preverse una ampliación del plazo para la salida voluntaria cuando se considere necesario debido a las circunstancias específicas del caso concreto. Con objeto de fomentar el retorno voluntario, los Estados miembros deben facilitar una mayor asistencia y asesoramiento para el retorno y deben hacer el mejor uso posible de las posibilidades de financiación pertinentes ofrecidas en el marco del Fondo Europeo para el Retorno” (considerando 10 y art. 7).

---

<sup>500</sup> Artículo 1.

<sup>501</sup> Considerando no. 2. No obstante, como señalan Aguelo y Chueca, “pese a sus considerandos, la Directiva NO TIENE POR VOCACIÓN la protección de las personas sino más bien o exclusivamente la mejora de la eficacia de la expulsión”, “jurídicamente sus normas giran alrededor de la expulsión de los extranjeros en situación irregular”. Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Ángel G., Directiva de retorno, directiva de expulsión: (nota crítica avuelapluma desde los derechos humanos), *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 18, 2008.

<sup>502</sup> Véase una síntesis del proceso de gestación de la Directiva de retorno en *ibidem*, “Parte primera: el iter legislativo de la Directiva”. También véase: Acosta, Diego, The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive), *European Journal of Migration and Law*, Vol. 11, 2009, p. 19-39.

<sup>503</sup> Estas medidas pueden resumirse en las siguientes. 1. Las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere del 15-16 de Octubre de 1999 (texto en [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)). 2. La Directiva 2001/40/CE del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, de 28 de Mayo de 2001 (DO L 149, 2.6.2001, p. 34). 3. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, de 15 de Noviembre de 2001 (COM (2001) 672 final). 4. La Comunicación de la Comisión denominada libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, de 10 de Abril de 2002, documento esencial con enorme influencia posterior (COM (2002) 175 final). 5. El Proyecto de Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas al Consejo Europeo de Tesalónica, relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales, de 3 de Junio de 2003 (COM (2003) 323 final). 6. La 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 (DO L 261, 6.8.2004, p. 28). 7. El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, de Noviembre de 2004 (ver la Comunicación del Consejo de la UE en DO C 53, 3.3.2005, p. 1). 8. La Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, de 19 de Julio de 2006 (COM (2006) 402 final).

3. El establecimiento de “un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate. Debe facilitarse la asistencia jurídica necesaria a aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes. Los Estados miembros deben prever en su legislación nacional los casos en que se considera necesaria la asistencia jurídica” (considerando 11).
4. La consideración de “la situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados. Procede definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional. Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación” (considerando 12 y art. 9).
5. La supeditación expresa del “uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Se deben establecer garantías mínimas para el desarrollo del retorno forzoso” (considerando 13).
6. La limitación y supeditación del recurso de internamiento a efectos de expulsión “al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Sólo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente” (considerando 16 y art. 15-18).
7. El otorgamiento “a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento [de] un trato digno y humano que respete sus derechos fundamentales y se ajuste al Derecho Internacional y nacional. Sin perjuicio de la detención inicial por los servicios policiales, regulada por la legislación nacional, el internamiento debe llevarse a cabo, por regla general, en centros especializados de internamiento” (considerando 17).
8. La aplicación de la presente Directiva “sin discriminación alguna” (considerando 21).
9. La consideración de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, de acuerdo con la cual “el interés superior del niño debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva. De conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el respeto de la vida familiar debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva” (considerando 22 y art. 5, 10 y 17).
10. El respeto de los derechos fundamentales y tomando en cuenta “los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (considerando 24).
11. El otorgamiento de garantías procedimentales al migrante irregular (art. 12-14).

Una de las primeras cuestiones a considerar sobre la Directiva es la terminología usada. La posición de la Unión Europea sobre la migración irregular en la Directiva se evidencia con el uso de la terminología inmigrantes “ilegales” e iniciativas orientadas a “la lucha contra la inmigración ilegal”. Resulta inadmisibles y preocupante que en los documentos oficiales de la UE se hable de “extranjeros ilegales” o de “residentes ilegales”. Parece como si las

instituciones de la UE ilegalizasen a diversas personas, sin caer en la cuenta de que una persona no es ilegal en sí misma, aún cuando lo puedan ser sus actos. Tampoco puede olvidarse que con esta locución se está criminalizando a personas que normalmente no han cometido otra falta que cruzar irregularmente una frontera. En otras palabras, se criminaliza a personas que no han cometido delito alguno, sino la violación de una norma administrativa. La utilización del mito de la ilegalidad de las personas extranjeras conduce además directamente a la xenofobia, que las instituciones europeas dicen condenar y contra la que afirman luchar. Hay que recordar que con dicho fin se crearon en 1997 el denominado Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia.

El uso reiterado del concepto “ilegal” en la política de la Unión Europea respecto de los países de origen y tránsito de migrantes ha sido cuestionado por numerosos actores sociales y políticos, inclusive por el propio Consejo de Europa.<sup>504</sup> Hay que recordar que el Consejo Europeo de Tampere de 1999 “estableció un planteamiento coherente en materia de inmigración y asilo, que abarca a la vez la creación de un sistema común de asilo, una política de inmigración legal y *la lucha contra la inmigración ilegal*”,<sup>505</sup> así como que la propuesta de la Directiva afirmaba: “en su Comunicación relativa a una política común de inmigración ilegal, de 15 de noviembre de 2001, la Comisión señalaba que la política de retorno es una parte integral y crucial de la *lucha contra la inmigración ilegal*”.<sup>506</sup>

Al respecto, la Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados (PICUM) ha manifestado (incluso desde antes de la aprobación de la Directiva en comento) que: “lamenta el enfoque de la Comisión sobre el retorno desde el punto de vista de ‘la lucha en contra de la migración ilegal’, el cual compromete cada noción del retorno voluntario que es usada al respecto”.<sup>507</sup> La migración irregular es un fenómeno complejo que exige una solución diferente a su persecución, combate o “lucha”: deben atenderse sus causas, las condiciones en que se realiza y la vulnerabilidad las personas involucradas en todas las fases del proceso migratorio, antes de criminalizar sus consecuencias.

Por otro lado, la Directiva ha generado múltiples reacciones (incluso desde que se encontraba en fase de ‘propuesta’,<sup>508</sup>): organizaciones sociales,<sup>509</sup> académicos<sup>510</sup> e incluso

---

<sup>504</sup> De Lucas, J., *Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración*, en Miraut Martín, L. (ed.), *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 24; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Resolución 1509 (2006)*, *op.cit.*, nota 436, párr. 7.

<sup>505</sup> Considerando 1 de la Directiva.

<sup>506</sup> Párrafo 1 del Contexto de la Propuesta (dentro de la “Exposición de Motivos”).

<sup>507</sup> Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *Comment on the Green Paper on a Community Return Policy on Illegal Residents* (presented by the European Commission COM(2002) 175 final), p. 1, disponible en: <http://storage.paxchristi.net/RE11E02.pdf>.

<sup>508</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (presentada por la Comisión) (COM (2005) 391, 1 de Septiembre de 2005).

<sup>509</sup> En cuanto a ONG’s se refiere, véase la posición conjunta de PICUM y otras organizaciones en: “*Common principles on removal of irregular migrants and rejected asylum seekers*”, agosto de 2005, disponible en: <http://hrw.org/english/docs/2005/09/01/eu11676.htm>. Y, más recientemente, los comentarios emitidos por Caritas Europa: “*CCME – Churches’ Commission for Migrants in Europe, COMECE – Commission of the Bishops’ Conferences of the European Community, ICMC – International Catholic Migration Commission,*

Estados de otras regiones han manifestado su oposición o disconformidad.<sup>511</sup> Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que la Directiva suscita serias preocupaciones, especialmente por la ausencia de garantías suficientes para los migrantes y solicitantes de asilo.<sup>512</sup> Las preocupaciones que surgen de la Directiva se pueden agrupar en tres materias: la expulsión de migrantes, la detención y las circunstancias en que los Estados pueden dejar sin aplicación las garantías establecidas en esta norma.

1) Expulsión y detención: precisiones terminológicas. Un primer problema surge en los conceptos utilizados por la Directiva, los cuales no se corresponden fielmente con las materias que regula. Aunque se alude al término “retorno”, hubiera sido más ajustado a la realidad y a sus objetivos referirse a “expulsión”. Si bien la norma distingue (ambiguamente) ambas medidas, una de las metas principales de la Directiva es diseñar pautas comunes para la expulsión forzosa de migrantes, no su retorno voluntario. Si la principal innovación de la Directiva no es el retorno voluntario, sino el mecanismo coercitivo de expulsión, ello debería haber quedado reflejado en el mismo nombre de la normativa. Asimismo, la Directiva llama “internamiento” (artículos 15-18) a una circunstancia que, por su naturaleza jurídica, sus implicaciones, las causas que la determinan o las condiciones de su ejecución, constituye una privación de libertad. El uso del término “internamiento” no es más que una forma de disfrazar una detención. Clarificar esta cuestión facilita la identificación de los principios aplicables al examen sobre la adecuación y razonabilidad del “internamiento” a las obligaciones del Estado respecto del

---

*JRS-Europe – Jesuit Refugee Service Europe, QCEA – Quaker Council for European Affairs, Comments on the European Commission’s Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals COM (2005) 391, March 2006*”, disponible en:

[http://www.jrseurope.org/news\\_releases/March%202006%20return%20directive%20%20final%20Chr%20comments1.pdf](http://www.jrseurope.org/news_releases/March%202006%20return%20directive%20%20final%20Chr%20comments1.pdf).

<sup>510</sup> Para De Lucas, la regresividad de la Directiva institucionaliza un estado de excepción que pone en jaque el Estado de Derecho, criminaliza la inmigración y echa por tierra una de las bases en que se asienta el proyecto de la UE: los derechos humanos. De Lucas, J., La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política, en Ceriani Cernadas, P., Fava, R., (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Buenos Aires: Librería Paidós, Universidad Nacional de Lanús, 2009.

<sup>511</sup> Por ejemplo, véase la resolución de la OEA “*Acción de la OEA sobre la Directiva de Retorno de la Unión Europea en materia migratoria*”, CP/RES. 938 (1654/08), de 26 de junio de 2008, en la que se expresa la preocupación del organismo regional americano sobre “las leyes y medidas adoptadas por algunos Estados que pueden restringir los derechos humanos y libertades fundamentales de los migrantes”; y se reafirma que “los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, *deben cumplir con sus obligaciones de conformidad con el Derecho Internacional*, incluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el fin de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes”. En esta resolución se encomendó “al Secretario General de la OEA que acompañe a una misión de alto nivel de los Estados Miembros de la OEA a la Unión Europea para obtener información directamente y discutir sobre las implicancias de la Directiva de Retorno y buscar soluciones prácticas a través del diálogo a las inquietudes expresadas por algunos Estados Miembros con respecto a dicha Directiva” (1). Otros organismos americanos como la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) también reiteraron su rechazo a la Directiva Retorno y denunciaron cualquier intento de criminalización de los migrantes que pueda implicar la aplicación de esa normativa. Para las reacciones en Latinoamérica, véase: Acosta, Diego, *Latin American Reactions to the Adoption of the Returns Directive*, Bruselas: Centre for European Policy Studies, 2009.

<sup>512</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la UE*, Resolución No. 03/08.

derecho a la libertad personal. Por lo anterior, sin perjuicio de la denominación (retorno, expulsión, internamiento o detención), lo relevante es la naturaleza jurídica y las consecuencias reales de cada medida.<sup>513</sup>

2) Expulsión de migrantes. La expulsión de un inmigrante sin autorización de residencia supone la ejecución forzosa de la orden de salida del territorio (art. 8).

*i. Expulsión y el derecho a la vida familiar*. Según el Consejo de Europa,<sup>514</sup> el respeto del derecho a la vida familiar implica que no debería ejecutarse la expulsión de un inmigrante en situación irregular cuando tenga fuertes lazos familiares en el país. La Directiva no menciona este aspecto. Las relaciones familiares sólo se invocan para una eventual prórroga del plazo de salida voluntaria (art. 7). Ese aplazamiento, por “la existencia de niños escolarizados y [...] otros vínculos familiares y sociales”, parecería habilitar, precisamente, la expulsión de personas con hijos y otros familiares en el país en cuestión ya que no implica la suspensión de la sanción, sino la mera prórroga del tiempo para abandonar el territorio. El artículo 14.1 alienta a respetar el principio de unidad familiar durante el plazo fijado para la salida, pero no para impedir su ejecución. Asimismo, la ausencia de la vida familiar como fundamento de concesión de un permiso de residencia (artículo 6.4) desconoce el reconocimiento de este derecho en diversos tratados de derechos humanos. Así, mientras no queda claro cómo satisfacer el artículo 5.b, que ordena a los Estados a tener en cuenta “la vida familiar”, sí se evidencia la preeminencia de la expulsión (por una infracción administrativa) sobre el derecho a la vida familiar.<sup>515</sup>

*ii. Expulsión y debido proceso*. La Directiva presenta diversas deficiencias en materia de garantías del debido proceso. Una garantía imprescindible en estos casos suele ser el derecho a un intérprete. Según la Directiva, los Estados “proporcionarán, *previa petición*, una traducción escrita u oral *de los principales elementos* de las decisiones de retorno [...], en una lengua que el nacional del tercer país comprenda o que pueda suponerse razonablemente que comprende” (art. 12.2). Es decir, se supedita la garantía mencionada al deber de solicitar previamente el derecho de traducción. Asimismo, se garantiza la traducción de “los principales elementos”, lo que puede dar lugar a arbitrariedades y restar eficacia al derecho de defensa, garantía que pretende asegurarse. Finalmente, la traducción puede ser en una lengua que “razonablemente” comprenda la persona: otra opción para la discrecionalidad y la pérdida de virtualidad del derecho de defensa y su garantía. Asimismo, los Estados pueden no proporcionar esta traducción y la información sobre los recursos cuando se trate de personas que ingresaron irregularmente al territorio y no hayan obtenido luego un permiso para permanecer (basta un formulario tipo, art. 12.3). Con este inciso, cuestionado por el ACNUR,<sup>516</sup> el ya acotado derecho al intérprete se desvanece para decenas de miles de personas (en situación de alta vulnerabilidad), y con él, el derecho de defensa, de acceso a la justicia y otros conexos en cada caso.

---

<sup>513</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, No. 5, 2009, p. 86-87.

<sup>514</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Resolución 1509 (2006)*, *op.cit.*, nota 436, párr. 12.12.

<sup>515</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, *op.cit.*, nota 513, p. 87.

<sup>516</sup> ACNUR, *UNHCR position on the proposal for a Directive on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals*, 16 de junio de 2008.

El artículo 13 aborda las vías de recurso, al señalar en su párrafo 1 que los Estados Miembros concederán a los extranjeros “el derecho a interponer recurso efectivo contra las decisiones relacionadas con el retorno o pidiendo que se revisen éstas”. No obstante, el mismo párrafo no exige que el recurso se pueda interponer sólo ante órganos judiciales, sino que cabe asimismo ante una autoridad administrativa u otro órgano competente. Así, una medida de expulsión podría confirmarse y ejecutarse sin intervención judicial, pese a su carácter punitivo y que afecta el pleno goce de numerosos derechos fundamentales. La Directiva tampoco obliga expresamente a los Estados a garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita. La persona “podrá” tener esos servicios, y los Estados “velarán” porque se concedan de forma gratuita, “previa solicitud” (art. 13). Asimismo, el artículo 20 los autoriza a no brindar dicha gratuidad hasta un año después de su entrada en vigor, pese a ser un elemento medular del debido proceso en estas circunstancias.

Además, si la persona tiene un procedimiento pendiente (renovación de estancia, residencia u otro que le otorgue el derecho de estancia), el Estado “considerará” la posibilidad de suspender el retorno hasta que finalice dicho proceso (artículo 6.5). Este carácter casi suspensivo podría permitir expulsiones arbitrarias. Si la persona ha tenido una autorización para residir y solicitar su renovación, parecería evidente que el Estado debería esperar que se resuelva dicha solicitud antes de ejecutar su expulsión. La salida del territorio con un expediente en trámite equivaldría, seguramente, a la afectación del debido proceso (administrativo y/o judicial), al no poder estar presente durante el proceso de decisión. Ello, sin perjuicio de otros derechos vinculados a la solicitud de residencia (vida familiar, trabajo, integridad física, etc.), que se afectarían con el retorno, en muchos casos, irreparablemente.<sup>517</sup>

*iii. Expulsión y derechos de los niños.* La Directiva autoriza la “expulsión” de menores no acompañados (art. 10), igual que a los adultos, como sanción por la condición migratoria, sin perjuicio de ciertas disposiciones que establece “para su protección” (servicios apropiados, el interés superior del niño, garantizar su entrega a la familia, tutor o servicios adecuados). Cabe señalar que el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General No. 6, sobre el “Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen”,<sup>518</sup> se refiere a un retorno voluntario y provisto de múltiples garantías (que exceden largamente las de la Directiva), pero no a la posibilidad de expulsión. Por otro lado, el informe sobre los Centros de Internamiento en la UE,<sup>519</sup> elaborado a petición del Parlamento Europeo, subrayó que los niños nunca deberían ser retornados forzadamente. La Directiva omitió esta recomendación.

En cuanto a las garantías que ofrece la Directiva, se debe señalar su clara insuficiencia. Cabe preguntarse sobre el nivel de protección de los derechos humanos en países a los que puedan ser retornados los menores en virtud de acuerdos de cooperación, el nivel de

---

<sup>517</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, *op.cit.*, nota 513, p. 88-89.

<sup>518</sup> Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen*, Observación General No. 6, de 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

<sup>519</sup> STEPS Consulting Social, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, Estudio encargado por el Parlamento Europeo, Bruselas, 12/2007, p. 21.



desarrollo del sistema de servicios sociales o la obligatoriedad de la escolarización infantil en aquéllos. El ordenamiento internacional ha rodeado al menor de una serie de garantías para dotarlo de protección dada su mayor vulnerabilidad, la cual en el ámbito migratorio experimenta un notable incremento. Hay que recordar que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada por los 27 Estados de la UE, obliga a los Estados Partes a respetar los derechos incorporados a la misma asegurando su aplicación sin distinción alguna de raza u origen nacional, e impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para “garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo” (art. 2). Las garantías que se acompañan en este precepto de la Directiva pueden pues ser consideradas de baja intensidad frente al “interés superior del niño” que se recoge en la citada Convención (art. 3), en la medida en que sólo se contempla la asistencia de los servicios adecuados (sociales de menores) y la obtención por parte de los Estados miembros de garantías de que dicha persona “será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno”. En el mismo sentido, la contradicción de la Directiva se hace evidente con lo protegido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la cual establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial” (art. 24).

3) Detención de migrantes. El régimen de privación de libertad de la Directiva ha sido ampliamente criticado (con toda razón).<sup>520</sup> La detención se prevé como medida cautelar “mientras se llevan a cabo las gestiones para la expulsión”, en caso de acreditarse, “especialmente”, que “haya riesgo de fuga” o que la persona “evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión” (art. 15.1). Ha de observarse que se señalan dos hipótesis para el internamiento, pero que estamos ante una lista abierta; por eso dice la norma “especialmente cuando” se de alguna de esas hipótesis y no dice exclusivamente cuando se produzca alguna de ellas.

El artículo 15.2 señala que “el internamiento será decidido por las autoridades administrativas o judiciales”. Es decir, estamos ante una detención por una infracción administrativa, cuya procedencia se resuelve por una autoridad administrativa o judicial.<sup>521</sup> Por ello, la detención debería ser aún más excepcional y debiera priorizarse cualquier otra medida alternativa.<sup>522</sup> Sin embargo, el artículo 15.1 genera ciertas dudas sobre la prioridad

---

<sup>520</sup> Así lo han hecho conjuntamente diez Relatores y Expertos de la ONU en *UN experts express concern about proposed EU Return Directive*, United Nations, Press Release, del 18 de julio de 2008.

<sup>521</sup> El Consejo de Europa subrayó que la detención de migrantes en situación irregular debe ser autorizada judicialmente. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Resolución 1509 (2006)*, *op.cit.*, nota 436, párr. 15.2.

<sup>522</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en su Resolución 03/08, *Derechos Humanos de Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la UE*, que “[...] las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse sólo de manera excepcional y luego de haber analizado en cada caso su necesidad. En todos los casos, los Estados deben evitar la prolongación excesiva de la detención y deben asegurar que sea lo más breve posible. Asimismo, las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse sólo de manera excepcional y que, en ese caso, debe ser lo más breve posible.”

de las medidas alternativas,<sup>523</sup> ya que parecería que prima la detención “salvo” que pudiera probarse la eficacia de otra medida.<sup>524</sup> En la Directiva este criterio se reafirma ante la ausencia de medidas alternativas a la detención que pudieran asegurar el retorno sin recurrir a la opción más gravosa.

Hay que notar, además, que el internamiento presenta una dualidad equívoca, ya que aún cuando tiene su origen en un expediente administrativo, impone como consecuencia del mismo una pena de privación de libertad, ya que no cabe entender de otra manera la situación en la que quedarán los destinatarios de la decisión de retorno. Es por esta razón que es insostenible este precepto de la Directiva según el que el internamiento será decidido por las autoridades administrativas o judiciales y cuya consecuencia inmediata es que no impide que el internamiento pueda ser acordado sin intervención judicial. Para que la desjudicialización no sea total, el mismo artículo 15.2 prevé que en caso de que el internamiento haya sido resuelto por una autoridad administrativa, los Estados Miembros:

“Dispondrán el control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá decidirse lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o concederán al nacional de un tercer país afectado el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá decidirse lo más rápidamente posible desde la incoación del procedimiento; en este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país afectado sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento”.

Cabe señalar que aún cuando la privación temporal de la libertad puede tener origen en una diversidad de situaciones, el control judicial de la misma constituye un imperativo que no puede ser obviado, en términos del artículo 5.1 del CoEDH, así como también en términos de muchas constituciones nacionales.<sup>525</sup> Dicho control corresponde al juez ordinario a través del conocimiento del procedimiento de *habeas corpus* interpuesto por los sujetos legalmente legitimados para ello.

Finalmente, el artículo 15.2 dispone que el nacional de un tercer país “será liberado inmediatamente si el internamiento es ilegal”. Al respecto, cabe recordar que en un Estado de Derecho no solamente debe ser liberado inmediatamente, sino que también tiene derecho a una reparación efectiva. Así lo recoge expresamente el artículo 5.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dice: “Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

Asimismo, cabe que nos encontremos con un internamiento inefectivo de extranjeros “inexpulsables”, pues el artículo 15.4 dispone que “en el momento en que parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado

---

<sup>523</sup> “Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados [...]”.

<sup>524</sup> Al contrario, el considerando 16 de la fundamentación de la Directiva dice: “sólo se justifica el internamiento [...] si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente”.

<sup>525</sup> Por ejemplo, véanse los artículos 17 y 24 de la Constitución española. Asimismo, en la jurisprudencia constitucional española se han reconocido a los extranjeros, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985) y el derecho a la libertad (STC 115/1987).

1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona afectada será liberada inmediatamente”. En otras palabras, cesará la privación de la libertad, pero, a diferencia del internamiento ilegal, en esta hipótesis no surgirá la obligación de reparar.<sup>526</sup>

Otros cuestionamientos que surgen con la detención son los siguientes:

*i. El plazo de detención.* La Directiva prevé un plazo de 6 meses de detención, prorrogable por otros 12 meses (art. 15, apartados 5 y 6). Como afirman Aguelo y Chueca, “se ha producido una indudable criminalización del inmigrante en situación irregular. Se le penaliza (en la realidad el internamiento es una pena) con un castigo más elevado que si hubiera cometido algunos delitos. El internamiento durante un plazo máximo de 18 meses resulta desde luego radicalmente inadmisibles”.<sup>527</sup> Ya bien señalaba desde 2007 el europarlamentario Giusto Catania:

“[...] los nacionales de terceros países, como los ciudadanos comunitarios, no deben ser objeto de privación de libertad personal o de pena de prisión a causa de una falta administrativa.

Los nacionales de terceros países podrían ser objeto de internamiento temporal únicamente si se someten a un procedimiento judicial por delitos cometidos dentro de las fronteras de la Unión Europea y, en cualquier caso, con idénticas garantías judiciales y procedimentales que los ciudadanos de la UE.

Además, consideramos que un periodo de privación de libertad de dieciocho meses es inútil, excesivo y afecta enormemente el derecho a la libertad personal, defendido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dieciocho meses de privación de libertad para personas que no han cometido un delito entrañan de facto la legitimación de una paradoja jurídica.

Un periodo injustificadamente prolongado de privación de libertad en condiciones terribles como las que se presentan en algunos centros de detención de la UE, visitados por la propia Comisión LIBE, no debería autorizarse en ningún caso en nuestra legislación comunitaria. Además, consideramos extremadamente urgente llevar a cabo una evaluación detallada de la utilidad y las consecuencias del internamiento de inmigrantes en esos centros”.<sup>528</sup>

Obsérvese cómo Catania pone el acento en elementos esenciales –y olvidados– por el Parlamento Europeo como la criminalización de la inmigración irregular, la violación del principio de no discriminación, la trascendencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la situación de los “centros de detención” de inmigrantes en la UE.

Se tiene que hacer hincapié en que estamos ante una privación real y efectiva de libertad, que puede prolongarse incluso hasta los dieciocho meses, plazo que contrasta abiertamente con el de cuarenta días del cual el “internamiento no puede exceder, en ningún caso”, como se recoge en el artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición, el cual ha sido

---

<sup>526</sup> Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Ángel G., 2008, *op.cit.*, nota 501, Parte XII) Las garantías procesales (Capítulo III).

<sup>527</sup> *Ibidem*, Conclusión general: ¿y los derechos humanos de los inmigrantes?

<sup>528</sup> Parlamento Europeo, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*, COM(2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD), 20 de septiembre de 2007, OPINIÓN MINORITARIA DE GIUSTO CATANIA, de conformidad con el artículo 48, apartado 3, del reglamento. Grupo Confederado de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica, Vicepresidente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior o Comisión LIBE, 12 de septiembre de 2007, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=ES&reference=A6-0339/2007#title3>.

ratificado por la totalidad de Estados del Consejo de Europa.<sup>529</sup> No parece razonable que una persona que presuntamente ha cometido un delito y está pendiente de extradición no pueda estar privada de su libertad más de 40 días mientras se resuelve la misma, y que una persona extranjera que sólo está pendiente de expulsión por una infracción administrativa pueda estarlo por un plazo infinitamente superior.

De hecho, el propio Parlamento Europeo se ha contradicho al aceptar un plazo de detención tan grande en la Directiva, puesto que meses antes de aprobar la Directiva había cuestionado la duración de las detenciones de migrantes en Malta por un período máximo de 18 meses.<sup>530</sup> Igualmente, el informe sobre los centros de internamiento encargado por el Parlamento recomendaba que el plazo debería fijarse en días y no en semanas o meses (la Directiva alcanza el año y medio).<sup>531</sup> Como ha manifestado el profesor Chueca:

“Esta duración implica una inequívoca y gravísima criminalización de la inmigración irregular. ¿Cuántos delitos, en los Códigos penales vigentes en los civilizados Estados europeos, no alcanzan semejante pena? La respuesta bien merece un examen comparativo que demostrará ineluctablemente que se ha criminalizado lo máximo posible la inmigración irregular en la UE”.<sup>532</sup>

La posibilidad de adicionar 12 meses más al plazo de detención también es cuestionable por su justificación. La primera causal, “falta de cooperación” de la persona, controvierte el derecho a no declarar contra sí mismo. La segunda, “demoras en la documentación que deban expedir terceros países”, puede obedecer a muchas causas (inexistencia de registros, mal funcionamiento de la administración, corrupción, persecución al extranjero en situación irregular, etc.), de las cuales el afectado no es responsable e incluso contra las cuales tal vez luchó en el pasado; en algunas de estas causas el afectado puede ser incluso doblemente víctima, de su Estado de origen -cuyas autoridades no lo documentan o lo documentan de modo falso- y del Estado de recepción.<sup>533</sup> Pues bien, según la Directiva, se prolongará la privación de libertad por actos de los que el migrante irregular no es responsable. De esta forma, con esta segunda hipótesis se afectan principios centrales del DIDH, ya que un Estado restringe un derecho fundamental de una persona por la actuación de otro Estado.

*ii. Lugar y condiciones de detención.* La Directiva establece que los migrantes deberán ser alojados en centros especializados (art. 16), aunque excepcionalmente se permite su detención en centros penitenciarios. Sin perjuicio del nombre y finalidad del lugar, la Directiva parece haber desatendido un reciente informe que concluyó que en la amplia mayoría de los centros de internamiento en la UE regía un sistema carcelario que tendía a

---

<sup>529</sup> Hecho en París el 13 de diciembre de 1957. Entró en vigor el 18 de julio de 1960. Este tratado ha sido ratificado por la totalidad de Estados que conforman el Consejo de Europa. Información disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=024&CM=8&DF=&CL=ENG>.

<sup>530</sup> De Lucas, J., 2009, *op.cit.*, nota 510.

<sup>531</sup> STEPS Consulting Social, *op. cit.*, nota 519, p. 21.

<sup>532</sup> Chueca Sancho, Ángel G., La política de inmigración de la UE en el mediterráneo o el síndrome de las tres "R", Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea, en Chueca Sancho, Ángel G., Gutiérrez Castillo, Víctor L., Blázquez Rodríguez, Irene, (coord.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea, Huygens: Fundación Tres Culturas del Mediterráneo*, 2009, p. 42.

<sup>533</sup> *Ídem.*

criminalizar a personas que no habían cometido crimen alguno, sino simplemente una infracción administrativa.<sup>534</sup>

iii. *Detención de niños y familias.* La Directiva permite detener a niños migrantes, con sus familias o solos, como último recurso y por el menor tiempo posible. También señala que el interés superior del niño deberá ser una “consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión” (art. 17). Sin embargo, organismos internacionales han indicado, como principio general, que los niños no acompañados nunca debieran ser detenidos,<sup>535</sup> que esta medida no podrá justificarse por su condición migratoria y, si excepcionalmente se dispone su detención, deben realizarse todos los esfuerzos para su liberación inmediata y posterior ubicación en alojamientos más apropiados.<sup>536</sup> El informe sobre los centros de detención en la UE sostuvo que la detención de niños “debería estar prohibida” y que el “interés superior del niño” no podría, “de ningún modo”, suponer la privación de libertad, debiendo recurrir a medidas alternativas.<sup>537</sup>

4) La inaplicación de la Directiva. Los Estados pueden dejar sin aplicación la Directiva y desconocer las ya escasas garantías que otorga a los migrantes a quienes se les haya denegado la entrada, o hayan sido “interceptados o detenidos” por “cruce irregular de las fronteras exteriores”, y que no hayan obtenido un permiso para permanecer (art. 2). Será la legislación de cada Estado la que defina el nivel de dichas garantías. Esta normativa ignora que las situaciones que excluye afectan a quienes migran en condiciones de mayor vulnerabilidad y desprotección, y que restringe enormemente la libertad de circulación. La exclusión de decenas de miles de personas frustra el objetivo invocado para justificar la formulación de la Directiva: brindar una protección común “mínima” a todas las personas.<sup>538</sup> El ACNUR, que ya había solicitado la supresión del artículo 2 en 2005 cuando la Directiva se encontraba en su fase de ‘propuesta’,<sup>539</sup> señaló que podría afectar el principio de no devolución, al ignorar que muchas personas están forzadas a ingresar de manera irregular.<sup>540</sup>

#### g) *Propuestas pendientes*

1. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros Estados 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*

---

<sup>534</sup> STEPS Consulting Social, *op. cit.*, nota 519, p. 179, 180.

<sup>535</sup> Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, *visita al Reino Unido*, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37; Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, párr. 75.a.

<sup>536</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *op. cit.*, nota 518, párr. 61.

<sup>537</sup> STEPS Consulting Social, *op. cit.*, nota 519, p. 22, 210.

<sup>538</sup> Ceriani Cernadas, Pablo, *op.cit.*, nota 513, p. 91.

<sup>539</sup> ACNUR, *Observaciones a la Propuesta de la Comisión Europea sobre la Directiva relativa a procedimientos y garantías para el retorno de nacionales de terceros países*, 12/2005.

<sup>540</sup> UNHCR *position on the proposal for a Directive on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals*, *op.cit.*, nota 516.

(COM(2007)0638-C6-0470/2007-2007/0229(COD)). Esta propuesta, cuya aprobación se encuentra actualmente en curso,<sup>541</sup> establece un permiso único de residencia y de trabajo así como el procedimiento para obtenerlo. Define también los derechos de los trabajadores de terceros países beneficiarios del permiso, tanto si han sido recientemente admitidos en el territorio de un Estado Miembro como si ya residían en él. Esta propuesta constituye la base jurídica del marco general del que derivarán cinco propuestas legislativas sobre distintas categorías de nacionales de terceros países, previsto en el “Plan de política en materia de migración legal” (COM(2005) 669 final), aprobado por el Consejo Europeo el 15 de diciembre de 2006.

Uno de los puntos a destacar de esta propuesta es que los trabajadores procedentes de terceros países (que hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro y autorizados a trabajar legalmente en él), disfrutarían de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en cuanto a: condiciones de trabajo; afiliación a una organización sindical o profesional; educación y formación profesional; reconocimiento de títulos; seguridad social, incluida la asistencia sanitaria; acceso a los bienes y servicios, incluidos los procedimientos de acceso al alojamiento y a la ayuda propuesta por los servicios de empleo ventajas fiscales.<sup>542</sup> No obstante, los Estados podrán limitar el alcance de los derechos relativos a la concesión de becas de estudios, el acceso a la vivienda social y el pago de asignaciones de desempleo, así como condicionar el acceso a la educación y a la formación profesional a un conocimiento adecuado de la lengua del Estado de acogida.<sup>543</sup>

2. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2009, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI (COM(2010)0095-C7-0087/2010-201/0065(COD)).*<sup>544</sup> La propuesta, como dispone su artículo 1, tiene por objeto establecer “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. También busca introducir disposiciones comunes para mejorar la prevención del delito y la protección de las víctimas”. Por tanto, además de las disposiciones de la actual Decisión Marco, incluye nuevos elementos. En lo que respecta al ámbito de las disposiciones sustantivas de Derecho Penal, se varía la definición, las circunstancias agravantes y penas y se prevé la no penalización de la víctima. En lo referente a la competencia y enjuiciamiento se introduce una norma de competencia extraterritorial más amplia y vinculante; la coordinación del enjuiciamiento (esta disposición podría quedar desfasada una vez adoptada la decisión

---

<sup>541</sup> Esta propuesta fue echada abajo en la votación del 14 de diciembre de 2010 (COD/2007/0229), pero se decidió que no se retiraría. El Presidente del Parlamento Europeo confirmó que sería enviada de nuevo al Comité responsable, de acuerdo con la regla 56.3 del Reglamento de Procedimiento. Véase el curso del proceso legislativo de la propuesta en: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5553632>.

<sup>542</sup> Cabe señalar que ésta fue una de las razones por las que la propuesta no fue aprobada en la votación del 14 de diciembre de 2010.

<sup>543</sup> Véase el texto de la propuesta y el último informe en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2010-0265+0+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>.

<sup>544</sup> El texto de esta propuesta fue aprobado en su primera lectura el 14 de diciembre de 2010. Véase el curso del proceso legislativo de la propuesta en: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5849482>.

marco sobre conflictos de jurisdicción en los procedimientos penales) e instrumentos de investigación.

En el ámbito de los derechos de las víctimas en los procedimientos penales se establece: un trato especial dirigido a prevenir la victimización secundaria; la protección sobre la base de una evaluación del riesgo; y la compensación, incluido el acceso a fondos existentes. Por lo que se refiere al apoyo a las víctimas se dispone de forma novedosa el establecimiento de mecanismos para detectar y ayudar a las víctimas rápidamente; la ayuda normalizada, incluido el acceso al tratamiento médico necesario, al asesoramiento, y a la ayuda psicológica; además se prevén medidas especiales para los niños. También se recogen nuevas regulaciones en materia de prevención como la acción dirigida a disuadir la demanda de servicios sexuales y de mano de obra barata; la formación; o la tipificación de los usuarios de servicios exigidos a una persona, a sabiendas de que ha sido objeto de trata de seres humanos. Por último, se introduce el establecimiento por los Estados de ponentes nacionales y otros mecanismos equivalentes de supervisión.<sup>545</sup>

### **Conclusión capítulos 4 y 5: Las normas convencionales de derechos humanos y la protección de los migrantes irregulares**

El examen de los instrumentos de derechos humanos, tanto universales como regionales, revela que los migrantes y sus familias, al ser extranjeros, se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad en lo referente a la protección de sus derechos humanos, en especial los económicos, sociales, culturales, políticos y de residencia. Esto en virtud de que los Estados ostentan considerable discreción para imponer restricciones en el goce y ejercicio de estos derechos por los no ciudadanos. Así, por ejemplo, se les limitan constantemente los derechos de carácter laboral, cruciales para que los trabajadores migrantes puedan vivir y trabajar con dignidad en el Estado de empleo. El caso de los derechos políticos también es relevante, pues comúnmente los migrantes no tienen derechos políticos sin importar el tiempo que hayan residido en un país.

Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos poseen un enfoque universalista y protegen a todas las personas y su dignidad sin discriminación alguna. Sin embargo, en la práctica este objetivo y dicha protección se diluyen para los migrantes irregulares en particular, quienes son aún más vulnerables a la violación de sus derechos humanos. Una de las preguntas planteadas al inicio de este capítulo fue ¿cuáles son los derechos que, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, los Estados deben asegurar a todas las personas en su territorio y, en consecuencia, a los migrantes irregulares? Al respecto, se puede señalar que los instrumentos internacionales de derechos humanos, al poseer el señalado enfoque universalista, otorgan a *todas* las personas y, en consecuencia a los migrantes irregulares, la gran mayoría de derechos que consagran, con las excepciones estudiadas.

---

<sup>545</sup> Véase el texto de la propuesta y el último informe en:  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2010-0348+0+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>.

No obstante, la protección internacional que los instrumentos de derechos humanos otorgan a los migrantes irregulares puede calificarse como defectuosa. Por un lado, porque a pesar de que existe un buen número de instrumentos internacionales de derechos humanos que puede ser aplicado en beneficio de los migrantes irregulares, hay poca claridad en la naturaleza exacta y el ámbito de los derechos disponibles para estas personas, en especial en lo relativo a los económicos, culturales y sociales. De este modo, existe poca especificidad de las disposiciones existentes de protección, las cuales se encontraban dispersas a lo largo y ancho de los tratados internacionales de derechos humanos hasta antes de la adopción de la CIDTM. A pesar de que la adopción de este instrumento ha supuesto un gran avance, el panorama no es demasiado alentador si se considera que ningún Estado desarrollado receptor de inmigración irregular lo ha ratificado, situación particularmente grave al ser el tratado internacional más completo en cuanto a los derechos de los trabajadores migrantes se refiere y el único que *expresamente* protege y otorga derechos a los irregulares. Por otro lado, la protección internacional de los derechos humanos de los migrantes irregulares es defectuosa por la falta de mecanismos para que hagan exigibles los derechos que les confieren los tratados de derechos humanos, poniendo, en última instancia, su dignidad humana en tela de juicio.

Otra pregunta planteada al inicio del presente capítulo fue si ¿estos instrumentos internacionales de derechos humanos vinculan a los Estados? a la cual, inequívocamente, se puede contestar que sí. Los instrumentos universales y regionales de derechos humanos, a pesar de sus defectos, son una valiosa herramienta de protección de los derechos humanos de todas las personas y vinculan a los Estados por la gran aceptación que poseen entre la Comunidad Internacional. Un importante número de Estados los ha ratificado y, en consecuencia, se ha obligado en sus términos (con la salvedad hecha de la Convención de 1990).

Finalmente, en lo relativo a ¿cuáles son las obligaciones que estos instrumentos internacionales de derechos humanos imponen a los Estados respecto a los migrantes irregulares?, en un primer término se puede señalar que imponen a los Estados la obligación genérica de respetar los derechos humanos de *todas* las personas bajo su jurisdicción. En cuanto a los migrantes irregulares se refiere, es una cuestión fuera de duda dentro de la Comunidad Internacional que los Estados tienen la obligación de respetarles sus derechos humanos. El marco de protección internacional de los derechos humanos, independientemente de que se concedan más o menos derechos en uno u otro tratado, confiere a estas personas un conjunto de derechos mínimos que se puede contemplar tanto en los tratados internacionales universales como regionales de derechos humanos.

El ámbito regional americano, como se sabe, tiene un menor grado de desarrollo que el europeo. No existe ningún tratado especializado de migrantes, a pesar de que buena parte de los Estados de la OEA son exportadores de migrantes. Sin embargo, se han realizado valiosos avances jurisprudenciales en cuanto a migración irregular se refiere. Hay que recordar las Opiniones Consultivas no. 16 y 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales han marcado un hito en materia de protección de los derechos de estas personas. Además, existen importantes iniciativas que coadyuvan a proteger los derechos



de los migrantes irregulares en el continente, a pesar de no ser tratados internacionales y no vincular a los Estados.

De los sistemas regionales existentes, el europeo es el más avanzado. Sin embargo, la protección de los migrantes irregulares en Europa está por debajo de lo que potencialmente se ofrece a estas personas a nivel internacional. En cuanto al ámbito del Consejo de Europa se refiere, el Convenio Europeo de Derechos Humanos otorga considerables garantías a los migrantes irregulares y, a través del sistema de peticiones individuales, ha sido capaz de desarrollar un panorama más amplio de protección de los derechos civiles y políticos que los migrantes irregulares pueden disfrutar en Europa. La Carta Social Europea parece tener, a primera vista, una aplicación limitada a los migrantes irregulares, aunque una interpretación dinámica de este instrumento, como se ha visto, puede remediar tal situación y beneficiar a los migrantes irregulares en situaciones donde está en juego su dignidad humana.

A nivel europeo no existe ningún instrumento internacional similar a la Convención de 1990, la cual otorga derechos a los migrantes irregulares. Existen instrumentos específicos de protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares, pero sólo tienen aplicación a los nacionales de los Estados europeos y a los residentes legales. Además, al igual que en el ámbito americano, existen otras iniciativas y acciones que se han mostrado activas en la protección y difusión de los derechos humanos de los migrantes irregulares en Europa, si bien más son necesarias.

En cuanto al ámbito de la Unión Europea se refiere, es evidente la falta de balance al abordar el fenómeno de la migración irregular entre las políticas de ‘combate’ y prevención de la migración irregular, por un lado, y las de protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares, por otro. La Carta de los Derechos Fundamentales es el único instrumento que otorga protección a los migrantes irregulares. La agenda de la Unión Europea en migración irregular se basa casi exclusivamente en aspectos de seguridad que no pueden aliviar el problema de la migración irregular a largo plazo. Se requiere un enfoque comprensivo basado en derechos puesto que en el ámbito comunitario es donde se aprecia más vivamente que la estancia o residencia legal es un requisito *sine qua non* para el disfrute de muchos otros derechos, principalmente los económicos y sociales, fundamentales para todas las personas y más para aquéllas en situación de extrema vulnerabilidad como los migrantes irregulares.

La migración irregular es un fenómeno muy complejo que requiere un enfoque comprensivo basado en derechos humanos. La protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares es un asunto que no se puede ignorar. El número de migrantes irregulares en el mundo continúa en ascenso y no se puede dejar sin protección a estas personas, quienes viven al margen de la sociedad en los Estados de empleo y sufren situaciones de extrema vulnerabilidad. Uno de los primeros pasos debe ser la ratificación de la Convención de 1990, la cual logra cierto equilibrio entre el principio de soberanía estatal y el de respeto a los derechos humanos al reconocer derechos a los migrantes irregulares. Otro paso debe ser la clarificación de los derechos humanos que estas personas deben gozar

en los Estados receptores, especialmente a nivel regional, dadas las deficiencias presentes en estos ámbitos.

Asimismo, es importante que se aliente el uso de los mecanismos de exigibilidad existentes, tanto a nivel universal como regional, y se proporcione información al respecto a los migrantes irregulares. Esto, sin duda, ayudará a clarificar los derechos de estas personas bajo los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales. Un claro ejemplo de esto es la Opinión Consultiva 18/2003 de la Corte Americana de Derechos Humanos. Como punto final, se deben monitorear los desarrollos jurisprudenciales de los órganos de vigilancia de derechos humanos con el fin de analizar la efectividad de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la protección de los migrantes irregulares. Y, cuando sea necesario, se deben llenar las lagunas existentes a través de interpretaciones dinámicas, tal como sucedió con el Comité Europeo de Derechos Sociales en el caso *IFHR (International Federation of Human Rights) v. France*, en relación con el acceso de los migrantes irregulares al derecho a la salud bajo la Carta Social Europea.

**LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL  
GENERAL O DE *JUS COGENS* Y LA PROTECCIÓN DE LOS  
MIGRANTES IRREGULARES**

*Índice*

**Introducción**

**6.1 Definición y características de las normas imperativas de Derecho Internacional general o de *jus cogens***

**6.2 Normas aceptadas de *jus cogens***

6.2.1 Jurisprudencia internacional

6.2.1.1 Corte Internacional de Justicia

6.2.1.2 Tribunales Penales Especiales

6.2.1.3 Ámbito europeo

6.2.1.4 Ámbito interamericano

6.2.2 Organismos internacionales

6.2.2.1 Comité de Derechos Humanos

6.2.2.2 Consejo de Derechos Humanos

6.2.3 Comisión de Derecho Internacional

6.2.4 Doctrina

6.2.5 Contenido material del *jus cogens*, especial referencia a los derechos humanos

**6.3 Aspectos particulares de la relación entre las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes***

**6.4 El *jus cogens* laboral**

6.4.1 La prohibición de la esclavitud

6.4.1.1 Avances en la protección internacional de la esclavitud y sus prácticas análogas a partir del siglo XX y en la consolidación de su prohibición como norma de *jus cogens*

6.4.1.2 Definición

6.4.1.3 Violaciones de otros derechos fundamentales relacionados con la esclavitud

6.4.1.4 Prácticas análogas a la esclavitud

6.4.1.4.1 Servidumbre

6.4.1.4.2 Trabajo forzoso

6.4.2 El principio de igualdad ante la ley y no discriminación

6.4.2.1 Avances en la protección internacional del principio de igualdad ante la ley y no discriminación a partir del siglo XX

6.4.2.2 El principio de igualdad ante la ley y no discriminación como norma de *jus cogens*

6.4.2.3 Definición de discriminación

6.4.2.4 Alcance del principio de igualdad y no discriminación

**6.5 Eficacia jurídica de las normas de *jus cogens* en caso de violación**

6.5.1 Violación de una norma de *jus cogens* por un tratado internacional y un acto unilateral estatal

6.5.2 Procedimiento para declarar la nulidad de un tratado internacional y un acto unilateral de un Estado contrarios a una norma de *jus cogens*

**6.6 Las normas de *jus cogens* en la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares**

**Conclusión**

## Introducción

Las normas imperativas de Derecho Internacional general o de *jus cogens* son las normas que poseen mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico internacional. Consagran valores fundamentales para la vida internacional y, por ello, están dotadas de una protección especial: imponen obligaciones *erga omnes* y no pueden ser derogadas ni modificadas por el acuerdo entre Estados, salvo por otras normas que posean su misma naturaleza. Además, cualquier acto jurídico internacional o unilateral de los Estados contrario a ellas es nulo de pleno derecho y los Estados están obligados a respetarlas independientemente de sus obligaciones convencionales.

El catálogo actual de normas imperativas es relativamente reducido, sin embargo, dentro de éste se encuentran normas de importancia fundamental para la protección de los derechos humanos de todas las personas, como por ejemplo la prohibición de la tortura, del genocidio y de la esclavitud, o el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación. En este sentido, estas normas tienen una gran trascendencia en la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares, pues son normas internacionales que todos los Estados de la Comunidad Internacional, independientemente de sus obligaciones convencionales, tienen obligación de respetar a todas las personas que se encuentren presentes en su territorio y bajo su jurisdicción.

Como ya se ha visto, las normas contenidas en los instrumentos convencionales de derechos humanos son una fuente muy relevante de protección de los derechos humanos de todas las personas. Sin embargo, en cuanto a los migrantes irregulares se refiere, los Estados –debido a su condición irregular– no siempre se muestran dispuestos a obligarse con instrumentos de derechos humanos que les aseguren expresamente derechos básicos o fundamentales a estas personas, como es el caso de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

La situación precedente hace que sea necesario delimitar los derechos humanos que deben ser reconocidos y garantizados por los Estados a todos los individuos bajo su jurisdicción, independientemente de que sean nacionales, extranjeros, regulares o irregulares. Sin embargo, es conveniente que dicha delimitación se haga tomando también en consideración las normas de *jus cogens*, respecto de las cuales todos los Estados tienen obligación de respeto y dentro de las cuales se encuentran dos normas de importancia vital para los migrantes irregulares: la prohibición de la esclavitud y el principio de igualdad y no discriminación, fundamental en la protección de los derechos humanos y presente en todos los instrumentos de derechos humanos que sí gozan de un amplio grado de ratificación y aceptación por parte de los Estados.

Para efectos de lo anterior, se examinarán las normas imperativas de Derecho Internacional general o de *jus cogens*: su definición, características y el tipo de obligaciones que imponen; se analizará el *jus cogens* laboral, que evidentemente tiene aplicación a los migrantes irregulares y se encuentra formado por la norma imperativa que prohíbe la esclavitud y por la que consagra el principio de igualdad y no discriminación; se examinará la efectividad de las normas de *jus cogens* ante violaciones por tratados internacionales que

contengan disposiciones que las contraríen o actos unilaterales de los Estados como leyes, actos administrativos o sentencias judiciales; y, finalmente, se hará una reflexión sobre la importancia de las normas de *jus cogens* en la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares.

### 6.1 Definición y características de las normas imperativas de Derecho Internacional general o de *jus cogens*

La existencia de las normas de *jus cogens* fue formulada por primera vez a nivel de derecho positivo o de modo formal en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, no fue la primera vez que se habló del concepto.<sup>1</sup> De hecho, desde el origen del Derecho Internacional, los fundadores de la nueva disciplina hicieron referencia a un derecho natural inderogable como la base de su propia existencia.<sup>2</sup> En el siglo XX los orígenes del concepto se remontan a alguna doctrina<sup>3</sup> de

---

<sup>1</sup> Para una amplia revisión de la historia del concepto, véase: Hannikainen, Lauri, *Peremptory norms (Jus cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status*, Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, p. 23-156. Para una síntesis de los antecedentes históricos del concepto, véase: Clément, Zlata Drnas de, Las normas imperativas de Derecho Internacional general. Dimensión sustancial, en Clément, Zlata Drnas de, (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Vol. 1, Córdoba, Argentina: Drnas-Lerner, 2002, p. 647-657.

<sup>2</sup> Véanse, por ejemplo: Grotius, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, trad. de Francis W. Kelsey, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1925, Libro I, Cap. I, X.5; Vattel, Emer de, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, London: G. G. and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797, Preliminaries. Idea and General Principles of the Law of Nations. párr. 7-9. Los orígenes del término son debatidos. Por ejemplo, Reuter ha escrito que el término "*jus cogens*" es "venu du droit romain a travers le Common Law". Reuter, Paul, *Le développement de l'ordre juridique international: écrits de droit international*, París: Economica, 1995, p. 21. Dhokalia, por otro lado, ha señalado que el término no proviene del Derecho Romano clásico y se adhiere, en cambio, a la postura de Jolowicz de que el término fue introducido por los pandectistas alemanes. Dhokalia, R. P., Problems Relating to *Jus Cogens* in the Law of Treaties, en Agrawala, S. K., (ed.), *Essays on the Law of Treaties (With special reference to India)*, Bombay: Orient Longman, 1972, p. 150. Esta última visión también es compartida por Alexidze. Alexidze, Levan, Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 172, No. 3, 1981, p. 233.

<sup>3</sup> Roland y Boyer identifican los orígenes del concepto "*jus cogens/Droit impératif*" en la doctrina alemana de los años que transcurrieron entre las dos guerras mundiales. Roland, H., Boyer, L., *Locutions latines du droit français*, 3ª ed., París: Litec, 1993, p. 214. Previsiblemente, se refieren a los escritos de autores alemanes y austriacos como Heydte, A. von der, Die Erscheinungsformen des zweiseitigen taatlichen Rechts: *jus cogens* und *jus dispositivum* im Völkerrecht, *Zeitschrift für Völkerrecht*, Vol. 16, 1932, p. 461-487; y Verdross, Alfred, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, *Recueil des Cours*, Vol. 52, No. II, 1935, p. 206, 243; Verdross, Alfred, Forbidden Treaties in International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 31, 1937, p. 571-577. Sin embargo, desde 1905 Oppenheim señaló que existía cierto número de "principios universalmente reconocidos" de Derecho Internacional que anulaban cualquier tratado que los contrariara, y que el efecto imperativo de tales principios era en sí mismo "una regla consuetudinaria de Derecho Internacional unánimemente reconocida". Oppenheim, Lassa, *International Law (Vol. 1 Peace)*, London: Longmans, 1905, p. 528. Igualmente, en 1914 Anzilotti ya había distinguido entre normas imperativas y dispositivas en el Derecho Internacional, aunque sin usar la expresión *jus cogens*. Anzilotti, Dionisio, Intorno agli effetti delle modificazioni del corso di un fiume sul confine fra due Stati, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 8, 1914, p. 78. Hall fue otro autor que se refirió al concepto de principios fundamentales del Derecho Internacional desde inicios del siglo XX. Hall, William, *A treatise on International Law*, 8ª ed. por Pierce Higgins, Oxford: Clarendon, 1924, p. 382. Además, en los mismos años que transcurrieron entre las dos guerras mundiales, autores de otros países también estudiaron el concepto o al

inicios de siglo y a la alusión que hizo de modo disperso la jurisprudencia<sup>4</sup> internacional sobre estas normas, antes de la creación de Naciones Unidas. A pesar de estos antecedentes, el concepto no fue utilizado con ningún grado de consistencia en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional antes de la CV69, por lo que sus desarrollos más importantes han venido a partir de su adopción.

La CV69 define a las normas de *jus cogens* en su artículo 53:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

De esta definición se pueden desprender las siguientes tres características sobre las normas de *jus cogens*, las cuales tienen que ser concurrentes para identificar a una norma con tal carácter:

a) *Son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto*

Las normas de *jus cogens* son resultado del grado de aceptación, reconocimiento y protección jurídica internacional que dos valores fundamentales de la Comunidad Internacional, la paz y seguridad internacionales, de una parte, y la dignidad de la persona humana, de otra, han alcanzado en la conciencia de la humanidad.<sup>5</sup>

La voluntad común de la Comunidad Internacional de Estados es la que decide si determinada norma tiene carácter imperativo o no.<sup>6</sup> Sin embargo, el que uno de los requisitos esenciales de las normas de *jus cogens* sea su aceptación y reconocimiento por parte de la Comunidad Internacional en su conjunto no significa que se requiera la unanimidad de todos sus miembros para aceptarlas y reconocerlas. Como afirma Gaja: “hay un acuerdo general entre los intérpretes que la ausencia de aceptación o hasta la oposición por parte de uno o varios Estados no es obstáculo para que la norma llegue a ser

---

menos usaron el término: Anzilotti, Dionisio, *Corso di diritto internazionale*, 3ª ed., Roma: Athenaeum, 1928, p. 88-92; Williams, J. F., La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents, *Recueil des Cours*, Vol. 44, No. II, 1933, p. 282; Ripert, Georges, Les Règles du Droit Civil Applicables aux Rapports Internationaux: contribution à l'Etude des Principes Généraux du Droit Visés au Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, *Recueil des Cours*, Vol. 44, No. II, 1933, p. 599; Salvioli, Gabriele, Les règles générales de la paix, *Recueil des Cours*, Vol. 46, No. IV, 1933, p. 26-27; Ray, Jan, Des conflits entre principes abstraits et stipulations conventionnelles, *Recueil des Cours*, Vol. 48, No. II, 1934, p. 701.

<sup>4</sup> Reports of International Arbitral Awards, *Pablo Nájera (Francia vs. México)*, 19 de octubre de 1928, Vol. V, p. 466, 472; CPJI, *Caso Oscar Chinn (Gran Bretaña vs. Bélgica)*, Serie A/B, No. 63-64, 12 de diciembre de 1934, Opinión individual del Juez Schücking, p. 149-150.

<sup>5</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., Los límites de la noción formal de orden público internacional, en Gómez-Urrutia Vargas, Marina, Salinas de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 2, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005 (a), p. 825.

<sup>6</sup> Alexidze, Levan, 1981, *op.cit.*, nota 2, p. 254.

imperativa”.<sup>7</sup> De hecho, unos años después de la adopción de la CV69, Robert Ago, que presidió el Comité de redacción de la Convención, señaló que el “reconocimiento por la Comunidad Internacional en su conjunto” no significaba necesariamente el de todos y cada uno de los miembros de la Comunidad Internacional, sino el de los “componentes básicos” de ésta, incluidos países orientales y occidentales, desarrollados y en vías de desarrollo, así como países pertenecientes a los distintos continentes.<sup>8</sup>

Como consecuencia, un Estado aislado o un número pequeño de Estados no pueden impedir que una norma general de Derecho Internacional adquiera carácter imperativo y no tendría efectos jurídicos cualquier objeción persistente<sup>9</sup> que éstos realizaran sobre una norma de *jus cogens*, afirmación que es apoyada por buena parte de la doctrina.<sup>10</sup> Como Ragazzi manifiesta:

“El verdadero concepto de *jus cogens* hace razonable argumentar que las normas imperativas no admiten ninguna objeción persistente. Si el propósito de las normas imperativas es permitir que el interés común de los Estados prevalezca sobre el interés conflictivo de un sólo Estado o un grupo pequeño de Estados, este propósito se frustraría si dicho Estado o número pequeño de Estados tuvieran permitido escapar de la aplicación de la norma imperativa sobre la base de la objeción persistente”.<sup>11</sup>

Esto también ha sido corroborado en la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en su opinión separada de la sentencia de la CIJ sobre los *Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969)*, el Juez Lachs manifestó que: “una regla general que no tiene la

---

<sup>7</sup> Gaja, Giorgio, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, *Recueil des Cours* Vol. 172, No. 3, 1981, p. 283. También véanse: Yasseen, Mustafa Kamil, L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités, *Recueil des Cours* Vol. 151, No. 3, 1976, p. 40-41; Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005 (b), p. 371.

<sup>8</sup> Ago, Robert, Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne, *Recueil des Cours*, Vol. 134, No. III, 1971, p. 323. Alexidze se pronuncia en el mismo sentido. Alexidze, Levan, 1981, *op.cit.*, nota 2, p. 258.

<sup>9</sup> Sobre la regla de la objeción persistente véase el *dictum* de la CIJ en el *Caso Pesquerías (Reino Unido vs. Noruega)*, sentencia de 18 de diciembre de 1951. En este caso tanto Reino Unido como Noruega acordaron en que un Estado puede objetar persistentemente la aplicación de una norma consuetudinaria, pero que dicha objeción persistente no es admisible en el caso de los “principios fundamentales”. Sin embargo, no llegaron a un acuerdo en lo relativo al contenido de los “principios fundamentales” que serían inmunes a dicha objeción persistente (Alegatos, ii, p. 429, iii, p. 292).

<sup>10</sup> Por ejemplo, véanse: Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1966, p. 11; Hoof, G. J. H. van, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer: Kluwer Publishing, 1983, p. 160-162; Bos, Maarten, *A Methodology of International Law*, Amsterdam: North-Holland Pub. Co., 1984, p. 246, 250; Juste Ruiz, José, *¿Derecho internacional público?* Valencia: Nomos, 1986, p. 208-209; Rozakis, Christos L., *The concept of jus cogens in the law of treaties*, Amsterdam: North-Holland Pub. Co., 1976, p. 76-80; Soares, Albino de Azevedo, *Licoes de direito internacional público*, 4ª ed., Lisboa: Coimbra Editora, 1988, p. 111; Gomez Robledo, Antonio, Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions, *Recueil des Cours*, Vol. 172, No. III, 1981, p. 106-108; Rao, T., International Custom, *Indian Journal of International Law*, Vol. 19, 1979, p. 519-520; Ronzitti, N., La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, *Comunicazioni e studi*, Vol. 15, 1978, p. 256-257; Barberis, J. A., Réflexions sur la coutume internationale, *Annuaire français de droit international*, Vol. 36, 1990, p. 39; Henkin, L., Human Rights and State “Sovereignty” (Sibley Lecture, March 1994), *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, 1995/96, p. 38; Byers, Michael, Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, 1997, p. 217, entre otros.

<sup>11</sup> Ragazzi, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 67.

naturaleza de *jus cogens* no puede impedir que algunos Estados adopten una actitud separada. Ellos pudieron haberse opuesto a la regla desde su inicio y pudieron, unilateralmente, o en acuerdo con otros, decidir sobre soluciones diferentes del problema en cuestión”.<sup>12</sup> De esto se desprende que un Estado no puede ser un objetor persistente a una norma general que pertenece al *jus cogens*.

Las normas imperativas del Derecho Internacional general son normas obligatorias para todos los Estados al ser reconocidas y aceptadas por la Comunidad Internacional en su conjunto. Por ello, no se aplican sólo a los Estados que han ratificado o se han adherido a la CV69, sino a la generalidad de éstos. En este sentido, no debe confundirse la regulación que cumple la CV69 sobre la materia y el reconocimiento de la existencia de las normas imperativas obligatorias para todos los Estados. Como Li señala:

“Una norma de *jus cogens* que ha sido reconocida y aceptada por la Comunidad Internacional en su conjunto, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena, y respecto de la cual ninguna derogación es permitida, sería una norma del Derecho Internacional universal. Ningún Estado, incluidos los que no son parte de la Convención, puede rechazar su fuerza obligatoria sobre él por medio de cualquier declaración u objeción. Éste es el resultado natural del carácter inherente de una norma de *jus cogens* [...] sería una excepción para la norma de que un tratado no puede imponer una obligación a un tercer Estado [...] una norma de *jus cogens* requiere que cada Estado se comprometa con la Comunidad Internacional en su conjunto con la obligación absoluta de cumplirla, y no sólo se comprometa con la obligación relativa de cumplirla entre los Estados Partes. Por tanto, esto sería obligatorio para todas las naciones”.<sup>13</sup>

*b) Son normas que no admiten acuerdo en contrario*

Las normas de *jus cogens* tienen prevalencia sobre cualquier otra norma jurídica con la que puedan estar en contradicción, ya pertenezca al ordenamiento internacional o bien a cualquier otro ordenamiento jurídico, particularmente uno estatal. La indicada prevalencia exige, de un lado, la inaplicación de cualquier norma internacional contraria a una norma de *jus cogens*, incluso la de las normas generales no imperativas, y, de otro lado, la de cualquier norma de Derecho interno contraria a ella, incluso si pertenece a la Constitución estatal. Si no fuera hecha prevalecer por un Estado en un determinado conflicto entre normas, aquél incurriría en la correspondiente responsabilidad internacional que sería invocable por los procedimientos regidos por el Derecho Internacional.<sup>14</sup>

Los comentarios al artículo 53 (entonces artículo 50) del *Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados* de 1966 explican que un tratado será nulo si contraria una norma de *jus cogens*, cuya derogación no está permitida,<sup>15</sup> “incluso por el acuerdo entre Estados

---

<sup>12</sup> CIJ, *Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania vs. Dinamarca; República Federal de Alemania vs. Países Bajos)*, sentencia de 20 de febrero de 1969, Voto separado del Juez Lachs, p. 229.

<sup>13</sup> Li, Haopei, *Jus Cogens and International Law*, en Yee, Sienho, Tiewa, Wang, (eds.), *International Law in the Post-cold War World*, London: Routledge, 2001, p. 514.

<sup>14</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005 (a), *op. cit.*, nota 5, p. 826-827.

<sup>15</sup> Cabe señalar que las circunstancias excluyentes de la ilicitud no operan en relación con la violación de normas de *jus cogens*, lo cual refuerza el carácter inderogable de estas normas. En este sentido, el artículo 26 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001 establece: “Ninguna disposición del presente capítulo (Primera Parte, Capítulo V: circunstancias que excluyen la ilicitud) excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que



particulares”.<sup>16</sup> La inderogabilidad de las normas de *jus cogens* es una característica inherente a las mismas resultante de su propia naturaleza imperativa, pero ello no significa que todas las normas inderogables sean de *jus cogens*, pues mediante estipulación expresa *inter partes* puede acordarse la inderogabilidad de una norma y, como es obvio, tal circunstancia no implica estar de forma necesaria ante una norma de carácter imperativo (por ejemplo el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas).<sup>17</sup>

En este sentido, las normas de *jus cogens* se distinguen de las normas dispositivas, las cuales son las más numerosas y pueden ser derogadas y modificadas por el acuerdo entre dos o más Estados en sus relaciones mutuas debido a que su objeto es satisfacer intereses individuales y comunes de los Estados. Las normas imperativas, por el contrario, pretenden dar respuesta a los intereses colectivos esenciales de todo el grupo social, lo cual tiene como consecuencia que sean normas superiores frente al resto de normas del ordenamiento.<sup>18</sup> Como Carrillo Salcedo afirma, se trata de “normas jurídicas superiores a la voluntad de los Estados, indispensables para la vida internacional y profundamente arraigadas a la conciencia internacional”.<sup>19</sup>

La justificación de la imperatividad de las normas de *jus cogens* reside en que consagran valores fundamentales de la Comunidad Internacional.<sup>20</sup> En este sentido, Simma señala que: “la razón porque determinadas normas poseen tal cualidad imperativa es por ser visto en el reconocimiento universal que esas normas consagran valores que no están a disposición de los Estados de manera individual”.<sup>21</sup> De esta forma, se trata de normas que se imponen por encima del consentimiento de los Estados, el cual en el Derecho Internacional condiciona la validez de las normas. Como Casado Raigón afirma:

“Ante todo [...] las normas de *ius cogens*, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho Internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”.<sup>22</sup>

---

no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional general”. CDI, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios 2001*, 53ª sesión, 2001, A/56/10. Este proyecto fue aprobado en 2001 (A/56/83).

<sup>16</sup> CDI, *Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios 1966*, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, p. 247, párr. 4.

<sup>17</sup> Acosta Estévez, José B., Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1995, p. 7.

<sup>18</sup> Díez De Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, p. 93; Verdross, Alfred, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 1, 1966, p. 55 y ss.

<sup>19</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Derecho Internacional en un Mundo de Cambio*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 204.

<sup>20</sup> Tomuschat, Christian, Obligations arising for States without or against their will, *Recueil des Cours*, Vol. 241, No. 4, 1993, p. 307.

<sup>21</sup> Simma, Bruno, From bilateralism to community interest in international law, *Recueil des Cours*, Vol. 250, No. VI, 1994, p. 292. Véase también Gómez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens Internacional (Estudio histórico-crítico)*, México: UNAM, 1982, p. 113.

<sup>22</sup> Casado Raigón, Rafael, *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*, Córdoba: Universidad de Córdoba, 1991, p. 11.

Lo anterior en virtud de que estas normas, consideradas en su conjunto, “constituyen el desarrollo en la práctica del núcleo esencial positivo de los principios constitucionales o fundamentales del orden jurídico internacional”.<sup>23</sup> Son normas que existen para el beneficio de los seres humanos y, en última instancia, de la humanidad.<sup>24</sup> Por ello, deben recibir protección especial.

En resumen, las normas de *jus cogens* son reglas inherentes a la estructura de la sociedad internacional en un momento histórico que consagran valores fundamentales para ésta. De su carácter imperativo se deriva que sean inderogables y que no puedan ser desconocidas o modificadas por acuerdos entre Estados o a través de actos unilaterales de éstos, y que cualquier acto jurídico internacional, en especial cualquier acuerdo, contrario a ellas sea nulo de pleno derecho.

*c) Son normas que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter*

La CDI no consideró que las normas de *jus cogens* fueran inmutables e incapaces de sufrir modificaciones a la luz de desarrollos futuros. Por ello, el artículo 64 de la CV69 se refiere a la aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, en cuyo caso “todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. Es decir, se acepta que el concepto de *jus cogens* no es estático y que existe la posibilidad de reconocer nuevas normas imperativas.<sup>25</sup> Así, las normas de *jus cogens* no tienen un carácter absoluto y pueden ser sustituidas o reemplazadas, pero sólo por otra norma imperativa posterior y no por una simple norma convencional o consuetudinaria, o por un acto unilateral de los Estados. En este sentido, Pastor Ridruejo recuerda:

“Las normas internacionales imperativas priman incondicionalmente sobre cualesquiera otras, con independencia de sus respectivos modos de positivación [...] En este sentido, un tratado posterior no puede derogar a una norma consuetudinaria de *jus cogens*, y una costumbre particular tampoco puede derogar a una norma convencional imperativa”.<sup>26</sup>

## 6.2 Normas aceptadas de *jus cogens*

El artículo 53 de la CV69 es resultado de un largo proceso de discusión. Primero dentro de la Comisión de Derecho Internacional y posteriormente en la Conferencia de Estados en Viena donde se aprobó la redacción de la CV69.<sup>27</sup> La CDI elaboró el artículo dentro de una definición formal. No señaló el contenido concreto de las normas de *jus cogens* con la finalidad de que fuese la propia práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional

---

<sup>23</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005 (b), *op. cit.*, nota 7, p. 81.

<sup>24</sup> Trindade, Antônio Augusto Cançado, *International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law, Recueil des Cours*, Vol. 316, 2005, p. 345.

<sup>25</sup> Dominicé, Christian, *The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations, European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, p. 358-359.

<sup>26</sup> Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, p. 165; Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 58.

<sup>27</sup> Véase el proceso de elaboración de la Convención de Viena de 1969 en Gómez Robledo, Antonio, 1982, *op.cit.*, nota 21.

quienes estableciesen su contenido material, toda vez que comprendió que los rasgos propios de la noción de *jus cogens* (aceptación general y carácter cambiante) no le permitían ir más allá de la formulación general del concepto.<sup>28</sup>

De esta forma, la CV69 se limitó a constatar la existencia de normas imperativas, pero no determinó cuáles eran; es decir, no delimitó el contenido del *jus cogens*.<sup>29</sup> Para algunos, esto plantea diversas complicaciones pues existe el riesgo de que los Estados pretendan decidir unilateral y discrecionalmente qué es y qué no es una norma de Derecho Internacional imperativo, o que se quede una definición exclusivamente formal de la noción de *jus cogens*.<sup>30</sup> Incluso, que se llegue, en virtud de la falta de codificación del contenido de las normas de *jus cogens* y de la práctica jurisprudencial al respecto, “a la inusual situación de realizar, respecto al *ius cogens*, mayor progreso en el campo de la solución de controversias que en el de la codificación propiamente dicha, pues lo normal en el Derecho Internacional es justamente lo contrario: que la codificación de las normas sustantivas llegue mucho más lejos que las instituciones procesales”.<sup>31</sup>

La jurisprudencia de los tribunales internacionales, la labor de algunos organismos internacionales, los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional y la doctrina han ayudado a esclarecer qué normas materiales son aceptadas actualmente como imperativas.

## 6.2.1 Jurisprudencia internacional

### 6.2.1.1 Corte Internacional de Justicia

En el período previo a la elaboración de la CV69, la CIJ se concentró en formular la existencia de principios del Derecho Internacional asentados en la humanidad que resultan obligatorios para los Estados, pero sin precisar ejemplos claros sobre cuál era el contenido de esos principios. El primer pronunciamiento relevante proviene de la sentencia del *Caso del Canal de Corfú (1949)*, en donde la Corte señaló que existen obligaciones internacionales que están basadas en principios generales y bien reconocidos: consideraciones elementales de la humanidad, incluso más exigibles en tiempos de paz que de guerra; el principio de libertad de comunicación marítima; y la obligación de cada Estado de no permitir, a sabiendas, que su territorio es usado para realizar actos en contra de los derechos de otros Estados.<sup>32</sup> Asimismo, en su Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio (1951)*, resaltó que los principios humanitarios subyacentes a la Convención de 1948 son reconocidos por

---

<sup>28</sup> CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1963*, A/CN.4/SER A/1963, párr. 231-232.

<sup>29</sup> Schwelb, Egon, Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission, *The American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 4, 1967, p. 963 y ss.; Pastor Ridruejo, 2002, *op.cit.*, nota 26, p. 43; Li, Haopei, 2001, *op.cit.*, nota 13, p. 510.

<sup>30</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1984, *op.cit.*, nota 19, p. 205.

<sup>31</sup> Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 11<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 44.

<sup>32</sup> CIJ, *Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania)*, sentencia de 9 de abril de 1949, p. 22. Para Gómez Robledo, el término utilizado por la sentencia tiene que ser visto como un sinónimo de *jus cogens*. Gómez Robledo, Antonio, 1982, *op.cit.*, nota 21, p. 195.

las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados “al margen de cualquier vínculo convencional”.<sup>33</sup>

Después de la elaboración de la CV69, la CIJ ha realizado una mayor definición sobre las normas de *jus cogens* en sus pronunciamientos y el tipo de obligaciones que imponen:

En el *Asunto relativo a la Barcelona Traction (1970)*, al hacer referencia a la existencia de obligaciones internacionales *erga omnes*, parece que la CIJ da ejemplos de normas imperativas en el Derecho Internacional contemporáneo: “[...] la prohibición de actos de agresión y de genocidio, y también de principios y reglas relativas a los derechos humanos básicos de las personas, incluidas la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.<sup>34</sup> En su Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad (1971)*, la CIJ resaltó que el régimen de *apartheid* dentro de Namibia suponía el no respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza.<sup>35</sup> Asimismo, en su Opinión Consultiva sobre el *Sahara Occidental (1975)* consideró las normas de derechos humanos en el Derecho Internacional general y en el contexto de la autodeterminación.<sup>36</sup>

Otro pronunciamiento que destaca es el del *Caso del personal consular y diplomático de Estados Unidos en Teherán (1979-1980)*. En su orden del 15 de diciembre de 1979, la CIJ manifestó que “[...] si bien ningún Estado está obligado a mantener relaciones diplomáticas o consulares con otro, no se pueden dejar de reconocer las obligaciones imperativas inherentes a éstas [la inviolabilidad de los diplomáticos y las embajadas], ahora codificadas en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 [...]”.<sup>37</sup> Y en su sentencia del 24 de mayo de 1980 de dicho caso, si bien eludió señalar expresamente que la inviolabilidad de los diplomáticos y las embajadas era una norma de *jus cogens*, apuntó el “carácter fundamental del principio de inviolabilidad, categóricamente subrayado por las disposiciones de los artículos 44 y 45 de la Convención de Viena de 1961 (también por los artículos 26 y 27 de la Convención de 1963)”, y señaló que dichas disposiciones deben ser respetadas por el Estado receptor “incluso en el caso de conflicto armado o en el caso de ruptura de las relaciones diplomáticas”.<sup>38</sup>

En el *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986)*, al hacer referencia al principio de no uso de la fuerza en las relaciones internacionales, consagrado en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, la CIJ

---

<sup>33</sup> CIJ, *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, p. 23, 30.

<sup>34</sup> CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962, Segunda fase*, sentencia de 5 de febrero de 1970, párr. 33-34.

<sup>35</sup> CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, párr. 129-131.

<sup>36</sup> CIJ, *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975, p. 12 y ss.

<sup>37</sup> CIJ, *Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, Solicitud para la indicación de medidas provisionales, orden del 15 de diciembre de 1979, párr. 41.

<sup>38</sup> *Ibidem*, sentencia del 24 de mayo de 1980, párr. 86.

señaló que éste “no sólo es un principio del Derecho Internacional consuetudinario, sino también un principio fundamental o cardinal del Derecho Internacional. Cabe señalar que la Comisión de Derecho Internacional, en el curso de sus trabajos de codificación del Derecho de los Tratados, expresó la opinión de que el derecho de la Carta concerniente a la prohibición del uso de la fuerza constituye un claro ejemplo de una norma de Derecho Internacional que tiene el carácter de *jus cogens*”.<sup>39</sup>

En su sentencia sobre el *Caso relativo al Timor Oriental (1995)*, la CIJ señaló que el derecho de autodeterminación de los pueblos es una norma imperativa: “en opinión de la Corte, la afirmación de Portugal que el derecho de autodeterminación de los pueblos, como está desarrollado desde la Carta y la práctica de Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes*, es irreprochable. El principio de autodeterminación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte; éste es uno de los principios esenciales del Derecho Internacional contemporáneo”.<sup>40</sup>

En su Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares (1996)*, la Corte recordó su pronunciamiento sobre el Caso del Canal de Corfú (1949) y señaló que las normas del Derecho Internacional Humanitario son fundamentales para el respeto de la persona humana y las consideraciones elementales de la humanidad. Por ello, deben “ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que las contienen, porque constituyen principios intransgredibles del Derecho Internacional consuetudinario”.<sup>41</sup> Y en su Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004)*, la CIJ reiteró el carácter *erga omnes* de las normas del Derecho Internacional Humanitario, al señalar que: “estas normas incorporan obligaciones que son esencialmente de carácter de *erga omnes*”.<sup>42</sup>

Hasta 2006, en el *Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (2006)*, la CIJ aludió expresamente a la noción de *jus cogens* y le concedió tal carácter a las normas que prohíben el genocidio. Volvió a reafirmar que “los principios subyacentes de la Convención [del Genocidio] son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, aún sin obligación convencional”, y que una consecuencia de esa concepción es “el carácter universal tanto de la condena del genocidio y la cooperación requerida ‘para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso’ (Preámbulo de la Convención)”. De lo que se sigue que “los derechos y obligaciones amparados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*”.<sup>43</sup>

Desafortunadamente, en el *Caso relativo a la Orden de Detención del 11 de abril de 2000 (2006)*, que versó sobre la orden de arresto de Bélgica al ministro de asuntos exteriores del

---

<sup>39</sup> CIJ, *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua vs. EE.UU.)*, sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 190, 202.

<sup>40</sup> CIJ, *Caso relativo al Timor Oriental (Portugal v. Australia)*, sentencia de 30 de junio de 1995, párr. 29.

<sup>41</sup> CIJ, *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, párr. 79.

<sup>42</sup> CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, párr. 157.

<sup>43</sup> CIJ, *Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo vs. Rwanda)*, sentencia de 3 de febrero de 2006, párr. 64, 125.

Congo bajo los cargos de violaciones de la Convención de Ginebra de 1949 y crímenes contra la humanidad, la CIJ concluyó, sin analizar si las normas en disputa tenían el carácter de *jus cogens* o sus efectos sobre la inmunidad soberana, que ciertas personas de altos cargos disfrutaban de inmunidad respecto a procesos civiles y penales, por lo que ninguna norma internacional consuetudinaria restringe su inmunidad, aún en el caso de que sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o contra la humanidad.<sup>44</sup> John Dugard, en su voto separado como juez *ad hoc* en el caso *Congo vs. Rwanda*, criticó la postura de la CIJ en este caso y en el *Caso relativo al Timor Oriental*,<sup>45</sup> al señalar que la CIJ pudo haber invocado las normas de *jus cogens* y sentar precedentes, pero no lo hizo. Según Dugard y su evaluación de ambos casos, la Corte prefirió elegir la solución que no le diera efectos a las normas de *jus cogens*.<sup>46</sup>

Finalmente, en la sentencia del *Caso sobre la aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio (2007)*, la CIJ reiteró que la norma que prohíbe el genocidio es, sin duda, una norma imperativa del Derecho Internacional.<sup>47</sup>

Como se puede apreciar, hasta antes de 2006, la noción de *jus cogens* fue invocada en el ámbito de la CIJ, en gran medida, de forma indirecta y con un limitado impacto en virtud de que el término apareció únicamente en las opiniones separadas o disidentes o cuando la CIJ citaba otras fuentes.<sup>48</sup> A partir de 2006 la CIJ ha mostrado mayor claridad en sus referencias al concepto, si bien se ha negado a realizar un desarrollo sustancial del contenido material de éste.

Al respecto, Fernández Tomás, al comentar sobre los pronunciamientos de la CIJ sobre la materia, señala: “[...] no parece que la Corte esté dispuesta a precisar el contenido del derecho imperativo. Más bien renuncia a representar un papel que corresponde a los

---

<sup>44</sup> CIJ, *Caso relativo a la Orden de Detención del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo vs. Bélgica)*, sentencia del 14 de febrero de 2002, párr. 51, 52.

<sup>45</sup> En este caso la CIJ señaló que el carácter *erga omnes* de una norma y el consentimiento de la jurisdicción de la CIJ son cosas distintas por lo que el sólo hecho de que obligaciones *erga omnes* estén en disputa no faculta a la CIJ a conocer del caso si ambas partes no están de acuerdo. *Caso relativo al Timor Oriental (Portugal v. Australia)*, *op. cit.*, nota 40, párr. 29.

<sup>46</sup> *Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo*, *op. cit.*, nota 43, Opinión disidente del juez *ad hoc* John Dugard, párr. 7-10, 13.

<sup>47</sup> CIJ, *Caso sobre la aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*, sentencia de 26 de febrero de 2007, párr. 161.

<sup>48</sup> Por ejemplo: *Caso relativo a la aplicación de la Convención de 1902 que regula la tutela de menores (Países Bajos vs. Suecia)*, sentencia de 28 de noviembre de 1958, Opinión separada del Juez Moreno Quintana, p. 106-107; *Caso relativo al derecho de paso sobre territorio indio*, sentencia de 12 de abril de 1960, Opinión disidente del Juez Fernández, p. 135, 139, 140; *Casos de África del Sudoeste (Etiopía vs. Sudáfrica, Liberia vs. Sudáfrica)*, Segunda fase, sentencia del 18 de julio de 1966, Opinión disidente del Juez Tanaka, p. 298; *Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, *op.cit.*, nota 12, párr. 72, Voto separado del Juez Padilla Nervo, p. 97-98, Voto discordante de los jueces Tanaka, p. 182, Lachs, p. 229 y Sørensen, p. 248; *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *op. cit.*, nota 34, Opinión disidente del Juez Ammoun, p. 301, 304; *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, *op. cit.*, nota 39, párr. 190, 202 y Voto disidente del Juez Oda, p. 471; *Caso de la Delimitación Marítima en la Región situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca vs. Noruega)*, sentencia de 14 de junio de 1993, Voto separado de los Jueces Oda, p. 109 y Weeramantry, p. 217, Voto discordante del Juez Shahabuddeen, p. 135, 136, 200; entre otros.

Estados –quienes deben construir el derecho aplicable por la Corte– y no suplir su falta de voluntad política”.<sup>49</sup> Y Gutiérrez Espada anota sobre los obstáculos para que la CIJ sea el órgano idóneo para ir determinando, a la vista de las posiciones de la práctica, qué norma tiene o no carácter imperativo:

“De un lado, hacer del Tribunal el portavoz de la Comunidad Internacional en su conjunto conjuraría de inmediato la idea de una función creadora del juez, a niveles además básicos y fundamentales, que tomaría la forma, aún hoy, para no pocos Estados de pavoroso aspecto; y, de otro, porque la CIJ tiene una jurisdicción voluntaria y no obligatoria, por lo que de cumplir esa función [...] sería necesario revisar ese dato fundamental y establecer formalmente el reconocimiento universal de su jurisdicción al respecto”.<sup>50</sup>

Por el contrario, otros autores como Gonzáles Campos, *et.al.*, opinan que el que las normas de *jus cogens* hayan de ser identificadas, en un caso concreto, por el juez o el árbitro internacional, no implica en modo alguno que un órgano jurisdiccional asuma una función legislativa.<sup>51</sup> Apegándome a esta postura, me parece adecuado sostener que los órganos internacionales jurisdiccionales juegan un papel esencial en la identificación del contenido material del *jus cogens* en los casos particulares que son sometidos a su consideración, sin que ello implique que asuman una función legislativa que evidentemente, por definición, no les corresponde. Como ha afirmado la propia CIJ: “la Corte determina el derecho vigente y no legisla. Esto es así incluso si, al determinar y aplicar el derecho, la Corte necesariamente tiene que limitar su ámbito y algunas veces señalar su tendencia general”.<sup>52</sup>

### 6.2.1.2 Tribunales Penales Especiales

El carácter imperativo de la norma que prohíbe la tortura ha sido confirmado en el ámbito de los tribunales penales especiales. Así, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha declarado en casos como *Delacic y otros (1998)*,<sup>53</sup> *Anto Furundzija (1998)*,<sup>54</sup> *Kunarac (2001)*,<sup>55</sup> y *Simic et.al. (2003)*,<sup>56</sup> entre otros,<sup>57</sup> que la prohibición de la tortura

---

<sup>49</sup> Fernández Tomás, Antonio Francisco, El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad, en Gómez-Urrutia Vargas, Marina, Salinas de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 628.

<sup>50</sup> Gutiérrez Espada, Cesáreo, Sobre las normas imperativas del Derecho Internacional, en VV.AA., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005, p. 286.

<sup>51</sup> González Campos, Julio D., *et.al.*, *Curso de derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid: Civitas, 2008, p. 151.

<sup>52</sup> *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, op. cit.*, nota 41, párr. 18.

<sup>53</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Delacic y otros*, Caso IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 454.

<sup>54</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Anto Furundzija*, Caso IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 153.

<sup>55</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Kunarac*, Caso IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párr. 466.

<sup>56</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Simic, Blagoje; Tadic, Miroslav; Zaric, Simo*, Caso IT-95-9-T, sentencia de 17 de octubre de 2003, párr. 34.

<sup>57</sup> Véase un estudio sobre las aportaciones de este tribunal al desarrollo de la noción de *jus cogens* en: Harhoff, F., La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, en Tavernier, P., Renaut, C., (eds.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruselas: Bruylant, 2004, p. 65-80.

tiene naturaleza consuetudinaria en el Derecho Internacional contemporáneo y rango de *jus cogens*. Los tribunales penales especiales también han confirmado el carácter imperativo de la norma que prohíbe la esclavitud. Al respecto, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia sostuvo en el *Caso Milorad Krnojelac (2002)* que: “la expresa prohibición de la esclavitud en el Protocolo Adicional II de 1977, el cual comprende los conflictos armados internos, confirma la conclusión de que la esclavitud está prohibida por el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario más allá del contexto de un crimen contra la humanidad” por lo que “la prohibición de la esclavitud en situaciones de conflicto armado es inalienable, inderogable y un derecho fundamental, una de las normas núcleo de la costumbre general y del Derecho Internacional convencional”.<sup>58</sup> Y el Tribunal Especial para Sierra Leona señaló en el *Caso Brima, Kamara y Kanu (2007)* que: “la prohibición de la esclavitud es una norma consuetudinaria del Derecho Internacional y la consideración de la esclavitud como un crimen contra la humanidad está firmemente consolidada. Así, la esclavitud con la finalidad del abuso sexual es una prohibición *jus cogens* de la misma manera como la esclavitud con la finalidad del trabajo físico”.<sup>59</sup>

### 6.2.1.3 Ámbito europeo

En el ámbito europeo destacan dos decisiones, por cierto muy diferentes en su apreciación, respecto a los efectos de las normas de *jus cogens*. La primera es la relativa al caso *Al-Adsani vs. Reino Unido (2001)*,<sup>60</sup> en la que la CEDH, a pesar de haber reconocido que la norma que prohíbe la tortura tiene el carácter de *jus cogens*, señaló que el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados impide a las autoridades nacionales pronunciarse sobre hechos cometidos en el extranjero, incluso cuando se trata de la violación de una norma de *jus cogens*. Como se puede apreciar, en este caso la CEDH inclinó la balanza a favor de una norma de carácter consuetudinario y convencional (la inmunidad de jurisdicción de los Estados), en vez de hacer valer la supremacía de las normas de *jus cogens* respecto a cualquier otro tipo de normas de Derecho Internacional.

---

<sup>58</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Segunda Sala del 15 de marzo de 2002, párr. 353.

<sup>59</sup> Tribunal Especial para Sierra Leona, *Caso Brima, Kamara y Kanu*, Sentencia de la Segunda Sala del 20 de junio de 2007 (FILE D), párr. 705.

<sup>60</sup> El caso versó sobre la comisión de diferentes actos de tortura en perjuicio del señor Al-Adsani en el territorio de Kuwait por agentes de dicho Estado. Tales hechos fueron denunciados en el Reino Unido (el señor Al-Adsani tiene las dos nacionalidades, la británica y la kuwaití) a efectos de obtener la reparación civil del daño correspondiente, pero fueron desestimados por los tribunales británicos en aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción. Por ello, el señor Al-Adsani llevó su caso a la CEDH alegando la violación del artículo 6 del CoEDH que consagra el derecho al debido proceso. La CEDH señaló que el Reino Unido no había violado el derecho al debido proceso del señor Al-Adsani debido a que en el ámbito del CoEDH tal derecho no es absoluto y no existe un deber de establecer mecanismos de reparación civil por violaciones de los derechos humanos, incluso tratándose de normas de *jus cogens*, cuando tales actos son cometidos en un Estado extranjero. CEDH, *Al Adsani vs. Reino Unido*, demanda no. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 61. Sobre este caso en relación con el *jus cogens*, véanse: Sánchez Legido, Ángel, *Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 53, No. 1, 2001, p. 313-330; Caplan Lee M., State immunity, human rights, and *jus cogens*: A critique of the normative hierarchy theory, *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, p. 741-781.



La segunda decisión es la del caso *Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas (2005)*, en la que el TJCE señaló que su obligación es interpretar y aplicar las leyes de una forma compatible con las obligaciones de los Estados miembros bajo la Carta de las Naciones Unidas. Por ello, “está facultado a revisar, de forma indirecta, las resoluciones de los cuerpos de las Naciones Unidas, respecto a su conformidad con las normas de *jus cogens*, que son las normas más altas de Derecho Internacional, obligatorias en todos sus ámbitos, y respecto de las cuales no hay derogación posible”.<sup>61</sup> Asimismo, manifestó que:

“la Carta de las Naciones Unidas presupone la existencia de principios obligatorios de Derecho Internacional, en particular, la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, y que en su preámbulo los pueblos de las Naciones Unidas reafirman la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana. Por ello, es evidente distinguir en el Capítulo I de la Carta, que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.<sup>62</sup>

Finalmente, reconoció que tanto los derechos humanos fundamentales<sup>63</sup> como las disposiciones concernientes a su protección universal se encuentran dentro del ámbito del *jus cogens*, por lo que no se pueden derogar ni por los Estados miembros de las Naciones Unidas ni por sus órganos, puesto que son principios de Derecho Internacional consuetudinario intransgredibles.<sup>64</sup>

#### 6.2.1.4 Ámbito interamericano

La CIDH ha señalado que la tortura, los tratos inhumanos y las ejecuciones extrajudiciales violan el *jus cogens* en casos como *Cantoral Benavides vs. Perú (2000)*, *Maritza Urrutia vs. Guatemala (2003)*, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004)*.<sup>65</sup> Aún más, la CIDH ha confirmado el carácter imperativo del principio de igualdad y no discriminación. Al respecto, en su Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados (2003)* señaló:

“Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. 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. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del Derecho Internacional general. En la actual etapa de evolución del Derecho

---

<sup>61</sup> TJCE, *Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, Caso T-315/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005, párr. 225-226.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 228.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 290.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 231.

<sup>65</sup> CIDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103, párr. 92; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110, párr. 76, 111, 112, 128.

Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*".<sup>66</sup>

En el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>67</sup> se han identificado algunas normas de *jus cogens*. Por ejemplo, en el asunto *Víctimas del barco remolcador "13 de marzo" vs. Cuba (1996)*, la Comisión resaltó que "el derecho a la vida, entendido como un derecho fundamental de la persona humana consagrado en la Declaración Americana y en diversos instrumentos internacionales a escala regional y universal, tiene el status de *jus cogens*. Es decir, es una norma perentoria de Derecho Internacional y por tanto no derogable. El concepto de *jus cogens* se deriva de una orden superior de normas establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *jus cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el orden público internacional. Aquéllas son las reglas que han sido aceptadas, o bien explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos".<sup>68</sup>

Igualmente, en el asunto *James Terry Roch y Jay Pinkerton vs. Estados Unidos (1987)*,<sup>69</sup> la CoIDH advirtió que la norma que prohíbe la ejecución de niños había adquirido la categoría de norma de *jus cogens*, lo cual corroboró en otros casos como: *Michael Domínguez vs. Estados Unidos (2002)*,<sup>70</sup> *Douglas Christopher Thomas vs. Estados Unidos (2003)*,<sup>71</sup> *Napoleón Beazley vs. Estados Unidos (2003)*<sup>72</sup> y *Shaka Sankofa vs. Estados Unidos (2003)*.<sup>73</sup>

En su *Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001)*, la CoIDH declaró que las normas que exigen un trato humano y prohíben la tortura en el Derecho Internacional contemporáneo han adquirido el carácter de normas imperativas.<sup>74</sup> Y en su *Segundo Informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y*

---

<sup>66</sup> CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 101.

<sup>67</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es un órgano propiamente jurisdiccional, pero por estar estrechamente vinculada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema interamericano de derechos humanos se ha preferido incluirla en esta apartado y no en el de organismos internacionales.

<sup>68</sup> CoIDH, *Víctimas del barco remolcador "13 de marzo" vs. Cuba*, Informe no. 47/96, Caso 11.436, 16 de octubre de 1996.

<sup>69</sup> CoIDH, *James Terry Roch y Jay Pinkerton vs. Estados Unidos*, Informe no. 3/87, Caso 9647, 22 de septiembre de 1987.

<sup>70</sup> CoIDH, *Michael Domínguez vs. Estados Unidos*, Informe no. 62/02, Caso 12.285, fondo, 22 de octubre de 2002, párr. 85.

<sup>71</sup> CoIDH, *Douglas Christopher Thomas vs. Estados Unidos*, Informe no. 100/03, Caso 12.240, fondo, 29 de diciembre de 2003, párr. 52.

<sup>72</sup> CoIDH, *Napoleón Beazley vs. Estados Unidos*, Informe no. 101/03, Caso 12.412, fondo, 29 de diciembre de 2003, párr. 59.

<sup>73</sup> CoIDH, *Shaka Sankofa vs. Estados Unidos*, Informe no. 97/03, Caso 11.193, fondo, 29 de diciembre de 2003, párr. 61.

<sup>74</sup> CoIDH, *Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 6 abril 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., párr. 8.

*miembros de sus familias en el hemisferio* (2001) señaló que la norma *non refoulement*,<sup>75</sup> por la cual los Estados no pueden devolver a un extranjero a un país respecto del cual tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión políticas, “ha adquirido estatus de Derecho Internacional Consuetudinario y aún de norma imperativa (*jus cogens*)”.<sup>76</sup>

## 6.2.2 Organismos internacionales

### 6.2.2.1 Comité de Derechos Humanos

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tradicionalmente se han considerado normas de *jus cogens* los derechos inderogables, es decir, aquéllos que no pueden ser objeto de suspensión o derogación en ninguna circunstancia, inclusive en situaciones que justifican la adopción de estados de emergencia, debido a que se trata del mínimo irreductible y universalmente reconocible en la protección de la persona humana. Inicialmente, este mínimo irreductible de derechos encontró expresión, a nivel normativo, en algunas disposiciones de ciertos tratados tanto de derecho humanitario como de derechos humanos.<sup>77</sup> Sin embargo, con el transcurso de los años, la práctica y jurisprudencia internacionales, a pesar de ser todavía hoy escasas, han fortalecido ese núcleo de derechos al precisarlos y, aún más, ampliarlos gradualmente.

Los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos han realizado esfuerzos para extender la inalienabilidad de los derechos no susceptibles de suspensión consagrados en los tratados de derechos humanos, toda vez que la enumeración de tales derechos no es definitiva “porque está sujeta a una evolución y expansión constantes en vista de que, en el contexto actual, el Derecho Internacional ha sido empleado para mejorar y fortalecer -nunca para debilitar- el grado de protección de los derechos reconocidos”.<sup>78</sup>

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General no. 29 sobre el Artículo 4 - *Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción* (2001), parece haber ampliado esta noción al reconocer que la categoría de normas imperativas de Derecho Internacional general puede expandirse más allá de la lista de derechos que generalmente se

---

<sup>75</sup> Sobre manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual de asilo, al mismo tiempo en que afirman el carácter de *jus cogens* del principio de *non-refoulement*, véase: Furlanos, G., *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Estocolmo: Almqvist & Wiksell, 1986, p. 143-144, 146, 149, 172-173.

<sup>76</sup> CoIDH, *Segundo Informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, 16 abril 2001, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., párr. 97.

<sup>77</sup> Por ejemplo, a nivel universal, véanse los artículos 4.2 del PICP, y el artículo 3, común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario; y, a nivel regional, los artículos 15.2 y 27.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

<sup>78</sup> Trindade, A. A. Cançado, Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Vol. VI, San José: IIDH, 1996, p. 21. Véase también Trindade, A. A. Cançado, Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights (at global and regional levels), *Recueil des Cours*, Vol. 202, 1987, p. 86 y ss.

consideran inderogables.<sup>79</sup> Y, en su Observación General no. 24 (1994), al abordar el tema de las reservas al PIDCP, señaló que:

“las disposiciones del Pacto que son de Derecho Internacional consuetudinario (y a *fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias*) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías”.<sup>80</sup>

### 6.2.2.2 Consejo de Derechos Humanos

En el marco de la antigua Comisión de Derechos Humanos (actualmente Consejo de Derechos Humanos), la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (hoy Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos) ha estudiado el tema de las consecuencias del traslado de poblaciones, incluida la implantación de colonos y asentamientos, en el disfrute de los derechos humanos. En el informe preliminar de 1993, llevado a cabo por A. S. Al-Khasawneh y R. Hatano, señaló que: “la legislación en materia de genocidio y los principios de la no discriminación y la libre determinación son considerados principios absolutos del Derecho Internacional, por constituir un conjunto de normas de *jus cogens*”.<sup>81</sup>

Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos usó el término “*jus cogens*” en 2004 en su Resolución 2004/3 sobre la “Situación en la Palestina ocupada”, en relación con la cuestión de la violación de los derechos humanos en los territorios árabes ocupados, incluida Palestina. La Comisión recordó que los principios de la libre determinación de los pueblos y de la inadmisibilidad de la adquisición por la fuerza del territorio ajeno constituyen reglas de *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo.<sup>82</sup>

### 6.2.3 Comisión de Derecho Internacional

En sus trabajos de codificación, la Comisión de Derecho Internacional ha hecho una serie de comentarios sobre el contenido material del *jus cogens*. Destacan especialmente el

---

<sup>79</sup> Comité de Derechos Humanos, *Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General no. 29, de 31 de agosto de 2001, 72º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 11.

<sup>80</sup> Comité de Derechos Humanos, *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, Observación general no. 24, de 11 de noviembre de 1994, 52º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 8,

<sup>81</sup> Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *45º período de sesiones (2-27 de agosto de 1993)*, 6 de julio de 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/17, párr. 184.

<sup>82</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre el 60º período de sesiones (15 de marzo-23 de abril)*, 23 de abril de 2004, E/CN.4/2004/127, parte I.

proyecto de la Convención de Viena de 1969 y el proyecto de la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001.<sup>83</sup>

a) *Proyecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*

En los trabajos preparatorios de la CV69 sobresale la propuesta del Relator Waldock, la cual señalaba expresamente como causal de nulidad por violación de una norma imperativa: el uso o amenaza de la fuerza en contravención de la Carta de las Naciones Unidas; cualquier acto u omisión calificado por el Derecho Internacional como delito internacional; o cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el Derecho Internacional (art. 13.2 del proyecto Waldock).<sup>84</sup> No obstante, dicha propuesta se suprimió dentro de las discusiones al interior de la CDI por considerarse que era mejor no ejemplificar el *jus cogens* en casos concretos, con el objeto de que no considerara que otros casos no listados allí no podrían ser igualmente, a despecho de dicha omisión, *iuris cogens*. Por lo demás, Waldock no había tenido la intención de presentar una lista exhaustiva, y debe reconocérsele, como afirma Gómez Robledo, el mérito de haber presentado la prohibición del uso o amenaza del empleo de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) como uno de los preceptos de *jus cogens* absolutamente indiscutibles.<sup>85</sup>

Por otro lado, en su comentario al artículo 50 (actual artículo 53) del Proyecto de artículos sobre Derecho de los Tratados, la CDI sí señaló ciertos ejemplos contrarios a normas de *jus cogens*, aunque sin incluirlos en el texto final: a) el uso ilegítimo de la fuerza en violación de los principios de la Carta; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en Derecho Internacional; y c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio, a cuya represión todo Estado está obligado a cooperar.<sup>86</sup>

b) *Proyecto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*

El concepto de *jus cogens* no se ha limitado al Derecho de los Tratados. De hecho, también es propio del Derecho de la Responsabilidad Internacional. En el primer Proyecto de artículos relativo a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 1976 la CDI señaló ejemplos de hechos ilícitos especialmente graves, resultantes de una violación por un Estado de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional. Los ejemplos que

---

<sup>83</sup> También véanse: a) *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* de 21 de marzo de 1986, la cual ha expandido el alcance del concepto de *jus cogens* de su contexto original de la nulidad de los tratados entre Estados al reproducir íntegramente el texto de los artículos 53 y 64 de la CV69 dentro de su articulado (arts. 53 y 64 CV86). A marzo de 2011 aún no entra en vigor. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en). Consúltese el Proyecto de artículos con comentarios de la CV86 en: *Yearbook of the International Law Commission*, 1982, vol. II, Parte Dos, en especial p. 56, 62-63, relativas a los artículos 53 y 64; y b) el *Proyecto sobre las Reservas a los Tratados Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, A/57/10, 2002, párr. 59-100.

<sup>84</sup> Gómez Robledo, Antonio, 1982, *op.cit.*, nota 21, p. 40.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>86</sup> CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, Comentario al artículo 50 (3), p. 248.

dio en ese entonces consistían en violaciones graves de las obligaciones de no llevar a cabo una agresión; de no establecer o mantener por la fuerza una dominación colonial; de no recurrir a prácticas contrarias a la salvaguardia del ser humano como la esclavitud, el genocidio o el *apartheid*; y la de no contaminar masivamente la atmósfera o los mares.<sup>87</sup>

En el Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado en 2001<sup>88</sup> destacan el artículo 26,<sup>89</sup> relativo al cumplimiento de normas imperativas, y los artículos 40<sup>90</sup> y 41,<sup>91</sup> relativos a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho Internacional general, en los que la CDI establece que la violación grave de las normas imperativas genera la responsabilidad internacional de los Estados.<sup>92</sup>

En sus comentarios al artículo 26 del proyecto, la CDI señaló que los criterios para identificar las normas imperativas de Derecho Internacional general son exigentes. Anotó que el artículo 53 de la CV69 no sólo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como de Derecho Internacional general, vinculante como tal, sino que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la Comunidad Internacional de los Estados en su conjunto. Asimismo, subrayó que, hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, también aceptó que diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados -como el de los derechos humanos-, dentro de los cuales hay normas claramente aceptadas y reconocidas como *jus cogens*: las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud,

---

<sup>87</sup> CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II-2, p. 94 y ss.

<sup>88</sup> Al respecto, véanse los siguientes documentos de la CDI: A/56/83 y A/56/10.

<sup>89</sup> El artículo 26 establece “Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional general”.

<sup>90</sup> El artículo 40 señala: “1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho Internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

<sup>91</sup> El artículo 41 dispone: “1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40. 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el Derecho Internacional”.

<sup>92</sup> Para un análisis de los conceptos de obligación *erga omnes*, *jus cogens* y violación grave a la luz del proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos de 2001, véase: Cebada Romero, Alicia, Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 4, 2002. También véase Rueda Fernández, Casilda, La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI, *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, No. 2, 2005, p. 67-130.

discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación.<sup>93</sup>

Al igual que en épocas anteriores, la CDI reiteró que no es apropiado señalar ejemplos de normas imperativas ni delimitarlas más de lo que se hizo en el artículo 53 de la CV69. Eso sí, señaló que las obligaciones derivadas de dichas normas emanan de reglas sustantivas de conducta que prohíben aquello que se ha convertido en intolerable por la amenaza que representa a la supervivencia de los Estados y su gente, así como también a los valores humanos básicos.<sup>94</sup>

En sus comentarios al artículo 40 recalcó nuevamente el carácter imperativo de algunas normas. Mencionó la prohibición de la agresión, cuyo carácter imperativo es corroborado por el comentario de la CDI al artículo 53 de la CV69, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el *Caso relativo a las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, y la posición de la propia CIJ en ese asunto. También señaló que parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la CDI al artículo 53: la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el *apartheid*. Dichas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones. Además de que en la Conferencia de Viena hubo acuerdo general entre los Gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones. En lo que se refiere al carácter imperativo de la prohibición del genocidio, señaló que está apoyado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales.<sup>95</sup>

Asimismo, reconoció que es aceptado generalmente el carácter imperativo de otras normas, aunque no se mencionen específicamente en el comentario de la CDI al artículo 53 de la CV69. Tal es el caso de la prohibición de la tortura, tal como se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, cuyo carácter imperativo ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales. También tienen carácter imperativo las normas básicas de Derecho Humanitario Internacional aplicables en los conflictos armados, que la CIJ ha definido como ‘inconculcables’. Y, por último, la obligación de respetar el derecho a la libre determinación, el cual, como lo declaró la CIJ en el asunto relativo al Timor Oriental, “es uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo”, que da lugar a la obligación de la Comunidad Internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio.<sup>96</sup>

Finalmente, la CDI manifestó que los ejemplos anteriores no son exhaustivos, toda vez que, de conformidad con el artículo 64 de la CV69, pueden surgir nuevas normas imperativas de Derecho Internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, como se menciona en el artículo 53.

---

<sup>93</sup> CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, A/56/10, 2001, p. 216-217.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 305-306.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 306-307.

Por ello, dio tales ejemplos sin perjuicio de que existan o se desarrollen normas de Derecho Internacional que cumplan los criterios de las normas imperativas a tenor del artículo 53.<sup>97</sup>

#### 6.2.4 Doctrina

En la doctrina destacan las posiciones que refieren el contenido de las normas de *jus cogens* a los fines esenciales del Derecho Internacional que la Comunidad Internacional precisa para su supervivencia: los derechos fundamentales de la persona humana que todos los Estados tienen la obligación de respetar y proteger; el derecho de los pueblos a su libre autodeterminación; la prohibición del recurso de la fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales; la igualdad de estatus jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de la jurisdicción interna de los Estados.<sup>98</sup> De estos principios, unos aluden a la estructura predominantemente interestatal del Derecho Internacional (igualdad de los Estados y principio de no intervención); mientras que otros hacen referencia a los grandes factores de transformación del orden internacional, su proceso de institucionalización (prohibición del uso o amenaza de la fuerza, con su corolario lógico de la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales) y su proceso de humanización (derechos fundamentales de la persona humana y derecho de los pueblos a su libre autodeterminación).<sup>99</sup>

#### 6.2.5 Contenido material del *jus cogens*, especial referencia a los derechos humanos

De lo señalado en los apartados anteriores, se puede deducir que el contenido material de las normas de *jus cogens* se refiere en algunos casos a principios del Derecho Internacional y en otros a los derechos humanos: la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad de las personas ante la ley, la prohibición de la discriminación, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, y los principios del Derecho Internacional Humanitario.

Como se puede apreciar, sólo un grupo de derechos humanos se ubica dentro de las normas de *jus cogens*, afirmación que se deduce tanto del *dictum* de la CIJ en el *Asunto Barcelona*

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 307.

<sup>98</sup> A modo de ejemplo, véanse los siguientes autores que coinciden en su apreciación de las normas que tienen el carácter de *jus cogens*: Alexidze, Levan, 1981, *op.cit.*, nota 2, p. 262-263; Gómez Robledo, Antonio, 1982, *op.cit.*, nota 21, p. 102, 155, 185; Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga, Barcelona: Ariel, 1993, reimpr. de la ed. de 1988, p. 77, 241; Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 49-50; Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta, 2002, p. 110-111; Meron, Theodore, *International Law in the age of Human Rights*, *Recueil des Cours*, Vol. 301, 2003, p. 418; Mariño Menéndez, Fernando M., 2005 (b), *op.cit.*, nota 7, p. 83-87; Pastor Ridruejo, José A., 2007, *op.cit.*, nota 31, p. 45-46.

<sup>99</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del estado y derecho internacional*, Madrid: Tecnos, 1976, p. 284-285.



*Traction*, en el que hizo referencia a los “derechos fundamentales de la persona humana” y no a los “derechos humanos”,<sup>100</sup> como de lo señalado por la doctrina.<sup>101</sup>

En su resolución sobre “*La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*” (1989), el Instituto de Derecho Internacional si bien no hizo referencia expresa al concepto de *jus cogens*, señaló que la obligación *general* de los Estados de asegurar la protección de los derechos humanos tiene carácter *erga omnes*. Esto en virtud de que todos los derechos humanos, fundamentales o no, se relacionan con la dignidad inherente de cada persona. Al respecto, el artículo 1 de la resolución establece:

“Los derechos humanos son una expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su observancia deriva del reconocimiento de esta dignidad, tal como fue proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. *Esta obligación internacional*, como fue expresada por la Corte Internacional de justicia, *es erga omnes*; incumbe a cada Estado en relación con la Comunidad Internacional en su conjunto, cada Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. La obligación implica además un deber de solidaridad entre todos los Estados para asegurar tan rápidamente como sea posible la protección efectiva de los derechos humanos por todo el mundo”.<sup>102</sup>

Autores como Dinstein han sugerido que el artículo 1 de la resolución significa que cada derecho reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos crea una obligación *erga omnes*.<sup>103</sup> Sin embargo, el artículo 2 de la misma resolución establece que si bien un Estado podrá ser objeto de represalias por parte de Estados no directamente lesionados cuando viola los derechos humanos, teniendo como única restricción el uso de la fuerza; esta actuación por parte de terceros Estados sólo estaría justificada en casos de violaciones especialmente graves, a gran escala o sistemáticas. Como criterio para identificar estos casos se hace referencia a la existencia de derechos que no pueden ser derogados bajo ninguna circunstancia. De este modo, aunque se caracteriza como obligación *erga omnes* al compromiso general de respetar los derechos humanos, también se señala que ciertas violaciones de derechos humanos conllevan unas consecuencias particulares en materia de responsabilidad del Estado infractor. Esto lleva a la conclusión de que si bien todos los derechos humanos están protegidos por obligaciones *erga omnes*, sólo algunos están incorporados en normas inderogables y constituyen, por tanto, normas de *jus cogens*.

---

<sup>100</sup> *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *op. cit.*, nota 34, párr. 34. Al respecto, Meron ha señalado que esta distinción ya no es aceptable (al menos en lo relativo al carácter *erga omnes*) porque la “práctica internacional y la opinión doctrinaria parecen haberse movido mucho más allá del *dictum erga omnes* de Barcelona Traction”. Meron, Theodore, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 199.

<sup>101</sup> Por ejemplo, véanse: Simma, Bruno, Alston, Philip, The sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and general Principles, en Alston, Philip, (ed.), *Human Rights Law*, Aldershot: Dartmouth Press, 1996, p. 103; Villán Durán, Carlos, 2002, *op. cit.*, nota 98, p. 227-228; Ragazzi, Maurizio, 1997, *op. cit.*, nota 11, p. 140; entre otros.

<sup>102</sup> Instituto de Derecho Internacional, *La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, sesión de Santiago de Compostela, 1989. Disponible en: [http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989\\_comp\\_03\\_en.PDF](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_03_en.PDF).

<sup>103</sup> Dinstein, Y., The *erga omnes* Applicability of Human Rights, *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 30, 1992, p. 17.

Por tanto, en la actual etapa del Derecho Internacional, no se puede afirmar que todos los derechos humanos tienen el carácter de normas de *jus cogens*. Esto, sin embargo, no impide que conforme evolucione el Derecho Internacional se reconozca a más derechos humanos tal carácter. De hecho, el reconocimiento de nuevas normas de *jus cogens* en el ámbito de los derechos humanos tiene una importancia vital puesto que, como bien ha señalado Verdross,<sup>104</sup> las normas de *jus cogens* protegen a la humanidad y la existencia de la Comunidad Internacional de un modo profundo.

De hecho, destacados expertos se han pronunciado sobre el carácter de *jus cogens* de la norma que protege los derechos humanos. Por ejemplo, el juez Tanaka ha manifestado que: “si podemos introducir en el área internacional una categoría de norma llamada *jus cogens* [...] seguramente la norma que protege los derechos humanos debe ser considerada como parte del *jus cogens*”; “el concepto de derechos humanos y su protección está incluido dentro los principios generales mencionados en el artículo 38.1, inciso c), del Estatuto de la CIJ”.<sup>105</sup> El juez Trindade, por otro lado, ha señalado que los derechos humanos no pertenecen al dominio del *jus dispositivum*, y que no pueden ser considerados como simplemente “negociables” debido a que permean el propio orden jurídico nacional e internacional.<sup>106</sup> El juez Ammoun, por su parte, llamó a la protección de los derechos humanos una norma legal obligatoria e insistió en que los derechos humanos que aparecen en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas son *jus cogens*.<sup>107</sup> Autores como Sohn concuerdan con ello al señalar que las disposiciones de la Carta que contienen los derechos humanos básicos tienen el carácter de *jus cogens*.<sup>108</sup> Mc Dougal, Lasswell y Chen también han afirmado que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que es la interpretación autorizada de la Carta de las Naciones Unidas, como un todo, es Derecho Internacional consuetudinario y se está rápidamente estableciendo como *jus cogens*.<sup>109</sup>

En conclusión, si bien se tiene que reconocer que en la etapa actual de desarrollo del Derecho Internacional los derechos humanos que tienen el carácter de *jus cogens* son escasos, también se debe afirmar, por un lado, que la norma general que establece el deber de protección de todos los derechos humanos tiene tal carácter y, por otro, que nada impide que nuevos derechos humanos específicos adquieran el rango de *jus cogens*. Como ha señalado el Juez Trindade: “el *jus cogens* [...] es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el

---

<sup>104</sup> Verdross, Alfred, 1966, *op.cit.*, nota 18, p. 58.

<sup>105</sup> *Casos de África del Sudoeste*, *op. cit.*, nota 48, Opinión disidente del Juez Tanaka, p. 298. Sobre la opinión del Juez Tanaka en este caso, véase: Ragazzi, Maurizio, *International Obligations Erga Omnes: Their Moral Foundation and Criteria of Identification in Light of Two Japanese Contributions*, en Goodwin-Gill, Guy S., Talmon, Stefan, (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 461 y ss.

<sup>106</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez Trindade, párr. 73.

<sup>107</sup> *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *op. cit.*, nota 34, Opinión disidente del Juez Ammoun. p. 301, 304.

<sup>108</sup> Sohn, Louis B., *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals rather than States*, *American University Law Review*, Vol. 32, 1982-1983, p. 13-14.

<sup>109</sup> Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, *Human Rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven: Yale University Press, 1980, p. 345.

Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”.<sup>110</sup>

### **6.3 Aspectos particulares de la relación entre las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes***

En este apartado se tratará de diferenciar a las obligaciones *erga omnes* de las normas de *jus cogens* con el fin de delimitar el tipo de obligaciones que imponen estas normas y que, por tanto, son exigibles a todos los Estados.

De acuerdo con el profesor Miaja de la Muela, se entiende por *obligación jurídica internacional* “la exigibilidad de una conducta de acción u omisión impuesta por la norma de Derecho”, ya sea directamente, a través del Derecho Internacional general, o ya indirectamente, a través del ejercicio válido de la autonomía de la voluntad de los Estados.<sup>111</sup> Toda vez que cualquier obligación que se asume frente a todos es una obligación *erga omnes*, se configurará una obligación internacional de este tipo cuando la exigibilidad de la conducta de acción u omisión impuesta por la norma de Derecho sea en relación con la Comunidad Internacional en su conjunto.

Las primeras afirmaciones jurisprudenciales sobre las obligaciones *erga omnes* se referían a la existencia de determinadas situaciones objetivas que, por su propia existencia, eran oponibles a todos los Estados y generaban, por tanto, consecuencias jurídicas *erga omnes*.<sup>112</sup> La CIJ se refirió a la existencia de tales situaciones en su Opinión Consultiva sobre la *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (1949)*:

“[...] cincuenta Estados, representando la vasta mayoría de los miembros de la Comunidad Internacional, tienen el poder, de conformidad con el Derecho Internacional, de iniciar una entidad que posea una personalidad internacional objetiva, y no solamente una personalidad reconocida por ellos, junto con la capacidad de presentar reclamaciones internacionales”.<sup>113</sup>

Afirmada así la existencia de situaciones jurídicas objetivas con una eficacia creativa universal, la CIJ proclamó la existencia de situaciones jurídicas objetivas con eficacia extintiva, igualmente universal o *erga omnes*. Así, en su Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad (1971)*, proclamó que:

---

<sup>110</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op. cit., nota 66, Voto concurrente del Juez Trindade, párr. 68.

<sup>111</sup> En: *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje Al Profesor Luis Sela Sampil*, Tomo I, Oviedo: Universidad de Oviedo, 1970, p. 32-33.

<sup>112</sup> Juste Ruíz, José, Las obligaciones “*erga omnes*” en el Derecho Internacional Público, en VV.AA., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Vol. 1, Madrid: Tecnos, 1979, p. 220.

<sup>113</sup> CIJ, *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949, p. 185.

“Desde el punto de vista de la Corte, la terminación del Mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia son oponibles a todos los Estados en el sentido de obstruir *erga omnes* la legalidad de una situación que se mantiene en violación del Derecho Internacional”.<sup>114</sup>

Como señala Juste Ruíz, la oponibilidad universal de las situaciones jurídicas objetivas no se limita a ser una mera propiedad pasiva de las mismas, sino que de ella derivan verdaderas consecuencias jurídicas; esto es, auténticos derechos y obligaciones frente a todos los Estados.<sup>115</sup>

También puede haber actos jurídicos unilaterales con efectos *erga omnes*. Así, la CIJ afirmó en su sentencia de los *Asuntos de las Pruebas Nucleares (1974)* el carácter intrínsecamente vinculante de las declaraciones unilaterales francesas relativas a la cesación de las experiencias nucleares debatidas, apartándose de toda consideración contractualista<sup>116</sup> para afirmar el carácter absoluto o *erga omnes* de la obligación asumida por el Estado en cuestión:

“Las declaraciones unilaterales de las autoridades francesas fueron hechas fuera de la Corte, públicamente y *erga omnes* [...] para tener efecto jurídico no fue necesario que fueran dirigidas a un Estado en particular, ni se requirió su aceptación por cualquier otro Estado. [...] El Gobierno francés transmitió al mundo entero, incluido el [Estado] demandante, su intención de terminar efectivamente esas pruebas. Quedó obligado a asumir que otros Estados pudieran tomar nota de esas declaraciones y confiar en su efectividad. La validez de esas declaraciones y sus consecuencias legales deben ser consideradas dentro del marco general de la seguridad de las relaciones internacionales [...] Los objetos de estas declaraciones son claros y fueron dirigidos a la Comunidad Internacional en su conjunto, y la Corte sostiene que constituyen un compromiso que posee efectos jurídicos. La Corte considera que el Presidente de la República, al decidir sobre la cesación efectiva de las pruebas atmosféricas, contrajo un compromiso con la Comunidad Internacional a quien sus palabras fueron dirigidas”.<sup>117</sup>

Ahora, si bien las precisiones anteriores pueden dar alguna luz sobre las obligaciones *erga omnes*, el punto de referencia para definir tales las obligaciones en el Derecho Internacional es lo señalado por la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction*, en el cual sostuvo que:

“33. En particular, una distinción esencial debe ser establecida entre las obligaciones de los Estados frente a la Comunidad Internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su propia naturaleza las primeras *conciernen a todos los Estados*. A la luz de la importancia de los derechos en causa, puede considerarse que *todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos*; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.

34. Tales obligaciones derivan, por *ejemplo*, en el Derecho Internacional contemporáneo de la ilegalización de los *actos de agresión* y del *genocidio*, pero también de los principios y las reglas referentes a los derechos fundamentales de la persona humana, entre ellos la *protección de la esclavitud* y la *discriminación racial*. Ciertos derechos de protección correspondientes se han integrado en el Derecho Internacional general (*Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, Opinión Consultiva, CIJ*

---

<sup>114</sup> *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, op. cit.*, nota 35, párr. 126.

<sup>115</sup> Juste Ruíz, José, 1979, *op. cit.*, nota 112, p. 221.

<sup>116</sup> Juste Ruíz, José, Tribunal Internacional de Justicia: *Asuntos de las Pruebas Nucleares* (sentencia de 20 de diciembre de 1974), *Revista Española de Derecho Internacional*, 1976, p. 454.

<sup>117</sup> CIJ, *Asuntos de las Pruebas Nucleares (Nueva Zelanda vs. Francia; Australia vs. Francia)*, sentencia de 20 de diciembre de 1974, párr. 52-53.

*Reportes 1951*, p. 23); otros son atribuidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi-universal”.<sup>118</sup>

De lo señalado por la CIJ, se pueden extraer las siguientes características de las obligaciones *erga omnes*:

- 1) Se contraen frente a la Comunidad Internacional en su conjunto. De este modo, quedan descartadas aquellas obligaciones que sólo se contraen ante un grupo específico de Estados.
- 2) Son de interés para todos los Estados en virtud de la importancia de los derechos esenciales que protegen, lo cual justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento. Así, no es relevante únicamente el tamaño o amplitud del grupo de sujetos internacionales frente al que se asume la obligación en cuestión, sino el contenido material de la obligación: “los derechos en juego”, en palabras de Carrillo Salcedo.<sup>119</sup>
- 3) Pueden tener un doble origen: uno consuetudinario, al haber quedado algunas de estas obligaciones incorporadas en el Derecho Internacional general, y otro convencional, al estar algunas establecidas en tratados internacionales de carácter universal o cuasi-universal. Es decir, la CIJ se está refiriendo a la posibilidad de que determinadas normas incorporadas a un tratado se conviertan en normas de Derecho Internacional general o a la posibilidad de que un tratado codifique normas de Derecho Internacional general.

Literalmente, el carácter *erga omnes* de una obligación precisa su ámbito personal de aplicación, no su jerarquía. Son *erga omnes* las obligaciones que se tienen frente a todos los demás sujetos y, en este sentido, lo son todas las del Derecho Internacional general, de formación consuetudinaria, pero no pueden serlo las de los tratados *inter partes*, circunscritas al círculo de sujetos que las han consentido. La invocación de una regla convencional para ilustrar una obligación *erga omnes* sólo se justifica cuando un tratado se ha inmiscuido en la formación de una norma consuetudinaria, codificándola o facilitando un proceso luego consumado. En definitiva, no sería el tratado, sino la costumbre que el tratado declara, cristaliza o ha impulsado, la que originaría tales efectos.<sup>120</sup>

Ahora que se tienen identificadas las características esenciales de las obligaciones *erga omnes* la tarea de diferenciarlas de las normas de *jus cogens* puede ser menos complicada. Sin embargo, hay que considerar que la distinción entre ambos conceptos no siempre es fácil de discernir, toda vez que existen algunas similitudes entre ambos conceptos, las cuales se pueden resumir de la siguiente forma:

---

<sup>118</sup> *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *op. cit.*, nota 34, párr. 33-34.

<sup>119</sup> Carrillo-Salcedo, Juan-Antonio, *Droit international et souveraineté des états: cours général de droit international public*, *Recueil des Cours*, Vol. 257, 1996, p. 144; Casado Raigón, Rafael, Vázquez Gómez, Eva María, La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en Gómez-Urrutia Vargas, Marina, Salinas de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 344.

<sup>120</sup> Remiro Brotóns, Antonio, *et.al.*, *Derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 67-68.

1) El concepto de *jus cogens* fue consagrado en la CV69 unos meses antes de que la CIJ emitiera su *dictum* sobre el *Asunto Barcelona Traction*. Y ambas figuras fueron desarrolladas por dos importantes órganos de Naciones Unidas: la Comisión de Derecho Internacional y la Corte Internacional de Justicia.

2) Ambos conceptos tienen como fin la protección de los intereses comunes de los Estados y valores morales básicos, y requieren un apoyo significativo de la Comunidad Internacional. De hecho, expresiones características que se atribuyen a las normas de *jus cogens*, tales como “la Comunidad Internacional en su conjunto”, también aparecen en el *dictum* de la CIJ sobre las obligaciones *erga omnes*.

3) Los ejemplos clásicos de las normas de *jus cogens* que emergieron durante la codificación del Derecho de los Tratados coinciden en buena parte con los ejemplos dados por la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction* de las obligaciones *erga omnes*: la ilegalización de los actos de agresión y del genocidio, y la protección de la esclavitud y la discriminación racial.

Las similitudes anteriores han llevado a varios autores a comparar ambos conceptos.<sup>121</sup> Algunos afirman que la CIJ se estaba refiriendo implícitamente a la noción de *jus cogens* en su sentencia del caso *Barcelona Traction*.<sup>122</sup> Otros concuerdan parcialmente con esta afirmación. Por ejemplo, Cebada señala que sólo “en lo que se refiere a las obligaciones *erga omnes* que han quedado incorporadas al Derecho Internacional general, de las que se puede decir que son, en todo caso, derecho imperativo. No ocurriría lo mismo con las obligaciones *erga omnes* atribuidas por normas de naturaleza convencional (las también llamadas obligaciones *erga omnes inter partes*), a las que parece referirse el TIJ en la última parte de su *obiter dictum*”.<sup>123</sup>

Hay autores que afirman que ambos conceptos involucran diferentes aspectos de las mismas normas y que han sido utilizados indistintamente en los debates de la CDI.<sup>124</sup> Por

---

<sup>121</sup> Véanse, por ejemplo: Gaja, Giorgio, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three Related Concepts*, en Weiler, J. H. H., Cassese, A., Spinedi, M., (eds.), *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin: De Gruyter, 1989, p. 151–60; Hoogh, Andre de, *The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective*, *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol. 42, 1991, p. 183–214; Acosta Estévez, José B., 1995, *op.cit.*, nota 17, p. 3-22; Picone, P., *Recensione: Lauri Hannikainen, Peremptory Norms (jus cogens) in International Law. Historical Developments. Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, p. XXXII–781, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 73, 1990, p. 791–5; Macdonald, R. St. J., *Fundamental Norms in Contemporary International Law*, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 25, 1987, p. 136–9; Strozzi, G., I “principi” dell’ordinamento internazionale, *La Comunità Internazionale*, Vol. 47, 1992, p. 178–83; entre otros.

<sup>122</sup> Por ejemplo: Casado Raigón, Rafael, 1991, *op.cit.*, nota 22, p. 37; Hoogh, Andre de, *Obligations Erga omnes and International Crimes: A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, La Haya; Londres; Boston: Kluwer International Law, 1996, p. 56; Frowein, Jochen, *Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law*, *Recueil des Cours*, Vol. 248, No. IV, 1994, p. 364.

<sup>123</sup> Cebada Romero, Alicia, 2002, *op.cit.*, nota 92, p. 5-6.

<sup>124</sup> Tomuschat, Christian, *International Law ensuring the survival of mankind in the eve of a new century*. General course on Public International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 281, 1999, p. 56-88; Dupuy, Pierre-

ejemplo, Diez de Velasco señala que si bien no existe una identidad absoluta entre ambos conceptos “sí al menos una coincidencia sustancial. No obstante, mientras que las normas imperativas se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a determinadas obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones *erga omnes* el centro de atención es el interés jurídico de todos los Estados en exigir su cumplimiento, es decir, en poder invocar la responsabilidad internacional de un Estado que incurra en violación de una de esas obligaciones”.<sup>125</sup> Simma, por su parte, manifiesta que: “aunque este razonamiento no parece enteramente transparente para mí, esto permite la conclusión que la Corte no distingue claramente entre los conceptos de *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*”.<sup>126</sup>

En sentido opuesto, Ragazzi sostiene que en realidad la CIJ se rehusó a utilizar el término de *jus cogens*:

“Las exámenes establecidos en el artículo 53 de la Convención de Viena [para caracterizar a una norma como *jus cogens*] no conceden una definición precisa del contenido del *jus cogens* más allá de algunos ejemplos, los cuales son universalmente admitidos [...]. El enfoque diferente reflejado en el *dictum* sobre las obligaciones *erga omnes* ha permitido a la Corte Internacional de Justicia eludir mucho, si no del todo, las oscuridades [que rodean al concepto de *jus cogens*]. En su *dictum*, la Corte Internacional ha dado cuatro concretos ejemplos de obligaciones *erga omnes* y ha escrito expresamente que las obligaciones *erga omnes* son ‘por su verdadera naturaleza’ de interés para todos los Estados. En otras palabras, la Corte Internacional ha adoptado lo que puede ser denominado un enfoque ‘valor-orientado’ apoyado por ejemplos prácticos, en oposición al enfoque ‘examen-orientado’ reflejado en el artículo 53 de la Convención”.<sup>127</sup>

Otros autores han sugerido que el concepto de *erga omnes* es más amplio que el de *jus cogens*.<sup>128</sup>

Lo señalado anteriormente ilustra que no se diferencia claramente ambos conceptos. De hecho, la confusión existente entre las dos figuras jurídicas ha sido alimentada por la CIJ hasta fechas recientes. Por ejemplo, en su decisión del *Caso relativo al Timor Oriental (1995)*, señaló que “el carácter *erga omnes* de una norma” y el consentimiento de la jurisdicción de la CIJ son cosas distintas.<sup>129</sup> Como Meron señala, las obligaciones *erga omnes* son la consecuencia de la existencia de una norma y no la causa fundamental de un derecho,<sup>130</sup> por lo que es mejor referirse a normas imperativas o de *jus cogens* en vez de normas *erga omnes*, lo cual, además, acarrea nuevamente confusiones entre ambos

---

Marie, L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public (2000), *Recueil des Cours*, Vol. 297, 2002, p. 301-302; Cassese, Antonio, *International Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 13-17; Paulus, Andreas L., *Jus cogens* in a time of hegemony and fragmentation: an attempt at a re-appraisal, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, 2005, p. 316-317.

<sup>125</sup> Diez de Velasco, Manuel, 2009, *op.cit.*, nota 18, p. 862-863.

<sup>126</sup> Simma, Bruno, 1994, *op.cit.*, nota 21, p. 299. También véase Simma, Bruno, *Bilateralism and Community Interest in the law of State Responsibility*, en Dinstein, Yoram, (ed.), *International Law at a time of perplexity. Essays in honour of Shabtai Rosenne*. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff, 1989, p. 825, 828.

<sup>127</sup> Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 72.

<sup>128</sup> Meron, Theodor, *Human rights law making in the United-Nations: a critique of instruments and process*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 187; Macdonald, R. St. J., 1987, *op.cit.*, nota 121, p. 138; Acosta Estévez, José B., 1995, *op.cit.*, nota 17, p. 14.

<sup>129</sup> *Caso relativo al Timor Oriental (Portugal v. Australia)*, *op.cit.*, nota 40, párr. 29.

<sup>130</sup> Meron, Theodor, 1986, *op.cit.*, nota 128, p. 183.

conceptos. En el mismo sentido, el profesor Mariño afirma: “si bien la terminología generalmente utilizada no es completamente precisa parece más adecuado referirse a derechos y obligaciones válidos *erga omnes*. En todo caso la calificación de normas *erga omnes* sólo indica que ellas colocan a sus destinatarios precisamente en situaciones jurídicas subjetivas válidas, y por ello impuestas y exigibles, frente a todos los demás sujetos del ordenamiento (Estados soberanos, Organizaciones Internacionales y otros en su caso) y, en tal sentido, frente a la propia Comunidad Internacional en su conjunto”.<sup>131</sup>

En efecto, no se puede negar que las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* tienen varios puntos de encuentro. Como Juste Ruiz ha manifestado, las normas de *jus cogens* “constituyen la fuente principal de obligaciones jurídicas *erga omnes* en el Derecho Internacional actual”.<sup>132</sup> No obstante, *las obligaciones erga omnes y las normas de jus cogens son figuras jurídicas distintas*, por lo que a continuación se señala:

1) El concepto de *jus cogens* se refiere a normas, mientras que el de *erga omnes* a obligaciones. Las normas de *jus cogens*, por un lado, dan lugar a obligaciones y a otro tipo de relaciones jurídicas (por ejemplo, de acuerdo con el artículo 53 de la CV69 los Estados no pueden excluirse de la aplicación de una norma de *jus cogens*). Las obligaciones *erga omnes*, por otro lado, son la consecuencia de la existencia de una norma, la cual puede ser imperativa o dispositiva, como se verá más adelante.

2) El *jus cogens* propiamente dicho tiene una naturaleza consuetudinaria,<sup>133</sup> aunque no tiene por qué ser exclusiva, pues puede haber normas que compartan una naturaleza convencional y consuetudinaria: aquéllas cuya formación se ha producido a través de la interacción entre la costumbre y el tratado. Sin embargo, es la naturaleza consuetudinaria de la norma la que se corresponde con su carácter imperativo. Las obligaciones *erga omnes*, por el contrario, pueden tener un origen consuetudinario o convencional, de acuerdo con lo señalado por la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction*: algunas se encuentran incorporadas en el Derecho Internacional general y otras establecidas en tratados internacionales de carácter universal o cuasi-universal.

En épocas más recientes parece que la CIJ distingue de forma más clara ambos conceptos, aunque sin señalar sus diferencias conceptuales. Por ejemplo, en su Opinión Consultiva sobre *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004)*, manifestó que el derecho a la autodeterminación de los pueblos es un “derecho *erga omnes*” y que el gobierno israelí ha violado obligaciones *erga omnes*, e identifica al derecho a la autodeterminación y a los principios del Derecho Internacional Humanitario.<sup>134</sup> En su pronunciamiento del *Caso sobre la aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y*

---

<sup>131</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho Internacional, en Cardona Llorens, Jorge (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III, 1999, Castellón: Aranzadi, 2000, p. 336.

<sup>132</sup> Juste Ruiz, José, 1979, *op.cit.*, nota 112, p. 227.

<sup>133</sup> Sobre la naturaleza consuetudinaria del *jus cogens*, véase: Byers, Michael, 1997, *op.cit.*, nota 10, p. 220-229.

<sup>134</sup> *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, *op.cit.*, nota 42, párr. 157.



Montenegro) afirmó que los derechos y obligaciones consagrados en la Convención eran “derechos y deberes *erga omnes*”.<sup>135</sup> Y en el *Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (2006)* manifestó que “consideraba necesario recalcar que el sólo hecho que los derechos y las obligaciones *erga omnes* o las normas imperativas del Derecho Internacional general (*jus cogens*) fueran un tema en disputa no podía en sí mismo constituir una excepción al principio de que su jurisdicción siempre dependa del consentimiento de las partes”.<sup>136</sup>

3) Las normas de *jus cogens* siempre originan obligaciones *erga omnes*<sup>137</sup> que cumplan con las características señaladas por la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction*: contraerse ante toda la Comunidad Internacional e incorporar valores esenciales para ésta, siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento. No es posible que una norma imperativa de Derecho Internacional general no imponga obligaciones *erga omnes* porque la naturaleza de este tipo de normas está dirigida a que sus efectos se produzcan en todo el ordenamiento internacional sin excepciones ni restricciones. Este criterio se armoniza con lo dispuesto por el artículo 53 de la CV69 al considerar nula cualquier norma convencional que las contravenga. Como señala el juez Trindade: “Por definición, todas las normas de *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados”.<sup>138</sup>

Además, cabe recordar, por un lado, que los cuatro ejemplos de obligaciones *erga omnes* dados por la CIJ en su *dictum* del *Asunto Barcelona Traction* derivan de normas de *jus cogens*. En este sentido Pastor Ridruejo afirma: “la sentencia de fondo del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, dictada el día 5 de febrero de 1970, contiene un *dictum* en el que se habla ‘de las obligaciones de los Estados hacia la Comunidad Internacional en su conjunto’ para caracterizar determinado tipo de obligaciones que denomina *erga omnes*, y que como ha dicho el maestro Miaja de la Muela, son en realidad las derivadas de normas de *jus cogens*”.<sup>139</sup> Y, por otro lado, que la violación grave de las obligaciones *erga omnes* que imponen las normas de *jus cogens* “constituye un hecho ilícito de especial gravedad hasta el punto de que contra él caben

---

<sup>135</sup> CIJ, *Caso sobre la aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*, objeciones preliminares, decisión de 11 de julio de 1996, párr. 31.

<sup>136</sup> *Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo*, *op. cit.*, nota 43, párr. 64, 125.

<sup>137</sup> Casado Raigón, Rafael, Las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional contemporáneo, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 1, 1985, p. 1040; Mariño Menéndez, Fernando M., 2000, *op. cit.*, nota 131, p. 339; Byers, Michael, 1997, *op. cit.*, nota 10, p. 211-239; Simma, Bruno, 1994, *op. cit.*, nota 21, p. 299-300; Acosta Estévez, José B., 1995, *op. cit.*, nota 17, p. 12; Remiro Brotóns, Antonio, *et. al.*, 2007, *op. cit.*, nota 120, p. 68; González Campos, Julio D., *et. al.*, 2008, *op. cit.*, nota 51, p. 148-159; entre otros.

<sup>138</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez Trindade, párr. 80; Trindade, Antônio Augusto Cançado, 2005, *op. cit.*, nota 24, p. 347, 354.

<sup>139</sup> Pastor Ridruejo, José Antonio, La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el “*Ius Cogens*” internacional, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Vol. 1, Madrid: Editorial Tecnos, 1979, p. 581. También véase Byers, Michael, 1997, *op. cit.*, nota 10, p. 230.

incluso medidas coercitivas adoptables por Estados no lesionados individualmente”.<sup>140</sup> En este sentido, cuando el artículo 40 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001 habla de obligaciones que emanan de una norma imperativa de Derecho Internacional general, está haciendo referencia a obligaciones *erga omnes*:

“1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho Internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

De hecho, en los comentarios austriacos al proyecto presentado por James Crawford el 19 de marzo de 2001 se establece que cuando el Capítulo III hablaba de violaciones graves de obligaciones esenciales para la Comunidad Internacional en su conjunto, se estaba refiriendo a la violación de obligaciones *erga omnes*.<sup>141</sup>

4) No todas las obligaciones *erga omnes* derivan de normas de *jus cogens*.<sup>142</sup>

Una norma dispositiva también puede generar obligaciones *erga omnes*. Como sostiene Simma: “la noción de obligaciones *erga omnes* sólo expresa el interés legal de la comunidad entera en el cumplimiento de esas obligaciones. Pero esto no implica que *inter* acuerdos incompatibles con tales obligaciones deban ser considerados nulos bajo todas las circunstancias. Las normas imperativas, por otro lado, son definidas precisamente como normas que tienen el poder legal de invalidar tratados que están en conflicto. Por tanto, es absolutamente concebible en teoría que algunas obligaciones *erga omnes* no tengan ese efecto. En la práctica, no obstante, es difícil pensar un ejemplo de una obligación *erga omnes* que al mismo tiempo no pueda ser considerada que proviene desde el *jus cogens*”.<sup>143</sup>

El profesor Mariño da luz sobre un ejemplo de una obligación *erga omnes* que no deriva de una norma imperativa. Al respecto señala: “Algunas normas de Derecho Internacional general imponen obligaciones cuyo cumplimiento es exigible por cualquier sujeto de Derecho Internacional, en especial por todo Estado, porque la norma protege un interés colectivo y cada uno de los Estados es titular del derecho a invocar la correspondiente responsabilidad del que la haya violado. Así, el principio de libertad del Alta Mar

---

<sup>140</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005 (b), *op. cit.*, nota 7, p. 87; CDI, *Quinto Informe sobre Responsabilidad Internacional*, Relator Especial Robert Ago, Yearbook of the International Law Commission, 1976, II, Parte 1, A/CN.4/291 and Add.1 and 2, p. 29, párr. 89.

<sup>141</sup> A/CN.4/515, p. 45: Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, 19 de marzo de 2001.

<sup>142</sup> Gaja, Giorgio, 1981, *op. cit.*, nota 7, p. 281; Cardona Llorens, Jorge, Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional público, en VV.AA., *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Vol. 1, Valencia: Universitat de València, 1989, p. 240-241; Simma, Bruno, 1994, *op. cit.*, nota 21, p. 293-294; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 121; Mariño Menéndez, Fernando M., 2000, *op. cit.*, nota 131, p. 339; Díaz Barrado, Cástor, *El Derecho Internacional del tiempo presente*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2004, p. 160; Trindade, Antônio Augusto Cançado, 2005, *op. cit.*, nota 24, p. 354; entre otros.

<sup>143</sup> Simma, Bruno, 1994, *op. cit.*, nota 21, p. 300.

constituye una norma de Derecho Internacional general que impone obligaciones exigibles *erga omnes* y que protege un interés común a todos los Estados. Sin embargo, no cabe duda de la licitud de su modificación y derogación por vía de acuerdo *inter partes*, sin perjuicio de los derechos de terceros”.<sup>144</sup>

Otro ejemplo es la inmunidad de los Estados extranjeros, al menos la inmunidad restringida, la cual tiene su base en el Derecho Internacional general. Sin embargo, esta circunstancia no excluye la posibilidad de que el Estado potencial beneficiario de la inmunidad renuncie a la misma.<sup>145</sup> También puede ejemplificarse el tema con las declaraciones francesas relativas a la cesación de las pruebas nucleares: la sentencia de la CIJ sobre el *Asunto de las Pruebas Nucleares (1974)* determinó la naturaleza *erga omnes* de dichas declaraciones.<sup>146</sup>

De esta forma, puede haber obligaciones de carácter general contraídas frente a la Comunidad Internacional en su conjunto que no se recojan en una norma imperativa. No obstante, éstas no serían las obligaciones *erga omnes* de las que habla la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction*, pues les faltaría una característica: la de proteger derechos o valores esenciales para la Comunidad Internacional en su conjunto.<sup>147</sup> Esto es, sólo tendrían uno de los dos rasgos con los que la CIJ ha caracterizado este tipo de obligaciones.

#### 6.4 El *jus cogens* laboral

Como ya se vio en secciones anteriores de este capítulo, las normas imperativas de Derecho Internacional generalmente reconocidas son: la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, o el uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y los principios del Derecho Internacional Humanitario. Dentro de éstas, hay dos derechos humanos que tienen plena aplicación en el ámbito laboral: la prohibición de la esclavitud y el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación. En este sentido, Canessa,<sup>148</sup> al deducir que estos dos derechos humanos laborales son normas imperativas de Derecho Internacional general, ha sostenido que conforman un *jus cogens* laboral. Este “*jus cogens*

---

<sup>144</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005 (b), *op. cit.*, nota 7, p. 85. También véase Juste Ruiz, José, 1979, *op. cit.*, nota 112, p. 222.

<sup>145</sup> Cebada Romero, Alicia, 2002, *op.cit.*, nota 92, p. 5.

<sup>146</sup> *Asuntos de las Pruebas Nucleares (Nueva Zelanda vs. Francia; Australia vs. Francia)*, *op.cit.*, nota 117, párr. 52.

<sup>147</sup> En su cuarto informe presentado a la CDI, Arangio Ruiz defendió la tesis según la cual las obligaciones *erga omnes* no se caracterizaban por la importancia del valor protegido, pues ésta era una de las características del *jus cogens*. No obstante, esta tesis no es compatible con la caracterización que la CIJ hace de las obligaciones *erga omnes* en el *Asunto Barcelona Traction*; es decir, que protegen derechos esenciales. CDI, *Cuarto Reporte sobre Responsabilidad Internacional, Relator Especial Sr. Gaetano Arangio-Ruiz*, 1992, A/CN.4/444/Add.1, párr. 92. Ragazzi apoya esta opinión en relación con lo expresado por A. Ruiz. Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 202.

<sup>148</sup> Canessa Montejo, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 517 y ss.; Canessa Montejo, Miguel F., *El ius cogens laboral en el ordenamiento internacional*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No. 14, 2007, p. 15 y ss.

*laboral*” resulta de vital importancia para nuestro tema de estudio; en especial, para la protección de los derechos de los migrantes irregulares en su faceta de trabajadores, como se verá en las secciones siguientes.

#### 6.4.1 La prohibición de la esclavitud

##### 6.4.1.1 Avances en la protección internacional de la esclavitud y sus prácticas análogas a partir del siglo XX y en la consolidación de su prohibición como norma de *jus cogens*

Si bien desde antes del siglo XX se habían hecho algunos esfuerzos a nivel internacional para prohibir la esclavitud,<sup>149</sup> fue a partir de este siglo, primero con la creación de la Sociedad de Naciones y, posteriormente, con la de Naciones Unidas, que tomó un impulso definitivo dicha prohibición a nivel internacional. La Sociedad de Naciones persiguió activamente la abolición de la esclavitud. Por un lado, el Pacto de la Sociedad de Naciones dispuso en su artículo 22.5 que: “[...] el mandatario asuma [en esos pueblos] la administración del territorio en condiciones que, con la prohibición de abusos tales como *la trata de esclavos* [...]”. Y, por otro, en 1926 se adoptó bajo sus auspicios la Convención sobre la Esclavitud,<sup>150</sup> la cual sigue vigente (con algunas modificaciones) hasta la fecha.

Las Naciones Unidas siguieron esforzándose en la eliminación la esclavitud. En 1956 se adoptó otro instrumento internacional específico: la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.<sup>151</sup> Además, los principales instrumentos de derechos humanos establecieron la prohibición de la esclavitud en su articulado. Así, la DUDH establece que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas” (art. 4). El PIDCP establece una prohibición de la esclavitud y servidumbre similar a la que figura en la DUDH (art. 8). La importancia asignada por el Pacto a la disposición sobre la esclavitud se refleja en su categoría de derecho que no puede ser derogado con arreglo al artículo 4.2. El artículo 8 también contiene una disposición que prohíbe la ejecución de un trabajo forzoso u obligatorio, a reserva de algunas excepciones limitadas. Y el PIDESC reconoce el derecho a trabajar, “que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” (art. 6.1). Además, los artículos 5, 7 y 8 del Pacto establecen determinadas condiciones y derechos que deben ser observados y protegidos por los Estados Partes, como un salario equitativo e igual remuneración por

---

<sup>149</sup> Véanse los antecedentes de la protección internacional contra la esclavitud hasta antes de la creación de las Naciones Unidas en el capítulo 1 de este trabajo, secciones 1.3.3 (nota 214) y 1.9 (nota 320).

<sup>150</sup> Adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Entró en vigor el 9 de marzo de 1927. La Asamblea General en su Resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953, aprobó un Protocolo para modificar la Convención de 1926. Entró en vigor el 7 de diciembre de 1953. A marzo de 2011, ha sido ratificado por 61 Estados. La Convención de 1926, modificada por el Protocolo de 1953, entró en vigor el 7 de julio de 1955. A marzo de 2011, 99 Estados la han ratificado. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-2&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-2&chapter=18&lang=en).

<sup>151</sup> Adoptada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entró en vigor el 30 de abril de 1957. A marzo de 2011, 123 Estados la han ratificado. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-4&chapter=18&Temp=mtdsg3&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-4&chapter=18&Temp=mtdsg3&lang=en).

trabajo de igual valor, el derecho a fundar sindicatos y el correspondiente derecho de afiliación.

La prohibición de la esclavitud también quedó consagrada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>152</sup> (art. 7.2, c), el cual define a la “esclavitud” como un crimen de lesa humanidad incluido en el ámbito de competencia de la Corte. La referencia más reciente a la prohibición de la esclavitud en un instrumento internacional figura en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños de 2000,<sup>153</sup> que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del mismo año.<sup>154</sup> Este Protocolo tipifica como delito la trata de personas “con fines de explotación”, incluyendo, “como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, *los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*” (art. 3.a).

Además de la regulación internacional señalada, han tenido lugar desarrollos importantes en la jurisprudencia internacional que han confirmado la absoluta prohibición de la esclavitud y sus prácticas análogas. El más relevante, sin duda, ha sido el pronunciamiento de 1970 de la CIJ en su sentencia del *Asunto relativo a la Barcelona Traction*, en la cual señaló que la norma que prohíbe la esclavitud genera obligaciones *erga omnes*.<sup>155</sup> Más recientemente, el carácter imperativo de esta norma ha sido confirmado por la jurisprudencia de los tribunales penales especiales para la Ex Yugoslavia (2002)<sup>156</sup> y Sierra Leona (2007).<sup>157</sup>

Así pues, en el siglo XX quedó arraigado el principio de que la prohibición de la esclavitud forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, y las normas pertinentes tienen el carácter de *jus cogens*.<sup>158</sup> En consecuencia, la práctica de la esclavitud ha sido reconocida

---

<sup>152</sup> Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9. Entró en vigor el 1 de julio de 2002. A marzo de 2011 ha sido ratificado por 114 Estados. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en).

<sup>153</sup> Adoptado en Palermo, Italia, por la Asamblea General en su resolución A/RES/55/25, del 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, de conformidad con el artículo 17 del mismo. A marzo de 2011, lo han ratificado 142 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en).

<sup>154</sup> Adoptada en Palermo, Italia, por la Asamblea General en su resolución A/RES/55/25, del 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, de conformidad con el artículo 38 de la misma. A marzo de 2011, la han ratificado 159 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en).

<sup>155</sup> *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, op. cit., nota 34, párr. 34.

<sup>156</sup> *Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Segunda Sala del 15 de marzo de 2002, párr. 353.

<sup>157</sup> *Caso Brima, Kamara y Kanu*, Sentencia de la Segunda Sala del 20 de junio de 2007 (FILE D), párr. 705.

<sup>158</sup> Bassiouni, M. Cherif, *Enslavement as an International Crime*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 23, 1991, p. 445; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, Vol. II, p. 232 (“a título de ejemplo, algunas de las más evidentes y arraigadas normas de *jus cogens* [...] comprendían la trata de esclavos”); *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, op. cit., nota 80, párr. 8; Rassam, A. Yasmine, *Contemporary*

universalmente como crimen de lesa humanidad,<sup>159</sup> y el derecho a no ser sometido a esclavitud se considera tan fundamental “que todas las Naciones están legitimadas para denunciar a los Estados infractores ante la Corte de Justicia”.<sup>160</sup>

La esclavitud, las prácticas relacionadas con ella y el trabajo forzoso constituyen: un “crimen de guerra” cuando son practicados por un Estado beligerante contra los nacionales de otro Estado beligerante; un “crimen de lesa humanidad” cuando son practicados por funcionarios públicos contra cualquier persona independientemente de las circunstancias y la nacionalidad de ésta; un delito internacional común cuando son practicados por funcionarios públicos o particulares contra cualquier persona.<sup>161</sup>

#### 6.4.1.2 Definición

La primera definición de esclavitud en un instrumento internacional figura en la Convención sobre la Esclavitud de 1926, cuyo artículo 1 la define como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (párr. 1). A continuación, el párrafo 2 del mismo artículo 1 define la trata de esclavos como “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderlo o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderlo o cambiarlo, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”. Si bien el *dictum* de la CIJ en el *Asunto Barcelona Traction* sólo señala la prohibición de la esclavitud, se ha interpretado que tal prohibición se extiende también a la del comercio o trata de esclavos.<sup>162</sup> No puede haber una prohibición efectiva de la trata de esclavos si la esclavitud es una práctica legal, y no puede haber comercio de esclavos si la esclavitud está prohibida.

En 1949, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas designó un Comité Especial de Expertos sobre la Esclavitud, el cual estimó que “no había suficientes motivos para descartar o modificar la definición contenida en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926”.<sup>163</sup> No obstante, señaló que la definición que figuraba en la Convención no abarcaba la gama completa de prácticas relativas a la esclavitud y que había otras formas igualmente repulsivas de servidumbre que deberían prohibirse. Por ello, recomendó que se elaborara una convención suplementaria que abarcara las prácticas análogas a la esclavitud, muchas de las cuales habían sido mencionadas por la Sociedad de Naciones al preparar la Convención anterior.

---

Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, 1999, p. 303.

<sup>159</sup> La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, afirmó en septiembre de 2001 en su declaración final que: “reconocemos asimismo que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad”.

<sup>160</sup> Redman, Renee Colette, The League of Nations and the right to be free from enslavement: the first human right to be recognized as customary international law, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 70, 1994, p. 759, 780.

<sup>161</sup> Bassiouni, M. Cherif, *op.cit.*, nota 158, p. 448.

<sup>162</sup> Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 106.

<sup>163</sup> ONU, *Informe del Comité Especial de Expertos sobre la Esclavitud*, E/AC.33/13, 1951, párr. 11.

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 “fue más allá y abarcó más que la Convención de 1926”.<sup>164</sup> Esta convención confirma la condena a la esclavitud y la trata de esclavos y llama a las Partes contratantes a abolir, además de la esclavitud, las instituciones y prácticas que se indican mediante la denominación genérica de “condición servil”,<sup>165</sup> a saber:

a) *La servidumbre por deudas*, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) *La servidumbre de la gleba*, es decir, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) *La venta de mujeres para matrimonio*, en virtud de la cual: i) una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) *La trata de niños*, en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.<sup>166</sup>

Hasta la fecha, la definición de “esclavitud” establecida por las Convenciones sobre la Esclavitud no ha cambiado sustancialmente. Sin embargo, ha sido complementada con lo dispuesto en el artículo 7.2, inciso c), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, el cual señala que: “por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluidos el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”. Como se puede ver, esta definición es esencialmente la misma que la adoptada por la Sociedad de Naciones más

---

<sup>164</sup> Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe presentado por el Relator Especial Mohamed Awad sobre la “Cuestión de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus prácticas y manifestaciones, incluidas las prácticas esclavizadoras del apartheid y del colonialismo”*, E/CN.4/Sub.2/322, 1971, párr. 12.

<sup>165</sup> El término “servidumbre” no se utiliza en la Convención suplementaria, pues ésta se refiere a las “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” y “personas de condición servil”. Sin embargo, en el período en que se elaboró la Convención, ese término aparecía en el título propuesto para el nuevo instrumento: ONU, *Proyecto de Convención suplementaria sobre la Esclavitud y la Servidumbre*, E/AC.43/L.1, 1955.

<sup>166</sup> Artículo 1 de la Convención de 1956.

de 70 años antes en la Convención de 1926. Se ha agregado únicamente una referencia concreta al tráfico de personas.

Todas las definiciones de esclavitud se refieren a un tema común: el concepto de propiedad. La esclavitud tradicional se describía como “reducción de la persona a la condición de bien semoviente” puesto que los propietarios de los esclavos podían tratarlos como parte de sus bienes, al igual que el ganado o los muebles, y venderlos o cederlos a terceros. Esas prácticas son muy infrecuentes en la actualidad y el criterio de propiedad puede eclipsar algunas de las otras características de la esclavitud que tienen que ver con el control absoluto a que es sometida la víctima de la esclavitud por otro ser humano, y que está implícito en la fórmula de “los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” utilizada en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 (art. 1.1).<sup>167</sup>

En el contexto moderno las condiciones en que se encuentra la persona sometida a esclavitud son fundamentales para determinar las prácticas en que consiste la esclavitud, incluidas: i) el grado de restricción del derecho inherente de la persona a la libertad de circulación; ii) el grado de control de la persona sobre sus pertenencias personales; y iii) la existencia de consentimiento con conocimiento de causa y plena comprensión de la naturaleza de la relación entre las partes. Resulta evidente que estos elementos de control y propiedad, que por lo general van acompañados de la amenaza de violencia, son esenciales para determinar la existencia de esclavitud. Por ejemplo, al trabajador migrante cuyo pasaporte es retenido por su empleador se le priva de la libertad de escoger y controlar su vida.<sup>168</sup>

#### 6.4.1.3 Violaciones de otros derechos fundamentales relacionados con la esclavitud

El proceso de esclavización, así como, en muchos casos, el trato infligido a las víctimas de la esclavitud, la condición servil y el trabajo forzoso, suelen ir acompañados de violaciones de otros derechos fundamentales, los cuales se encuentran protegidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de aceptación general. Por ejemplo, el procedimiento típico de esclavización, que entraña el secuestro o la captación mediante promesas falsas u otras formas de engaño, supone una violación del derecho a la libertad y la seguridad de la persona (art. 9 PIDCP), y en muchos casos una violación del derecho de la persona privada de su libertad a recibir un trato humano y del derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10 y 7 PIDCP).<sup>169</sup> La Convención suplementaria de 1956

---

<sup>167</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas. David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud*, Ginebra, Nueva York: ONU, ACNUR, 2002, HR/PUB/02/4, párr. 19-20.

<sup>168</sup> *Ibidem*, párr. 21-22. También véanse: Bales, Kevin, *Disposable People New Slavery in the Global Economy*, California: University of California Press, 2004; Quirk, Joel Forbes, *The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 3, 2006, p. 565-598.

<sup>169</sup> Frecuentemente, las víctimas de la esclavitud han “desaparecido” mientras eran objeto de tráfico o se encontraban en situación de esclavitud. La desaparición forzada o involuntaria de las víctimas de la esclavitud se ha visto facilitada por el secreto en que se suele mantener a dichas víctimas al impedir que se comuniquen con otras personas, ya sea debido a su aislamiento, por ejemplo en grandes fincas agrícolas, o a su virtual encarcelamiento. Véase la “Recomendación sobre la cuestión de las desapariciones vinculadas a las formas



prohíbe expresamente “el acto de mutilar o de marcar a fuego, o por otro medio, a un esclavo o a una persona de condición servil -ya sea para indicar su condición, para infligirle un castigo o por cualquier otra razón” (art. 5). Otras formas de malos tratos, incluidas las palizas y otros castigos corporales, constituyen una violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7 PIDCP).<sup>170</sup>

Casi por definición, las víctimas de la esclavitud, la condición servil y el trabajo forzoso se ven privadas del derecho a la libertad de circulación y a escoger libremente su residencia (art. 12 PIDCP). Prácticamente en todos los casos, los propietarios, los que ejercen el control sobre ellas, los empleadores o las propias autoridades privan a esas personas de su derecho de recurrir a los tribunales y a un juicio imparcial o les impiden ejercerlo (art. 14 y 16 PIDCP).<sup>171</sup>

La lista de circunstancias agravantes de violaciones de los derechos fundamentales que acompañan a la esclavitud y las prácticas análogas es prácticamente ilimitada. En los casos más graves abarca la privación de la identidad (al cambiar en muchos casos el nombre de la persona por otro correspondiente a una religión o identidad étnica distinta), la obligación de hablar en otro idioma y de cambiar de religión o el ejercicio de coerción sobre la víctima (art. 18.2 PIDCP). En algunos casos extremos también se impide a las personas que ejerzan su derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 23 PIDCP), en particular cuando se trata de mujeres a las que se obliga a ser amantes o concubinas de los hombres que las tienen bajo su control, o a ejercer la prostitución. Prácticamente todos los casos entrañan violaciones de la libertad de expresión de las víctimas, así como de su derecho a recibir y difundir información, su derecho de reunión pacífica y su derecho de asociación.<sup>172</sup>

En algunas sociedades se impide a los esclavos poseer o heredar propiedades. Una de las secuelas de la esclavitud que sigue afectando a personas calificadas de “esclavos” en un país en que la esclavitud ha sido oficialmente abolida en varias ocasiones es el hecho de que después de la muerte de antiguos esclavos, las familias de los antiguos propietarios siguen interviniendo para tomar posesión de sus bienes, a veces con la autorización de los tribunales, lo que impide que los herederos de los antiguos esclavos hereden sus bienes (art. 17 DUDH y 26 del PIDCP).<sup>173</sup> Los antiguos esclavos, sus descendientes u otras personas consideradas socialmente esclavas se ven sometidos en muchas sociedades a distintas formas de discriminación.

#### **6.4.1.4 Prácticas análogas a la esclavitud**

El cómo se defina a la esclavitud es de suma importancia para su prohibición efectiva pues, como han señalado Weissbrodt y Dottridge, hay diferencias de opinión sobre qué prácticas

---

contemporáneas de la esclavitud” en el *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, 17º período de sesiones, 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/34, p. 27.

<sup>170</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *op.cit.*, nota 167, párr. 26.

<sup>171</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>172</sup> *Ibidem*, párr. 28.

<sup>173</sup> ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud sobre su 18º período de sesiones*, 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/30, párr. 43.

deben considerarse esclavitud y, por consiguiente, eliminarse. Por ello, para que Naciones Unidas -o cualquier otro órgano internacional- desempeñe con eficacia el mandato relativo a la prohibición de la esclavitud y sus prácticas análogas, es necesario crear un consenso internacional sobre qué prácticas abarca el concepto de esclavitud. Si se interpreta el término de manera que incluya todas las injusticias sociales o violaciones de los derechos humanos que puedan cometerse, su acepción será tan amplia que perderá sentido. Esta interpretación exagerada a su vez desdibujaría la labor de lucha contra el fenómeno de la esclavitud y reduciría su eficacia en la persecución del objetivo de eliminarlo.<sup>174</sup>

La Comisión de Derecho Internacional señaló en sus comentarios al Proyecto de Código de Crímenes en contra de la Paz y de la Humanidad de 1996, respecto al artículo 18, inciso d) que contempla la esclavitud como un crimen de lesa humanidad, que esclavitud significa “establecer o mantener sobre personas un estatus de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso contrario a las bien establecidas y ampliamente reconocidas normas del Derecho Internacional”.<sup>175</sup> Esto es, la CDI entiende que la esclavitud comprende también la servidumbre y el trabajo forzoso como prácticas análogas a ésta. Posteriormente, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, apoyándose en lo señalado por la CDI, manifestó:

“[...] el concepto tradicional de esclavitud, tal y como es definido en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y frecuentemente referido al ‘derecho de propiedad sobre una persona’, ha evolucionado hasta incluir varias formas contemporáneas de esclavitud, las cuales también están basadas en el ejercicio de alguno o todos los poderes asociados al derecho de propiedad. En el caso de estas formas contemporáneas de esclavitud, la víctima no está sujeta al ejercicio de los derechos más extremos de la propiedad [...], pero en todos los casos, como resultado del ejercicio de alguno o todos los poderes asociados al derecho de propiedad, hay destrucción de la personalidad jurídica; la destrucción es mayor en caso del ejercicio total del derecho de propiedad sobre una persona, pero la diferencia sólo es de grado. [...] Estas formas contemporáneas de esclavitud forman parte de la esclavitud como un crimen en contra de la humanidad bajo el Derecho Internacional Consuetudinario”.<sup>176</sup>

De esta forma, si bien no existe un pronunciamiento judicial que señale expresamente que la prohibición de las formas análogas a la esclavitud, es decir la servidumbre y el trabajo forzoso, se encuentra recogida en una norma imperativa o de *jus cogens* del Derecho Internacional general, la evolución de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales apunta en esa dirección.<sup>177</sup>

#### 6.4.1.4.1 Servidumbre

---

<sup>174</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *op.cit.*, nota 167, párr. 8-9.

<sup>175</sup> CDI, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, 1996, p. 48 (10).

<sup>176</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Caso Kunarac, Kovac, Vukovic*, Sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002, párr. 117.

<sup>177</sup> Véanse las siguientes sentencias: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Caso Kunarac, Kovac, Vukovic*, Sentencia de la Primera Sala de 22 de febrero de 2001, párr. 539-543; *Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Segunda Sala del 15 de marzo de 2002, párr. 349-360; *Caso Kunarac, Kovac, Vukovic*, Sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002, párr. 116-124; *Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 17 de septiembre de 2003, párr. 191-203. Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona, *Caso Brima, Kamara y Kanu*, Sentencia de la Segunda Sala del 20 de junio de 2007 (FILE D), párr. 739-749.

La esclavitud y la servidumbre suelen ser consagradas conjuntamente en los instrumentos internacionales<sup>178</sup> y se ubican dentro de las violaciones más graves de la libertad de trabajo debido a que se caracterizan por la ausencia de libertad de la persona que ejerce el trabajo, quien se convierte en un objeto que está a disposición de un tercero, ya sea como el ejercicio de atributos del derecho de propiedad (esclavitud) o como el estado en que se ejerce autoridad sobre él (servidumbre). En este sentido, debe entenderse que la mención de la prohibición de la esclavitud señalada por la Corte Internacional de Justicia incluye también a la prohibición de la servidumbre, en razón que los instrumentos internacionales los equiparan conjuntamente dentro de sus textos y porque comparten una raíz común en sus definiciones.

*a) Servidumbre de la gleba*

La servidumbre de la gleba se ha considerado como una forma de esclavitud desde los primeros debates que precedieron la aprobación de la Convención sobre la Esclavitud de 1926. En su informe final a la Sociedad de Naciones, la Comisión Temporal sobre la Esclavitud consideró que la servidumbre de la gleba era equivalente a la “esclavitud de predio”, es decir, a la utilización de esclavos en granjas o plantaciones para la producción agrícola.<sup>179</sup> La obligación que figura en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 de “procurar, de una manera progresiva y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas”, se aplica por consiguiente tanto a la servidumbre de la gleba como a la esclavitud.<sup>180</sup>

La Comisión Temporal sobre la Esclavitud señaló también en un informe de 1924 que se habían descubierto muchas personas en situación de “servidumbre agrícola por deudas”, lo que combinaba los elementos de la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba.<sup>181</sup> Esa conclusión quedó confirmada por investigaciones posteriores de la Organización Internacional del Trabajo sobre la situación y la condición del trabajo indígena en América Latina durante el decenio de 1940.<sup>182</sup>

La Convención suplementaria de 1956 describe la servidumbre de la gleba como una forma de “condición servil”, entendiéndose por ella “la condición de la persona que está obligada

---

<sup>178</sup> El artículo 4 de la DUDH; el artículo 8, párrafos 1 y 2, del PIDCP; el artículo 4.1 del CoEDH; el artículo 6.1 de la CADH; el artículo 5 de la CAfDH. Al lado de estos instrumentos, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud de 1953 y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956. Además, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 ubica dentro de sus artículos a la esclavitud y otros actos inhumanos de carácter similar como crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1, c) y k).

<sup>179</sup> *Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud al Consejo, documento de la Sociedad de las Naciones*, 1925, A.19.1925.VI, párr. 97. Los esclavos que participaban en el cultivo y la cosecha de la caña de azúcar en las Indias Occidentales en el siglo XVIII se clasificaban como esclavos de predio. Véase Drescher, Seymour, Stanley, L. Engerman, (eds.), *A Historical Guide to World Slavery*, New York: Oxford University Press, 1998, p. 113.

<sup>180</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *op.cit.*, nota 167, párr. 31.

<sup>181</sup> Drescher, Seymour, Stanley, L. Engerman, *op.cit.*, nota 179, p. 113.

<sup>182</sup> OIT, *Informe del Comisión de Expertos en Trabajo Indígena*, 1951, p. 135.

por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición” (art. 1.b). El Grupo de Trabajo sobre la Esclavitud de Naciones Unidas ha considerado que los sistemas de tenencia de la tierra considerados en todos sus aspectos (jurídico, económico, social y político) pueden considerarse en determinadas circunstancias relaciones de poder opresivas resultantes de la propiedad o la explotación de la tierra y de la disposición de sus productos, que crean forma de servidumbre o esclavitud.<sup>183</sup>

Las actas de los debates que tuvieron lugar en Naciones Unidas y en la OIT antes de la aprobación de la Convención suplementaria de 1956 indican que la expresión “servidumbre de la gleba” debía aplicarse a un conjunto de prácticas referidas al “peonaje” del ámbito latinoamericano.<sup>184</sup> Tales prácticas, desarrolladas durante la Conquista en un contexto de subyugación de los pueblos indígenas y la confiscación de sus tierras, consistían en que un propietario cedía un terreno a un siervo o “peón” a cambio de servicios específicos entre ellos: 1) entregar al propietario una parte de los productos de la cosecha (aparcería); 2) trabajar para el propietario; o 3) realizar otros trabajos, por ejemplo tareas domésticas para la familia del propietario. En cada caso, lo que se considera una forma de esclavitud no es llevar a cabo trabajos a cambio del acceso a la tierra, sino la incapacidad de dejar la condición de siervo o peón. En algunos casos la condición de siervo o peón es hereditaria y afecta a familias enteras de modo permanente, mientras que en otros casos está relacionada con la servidumbre por deudas o está reforzada por esta servidumbre. En este último caso, las personas afectadas tienen la obligación de continuar trabajando para el terrateniente a consecuencia de deudas que se supone tienen para con él, además de por su condición de aparceros.<sup>185</sup>

#### *b) Servidumbre por deudas*

La Convención suplementaria de 1956 define la servidumbre por deudas como “el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios” (art. 1.a). Asimismo, la califica como una “condición servil” (art. 7.b) y obliga a los Estados Partes a aplicar disposiciones nacionales para suprimirla.

Aunque la OIT no incluyó a la servidumbre por deudas en la definición de trabajo forzoso del Convenio No. 29 sobre Trabajo Forzoso (1930),<sup>186</sup> se ha entendido que el trabajo forzoso incluye esta condición, toda vez que éste abarca una amplia gama de prácticas que afectan a la libertad de los trabajadores y entrañan distintos grados de coacción en su

---

<sup>183</sup> ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, 5º período de sesiones, 1979, E/CV.4/Sub.2/434, párrs. 10-16.

<sup>184</sup> Greenidge, C.W.W., *Slavery and the United Nations*, London: Anti-Slavery Society, 1954, p. 8.

<sup>185</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *op.cit.*, nota 167, párr. 34-35.

<sup>186</sup> Adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1930. Entró en vigor el 1 de mayo de 1932. A marzo de 2011, 174 países lo han ratificado. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

trabajo.<sup>187</sup> De hecho, el preámbulo del Convenio No. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957) menciona expresamente los dos tipos de servidumbre:

“Después de haber tomado nota de que la Convención sobre la esclavitud, 1926, establece que deberán tomarse todas las medidas necesarias para evitar que el trabajo obligatorio o forzoso pueda dar lugar a condiciones análogas a la esclavitud y de que la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956, prevé la completa abolición de la *servidumbre por deudas* y la *servidumbre de la gleba*” (párr. 5).

La OIT ha señalado que la servidumbre por deudas o el trabajo en condiciones de servidumbre aún afecta a millones de personas, en especial a niños, indígenas y trabajadores migrantes.<sup>188</sup> El caso de los niños ha motivado una decidida acción por parte del organismo internacional. En este sentido, el Convenio No. 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999),<sup>189</sup> incluye la servidumbre por deudas entre las peores formas de trabajo infantil:

“A los efectos del presente Convenio, la expresión ‘las peores formas de trabajo infantil’ 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).

Si bien no existe una prohibición internacional absoluta sobre el pago de salarios en forma distinta a la de la moneda de curso legal, la OIT ha aprobado restricciones para proteger a los trabajadores del abuso. Así, el Convenio No. 117, relativo a las normas y objetivos básicos de la política social (1962),<sup>190</sup> se ocupa, en particular, de la reducción de las formas de retribución salarial que favorecen el endeudamiento, y exige a los Estados Partes que adopten todas las medidas pertinentes para impedir la servidumbre por deudas. Su artículo 11 señala que “normalmente, los salarios se deberán pagar solamente en moneda de curso legal” (párr. 2). Establece que los salarios se deberán pagar regularmente “a intervalos que permitan reducir la posibilidad de que los asalariados contraigan deudas” (párr. 6).<sup>191</sup> Y que incumbe a la autoridad competente garantizar que cuando la alimentación, la vivienda, el

---

<sup>187</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *op.cit.*, nota 167, párr. 50.

<sup>188</sup> OIT, *Informe I (B): Intensificar la lucha contra el trabajo infantil*, 20 de mayo de 2010, CIT 99 Report I (B), párr. 255. También véase: *Informe del Consejo de Administración de la OIT 1996*, GB 265/2, párr. 32. Para el caso de los trabajadores migrantes, véase: Anderson, Bridget, *Migrant domestic workers and slavery*, en Anker, Christien Van den, (ed.), *The political economy of new slavery*, Londres: Palgrave Macmillan, 2004, p. 107-117.

<sup>189</sup> Adoptado en Ginebra el 17 de junio de 1999. Entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. A marzo de 2011, 173 países lo han ratificado. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>.

<sup>190</sup> Adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1962. Entró en vigor el 23 de abril de 1964. A marzo de 2011, 32 países lo han ratificado. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>.

<sup>191</sup> Véanse también el Convenio No. 95 y la Recomendación No. 85, de 1 de julio de 1949, relativos a la protección del salario. Estos instrumentos prohíben los métodos de pago que impidan a los trabajadores la posibilidad real de poner término a la relación laboral, y establecen que una periodicidad aceptable para el pago de los salarios es de dos veces al mes o una vez al mes. El Convenio No. 95 entró en vigor el 24 de septiembre de 1952. A marzo de 2011, ha sido ratificado por 96 Estados. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>.

vestido y otros artículos y servicios esenciales formen parte de la remuneración, su valor en efectivo se calcule con exactitud (párr. 7).<sup>192</sup>

El Convenio No. 117 asigna a los Estados Partes la responsabilidad de establecer mecanismos para vigilar y controlar los pagos de salarios que se hagan mediante transacciones no monetarias y garantizar que los empleadores no abusen de su posición dominante poniendo precios excesivos a los bienes que se suministran en lugar de salarios (art. 7.c). Asimismo, dispone que los anticipos de salario deben estar también reglamentados por la autoridad competente, quien deberá poner un límite máximo a las cantidades anticipadas y estipular que todo anticipo en exceso de la cuantía fijada sea legalmente irre recuperable (art. 12).

Los salarios extremadamente bajos son una de las causas del trabajo forzoso y de la servidumbre por deudas.<sup>193</sup> Puede asumirse que cualquier trabajador que reciba un salario inferior al salario mínimo está trabajando en condiciones de servidumbre.<sup>194</sup> Por consiguiente, la OIT ha instado a las autoridades nacionales a que fijen salarios mínimos para evitar el pago de salarios extremadamente bajos que son insuficientes para mantener a los trabajadores y sus familias.<sup>195</sup> Así, el objetivo del Convenio No. 131, relativo a la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo (1970),<sup>196</sup> y de su Recomendación No. 135 consiste en proporcionar a los asalariados la protección social necesaria mediante el establecimiento de niveles salariales mínimos.<sup>197</sup>

#### 6.4.1.4.2 Trabajo forzoso

---

<sup>192</sup> En el mismo sentido, el artículo 9 del Convenio No. 95 señala que los descuentos de los salarios deben ser justos y estar autorizados por la legislación nacional y prohíbe específicamente “cualquier descuento de los salarios que se efectúe para garantizar un pago directo o indirecto [...] con objeto de obtener o conservar un empleo”.

<sup>193</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *op.cit.*, nota 167, párr. 53.

<sup>194</sup> En este sentido véase, por ejemplo: Tribunal Supremo de la India, *Bandhua Mukti Morcha vs. Sindicato de la India y otros*, Supreme Court Reports, Vol. 2, 1984, p. 67.

<sup>195</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 10 del Convenio No. 117 de la OIT, el cual señala: “1. Deberá estimularse la fijación de salarios mínimos por medio de contratos colectivos celebrados libremente entre los sindicatos que representen a los trabajadores interesados y a los empleadores u organizaciones de empleadores. 2. Cuando no existan métodos adecuados para la fijación de salarios mínimos por medio de contratos colectivos, deberán tomarse las disposiciones necesarias a fin de determinar tasas de salarios mínimos, en consulta con los representantes de los empleadores y de los trabajadores, entre los cuales figurarán representantes de sus organizaciones respectivas, si las hubiere. 3. Se deberán tomar las medidas necesarias para asegurar que los empleadores y los trabajadores interesados estén informados de las tasas de salarios mínimos en vigor y para que los salarios efectivamente pagados no sean inferiores a las tasas mínimas aplicables. 4. Todo trabajador al que le sean aplicables las tasas mínimas y que, después de la entrada en vigor de las mismas, haya recibido salarios inferiores a dichas tasas, deberá tener derecho a hacer efectivo, por vía judicial o por cualquier otra vía autorizada por la ley, el total de la cantidad que se le adeude, dentro del plazo que fije la legislación”.

<sup>196</sup> Adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1970. Entró en vigor el 29 de abril de 1972. A marzo de 2011, 51 países lo han ratificado. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

<sup>197</sup> En varios convenios anteriores se habían fijado objetivos similares: el Convenio No. 26 y la Recomendación No. 30 (aplicables a las industrias) y el Convenio No. 99 y la Recomendación No. 89 (aplicables a la agricultura) establecen que los salarios mínimos no deben ser fijados a tasas inferiores a aquellas que garanticen la subsistencia del trabajador y de su familia.

*a) Protección contra el trabajo forzoso al interior de la OIT*

La Comunidad Internacional ha condenado la utilización del trabajo forzoso como una práctica análoga a la esclavitud, pero distinta de ella. La Organización Internacional del Trabajo es la principal organización encargada de eliminar esta práctica. Para la OIT la esclavitud y la servidumbre son dos modalidades del trabajo forzoso u obligatorio,<sup>198</sup> cuya prohibición tiene el carácter de ‘derecho laboral fundamental’ al interior del organismo internacional.<sup>199</sup> Sin embargo, existen diferencias entre el trabajo forzoso y la prohibición de la esclavitud y la servidumbre. Por un lado, la esclavitud y la servidumbre se refieren a los sujetos que sufren esa condición, mientras que las prohibiciones del trabajo forzoso se refieren a la relación existente entre una persona y un empleador, y no por el tipo de actividad realizada, independientemente de qué tan difíciles o peligrosas sean las condiciones de trabajo.<sup>200</sup> Como afirma Drzewicki: “naturalmente, algunas manifestaciones de la esclavitud (por ejemplo, la servidumbre) a menudo se yuxtaponen con el trabajo forzoso, por ello deberían ser tomadas separadamente debido a las diferencias esenciales en la formulación legal de sus prohibiciones”.<sup>201</sup>

La OIT ha adoptado dos convenios relativos al trabajo forzoso: el no. 29 (1930) y el no. 105 (1957), los cuales cuentan con un amplio grado de ratificación y, en consecuencia, de aceptación al interior de la Comunidad Internacional. Estos convenios se aplican a trabajos o servicios exigidos por los gobiernos o las autoridades públicas, así como al trabajo forzoso exigido por órganos privados e individuos, incluidas la esclavitud, el trabajo en servidumbre y determinadas formas de trabajo infantil.<sup>202</sup> Los Convenios de la OIT sobre el trabajo forzoso son esencialmente los únicos instrumentos internacionales que ofrecen una definición de trabajo forzoso, si bien su prohibición figura en varios tratados internacionales, tanto universales como regionales.

El Convenio No. 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio (1930),<sup>203</sup> define esta práctica como “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” (art. 2.1). Si bien en esta definición el trabajo forzoso se distingue de esclavitud por cuanto no incluye un elemento de propiedad, es evidente que dicha práctica impone un grado similar de

---

<sup>198</sup> Tanto en el Informe Global de 2001 como en el de 2005 sobre el trabajo forzoso se consideran a la esclavitud y la servidumbre por deudas como formas tradicionales del trabajo forzoso. OIT, *Alto al trabajo forzoso*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Reunión, 2001, Informe I (B), párr. 1; *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª Reunión, 2005 Informe I (B), párr. 26-27.

<sup>199</sup> Véase la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, aprobada el 18 de junio de 1998 por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión. También véase la sección 4.9.3 del capítulo 4 de este trabajo.

<sup>200</sup> *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, 2005, *op.cit.*, nota 198, párr. 16.

<sup>201</sup> Drzewicki, Krzysztof, *The right to work and rights in work*, en Eide, Asjborn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 229.

<sup>202</sup> OIT, *Informe del Consejo de Administración de la OIT*, GB 265/2 (1996), párr. 32.

<sup>203</sup> Adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1930. Entró en vigor el 1 de mayo de 1932. A marzo de 2011, ha sido ratificado por 174 Estados. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>.

restricción de la libertad individual (a menudo por medios violentos) que hace que el trabajo forzoso se asemeje a la esclavitud en sus efectos en el individuo.

El Convenio No. 29 obliga a los Estados Partes “a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas” (art. 1.1). La falta de una prohibición absoluta y la existencia de este marco temporal ambiguo para la eliminación del trabajo forzoso pueden explicarse en que, en el momento de adopción del Convenio, todavía era normal que las autoridades coloniales recurrieran al trabajo forzoso para las obras públicas.<sup>204</sup> Sin embargo, la OIT ha señalado recientemente que un país ya no puede aducir este marco temporal para justificar protecciones nacionales inadecuadas contra el trabajo forzoso.<sup>205</sup> De hecho, la Comisión de Encuesta para examinar la observancia por Myanmar del Convenio No. 29 señaló que:

“en Derecho Internacional existe hoy una norma que prohíbe imperativamente todo recurso al trabajo forzoso y de que el derecho de no ser obligado a realizar un trabajo o un servicio es uno de los derechos humanos. El Estado que apoya, incita, acepta o tolera el trabajo forzoso sobre su territorio comete un hecho ilícito y compromete su responsabilidad internacional. Además, dicho hecho ilícito resulta de la violación de una obligación internacional tan esencial para la protección de los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional que podría calificárselo, de ser cometido en gran escala, de crimen internacional; en conformidad con el artículo 19 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados. La Corte Internacional de Justicia calificó la obligación de proteger a la persona humana contra la práctica de la esclavitud como una obligación *erga omnes* pues considera que, dada la importancia de ese derecho, puede considerarse que todos los Estados tienen interés jurídico en que se proteja dicho derecho”.<sup>206</sup>

El segundo convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso (no. 105) fue adoptado en virtud de que se llegó a la conclusión de que, a pesar de las prohibiciones establecidas en el Convenio No. 29, no se había eliminado el trabajo forzoso y que “nuevos sistemas de trabajo forzoso impuesto con fines económicos o utilizado como medio de coacción política [...] planteaban nuevos problemas y exigían la adopción de medidas en el plano internacional”.<sup>207</sup> La Convención suplementaria de 1956 preveía la abolición de las prácticas que podían conducir a formas de trabajo forzoso. Sin embargo, se consideró que las protecciones internacionales contra el trabajo forzoso eran inadecuadas y que era preciso aprobar otra convención para fortalecer la prohibición contra el trabajo forzoso.<sup>208</sup> Así, en 1957 se adoptó el Convenio No. 105, sobre la abolición del trabajo forzoso,<sup>209</sup> el cual prevé la supresión inmediata y completa del trabajo forzoso en determinadas circunstancias. De conformidad con su artículo 1, los Estados Partes se obligan a suprimir el uso del trabajo forzoso como medio para alcanzar objetivos políticos o de desarrollo económico, como

---

<sup>204</sup> Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *op.cit.*, nota 167, párr. 39.

<sup>205</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 1998, p. 100.

<sup>206</sup> OIT, *Trabajo forzoso en Myanmar (Birmania). Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por Myanmar del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)*, 2 de julio de 1998, párr. 203.

<sup>207</sup> ONU, Comité Especial del Trabajo Forzoso ONU-OIT, *Informe conjunto del Secretario General de las Naciones Unidas y el Director General de la OIT*, Documento E/2815/Add.5, 1955.

<sup>208</sup> OIT, Conferencia General de la OIT, *Informe IV (2)*, 40ª reunión, 1957, p. 4.

<sup>209</sup> Adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1957. Entró en vigor el 17 de enero de 1959. A marzo de 2011, ha sido ratificado por 169 Estados. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.



medida de disciplina en el trabajo o como castigo por haber participado en huelgas y como medida de discriminación.

Cabe señalar que los convenios de la OIT sobre el trabajo forzoso, así como los acuerdos internacionales en la materia no prohíben todas las formas de trabajo forzoso. Por ello, no se puede extender la prohibición de la esclavitud como norma imperativa a las demás modalidades prohibidas del trabajo forzoso u obligatorio. Así, por ejemplo, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, si bien señala que los Estados Partes deben evitar “que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud” (art. 5), establece que “el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad”, el cual debe estar reglamentado por las autoridades centrales competentes del territorio interesado y que “mientras subsista ese trabajo forzoso u obligatorio, no se empleará sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia” (art. 5, párr. 1-3).

En el ámbito de la OIT, el artículo 2.2 del Convenio No. 29 establece algunas excepciones concretas para casos en los que, de otro modo, se hubiese aplicado la definición de trabajo forzoso u obligatorio, tales como cualquier trabajo o servicio que:

- a) se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;<sup>210</sup>
- b) forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- c) se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Cabe señalar que el Convenio No. 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, prohíbe el “reclutamiento forzoso u obligatorio de niños [menores de 18 años] para utilizarlos en conflictos armados” (art. 3.a). Este convenio fue adoptado en Ginebra el 17 de junio de 1999. Entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. A marzo de 2011, 173 Estados lo han ratificado. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>. Del mismo modo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, dispone que los “Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”. Este Protocolo fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 54/263 de 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002. A marzo de 2011, ha sido ratificado por 139 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en).

Asimismo, la Comisión de Expertos de la OIT ha expresado su preocupación por las onerosas restricciones impuestas a la capacidad del personal militar para poner término a sus contratos, en particular si tienen una formación especializada. OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo forzoso (N.º 29) y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (N.º 105)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 65ª reunión (1979), Informe III (parte 4B).

<sup>211</sup> Eso sí, ninguno de los Convenios permite que se obligue a trabajar a los reclusos en espera de juicio ni a los encarcelados por delitos políticos o por conflictos laborales (art. 1, incisos a y d, del Convenio No. 105).

d) se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros,<sup>212</sup> y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;

e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.<sup>213</sup>

#### *b) Protección contra el trabajo forzoso en los instrumentos internacionales de derechos humanos*

La prohibición del trabajo forzoso aparece en varios tratados internacionales, tanto universales como regionales. En la Carta Internacional de Derechos Humanos figuran varias disposiciones sobre el trabajo forzoso. El artículo 4 de la DUDH no se refiere específicamente al trabajo forzoso pero de los debates de la época en que se preparó se deduce claramente que el trabajo forzoso se consideraba una forma de servidumbre de la gleba.<sup>214</sup> El PIDCP establece en su artículo 8.3.a) que “nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”, con sujeción a determinadas excepciones relativas a presos, servicio militar, situaciones de emergencia y obligaciones civiles normales. Y el PIDESC protege en sus artículos 6 y 7 el derecho a trabajar en condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

En el ámbito universal también destacan la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973,<sup>215</sup> la cual declara ilícitos diversos actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas, con inclusión de la explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiénolos a trabajo forzoso (art. 2.a.iii.e). Y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños de 2000, el cual tipifica como delito la trata transnacional de personas con fines de explotación de trabajos o servicios forzados (art. 5).

---

<sup>212</sup> Entre los casos de fuerza mayor figuran la guerra, los siniestros o amenaza de siniestro, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos (art. 2.d). No obstante, la importancia y la duración del servicio han de limitarse estrictamente a lo que sea absolutamente necesario. *Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo forzoso (N.º 29) y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (N.º 105), op.cit.*, nota 210, párrs. 36-37.

<sup>213</sup> Igual que en el caso anterior, la importancia y la duración del servicio han de limitarse estrictamente a lo que sea absolutamente necesario. *Ibidem*, párr. 37.

<sup>214</sup> ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Third session, Summary record of the fifty-third meeting*, E/CN.4/SR.53 4 de junio de 1948.

<sup>215</sup> Adoptada en Nueva York el 30 de noviembre de 1973. Entró en vigor el 18 de julio de 1976. A marzo de 2011, 107 Estados la han ratificado. Información disponible en: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg\\_no=IV-7&chapter=4&lang=en#Participants](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=IV-7&chapter=4&lang=en#Participants).

En el ámbito regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 4.2),<sup>216</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 6) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 5) prohíben en su articulado el trabajo forzoso.

#### **6.4.2 El principio de igualdad ante la ley y no discriminación**

##### **6.4.2.1 Avances en la protección internacional del principio de igualdad ante la ley y no discriminación a partir del siglo XX**

Desde inicios del siglo XX<sup>217</sup> la preocupación por el aseguramiento de la igualdad y la no discriminación a todas las personas se manifestó principalmente en las leyes de responsabilidad estatal relacionadas con los perjuicios ocasionados a los extranjeros<sup>218</sup> y en la protección otorgada a ciertas minorías nacionales. Después de la Primera Guerra Mundial, se incluyó la protección de los grupos minoritarios entre los requisitos exigidos a los nuevos Estados y a los que fueron derrotados en la guerra. Las cláusulas sobre las minorías garantizaban la no discriminación pero también intentaban preservar la identidad y la cultura de grupos minoritarios cuyas demandas de igualdad y reconocimiento eran consideradas como parte de las causas de conflictos pasados. En consecuencia, los tratados no sólo exigían igualdad de derechos sino también medidas específicas para la preservación de los grupos protegidos, los cuales carecían del poder político necesario para garantizar dicha preservación por sí mismos.<sup>219</sup>

No obstante, estas medidas de protección no constituían mecanismos temporales para lograr la igualdad sino, más bien, derechos permanentes para grupos minoritarios en los que las situaciones disímiles entre los grupos mayoritarios y los minoritarios eran tratadas de

---

<sup>216</sup> La Comisión Europea de Derechos Humanos determinó dos elementos cuya presencia debe tomarse en cuenta en relación con el trabajo forzoso u obligatorio: “en primer lugar, que el trabajo se realice en contra de la voluntad del reclamante y, en segundo lugar, que el trabajo suponga un sufrimiento insoportable para éste”. Comisión Europea de Derechos Humanos, *X vs. República Federal de Alemania*, demanda no. 4653/70, Decisiones y Reportes, Vol. 46, 1974, p. 22.

<sup>217</sup> Cabe recordar que el principio de igualdad fue proclamado en declaraciones solemnes que son el origen de las democracias modernas. Así, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 proclamó en su preámbulo como evidentes: “que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables [...]”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por otro lado, señala en su artículo 1 que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos [...]”.

<sup>218</sup> Por lo general, se considera que la discriminación entre nacionales y extranjeros es una violación del Derecho Internacional. En los inicios de la regulación, la protección de los extranjeros contra la discriminación estuvo referida esencialmente a la expropiación de sus bienes en el territorio de los Estados receptores. Al respecto, véanse el capítulo 2 de este trabajo y la siguiente bibliografía: Herz, J. H., *Expropriation of Foreign Property*, *The American Journal of International Law*, Vol. 35, 1941, p. 243; Friedman, S., *Expropriation in International Law*, London: Stevens, 1953, p. 189-193; White, Gillian, *The Nationalization of Foreign Property*, London: Stevens, 1961, cap. 6. En términos más generales, véase: Shigeru Oda, *The Individual in International Law*, en Sorensen, M., (ed.), *Manual of Public International Law*, London, Melbourne, Toronto, New York: Macmillan, 1968, p. 486.

<sup>219</sup> Para una discusión sobre la historia de la redacción del Convenio de la Sociedad de Naciones y los esfuerzos infructuosos por incluir disposiciones sobre la igualdad racial y religiosa, véase McKean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 14-26.

manera diferente, según las necesidades propias de sus distintas situaciones. De este modo, se garantizaron los derechos lingüísticos de los grupos, la separación de las instituciones educativas y religiosas, una participación equitativa en los fondos públicos y el respeto de los feriados religiosos.<sup>220</sup> La igualdad conforme a la ley prohibía la discriminación de todo tipo, mientras que la igualdad de hecho debió ser tratada de otra forma con el fin de lograr el “equilibrio” entre quienes se encontraban en situaciones distintas.<sup>221</sup>

A partir de la Segunda Guerra Mundial, un cuerpo sustantivo de convenciones y prácticas de las Organizaciones Internacionales en contra de la discriminación ha evolucionado.<sup>222</sup> Esto ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo, infancia. Y en otros adicionales que incluyen la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno. La creación de las Naciones Unidas ha sido decisiva para esto. Al respecto, un delegado del Tercer Comité de la Asamblea General de Naciones Unidas afirmó en una ocasión que “la Organización de las Naciones Unidas se fundó principalmente para luchar contra la discriminación en el mundo”.<sup>223</sup> La ONU recalcó su compromiso con la lucha contra la discriminación en los mandatos que los Estados Miembros otorgaron a sus nuevos organismos:

La antigua Comisión de Derechos Humanos estaba encargada de la protección de las minorías y la prevención de la discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión.<sup>224</sup> El Consejo Económico y Social facultó a la Comisión para que creara una subcomisión sobre este tema, a saber, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.<sup>225</sup> El Consejo Económico y Social creó, asimismo, la Comisión

---

<sup>220</sup> En su primera Opinión Consultiva, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que, en virtud de los tratados sobre las minorías, debía existir tanto “la igualdad de hecho como una igualdad ostensible en el sentido de la ausencia de discriminación en el lenguaje de la ley”. CPJI, *Colonos de Origen Alemán en Polonia*, Opinión Consultiva de 10 de septiembre de 1923, Serie B, No. 6, p. 24.

<sup>221</sup> Al respecto, véanse: CPJI, *Escuelas Minoritarias en Albania*, Opinión Consultiva de 6 de abril de 1935, Serie A/B, No. 64, p. 19; *Tratamiento de nacionales polacos o de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzing*, Opinión Consultiva de 4 de febrero de 1932, Serie A/B, No. 44.

<sup>222</sup> Sobre estos desarrollos, véanse: Vierdag, E. W., *The Concept of Discrimination in International Law. With Special Reference to Human Rights*, La Haya: Nijhoff Publishers, 1973; McKean, Warwick, 1983, *op.cit.*, nota 219; Thornberry, Patrick, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 113-328; Greenberg, J., Race, Sex and Religious Discrimination in International Law, en Meron, Theodor, (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Vol. 2, Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 307-43; Bernhardt, R., *Völkerrechtliche Verbot der Diskriminierung von Individuen*, en Jekewitz, J., et al., (eds.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Karl Josef Parisch zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker and Humblot, 1989, p. 97-102; entre otros.

<sup>223</sup> UN Doc. A/C.3/SR 100, p. 7, citado en McKean, Warwick, 1983, *op.cit.*, nota 219, p. 177.

<sup>224</sup> ONU, *Informe del Comité Ejecutivo a la Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas*, UN doc PC/EX/113/rev. 1, 12 de noviembre de 1945, p. 52-3.

<sup>225</sup> Durante sus primeros años, la Subcomisión asumió el compromiso de estudiar la discriminación en la educación, ocupación y el empleo, derechos políticos y religiosos, residencia, y libertad de movimiento. Al respecto, véanse: Ammoun, C. D., *Study of Discrimination in Education*, E/CN.4/Sub.2/181/rev. 1, 1956; Krishnaswami, A., *Study of Discrimination in Respect of Religious Rights*, E/CN.4/Sub.2/200/rev. 1, 1959; Santa Cruz, H., *Study of Discrimination in Respect of Political Rights*, E/CN.4/Sub.2/213/rev. 1, 1961 y E/CN.4/Sub.2/370, 1976; Ingles, J. D., *Study of discrimination in Respect of the Right of Everyone to Leave any Country, including his own, and to Return to his own County*, E/Cn.4/Sub.2/220, 1960; Saario, V. V., *Study of Discrimination against Persons born out of Wedlock*, E/Cn.4/Sub.2/265, 1966; Santa Cruz, H., *Study*

de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para promover la igualdad entre hombres y mujeres, sin distinción por motivos de nacionalidad, raza, idioma ni religión, con el fin adicional de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer en el derecho y en la práctica.<sup>226</sup>

La Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) son instrumentos claves para entender los desarrollos posteriores en la materia.

En cuanto a la Carta de las Naciones Unidas se refiere, varias de sus disposiciones hablan de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales “de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.<sup>227</sup> Sin embargo, tales disposiciones no establecen obligaciones inmediatas para los Estados Partes de garantizar u observar los derechos humanos, ni definen que se entiende por “derechos humanos y libertades fundamentales”. En cambio, imponen la vaga obligación de promover “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), y tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para alcanzar este objetivo (art. 56). De este modo, la única obligación que no deja lugar a dudas es la de no incurrir en discriminación.<sup>228</sup> Como afirma Humphrey, la no discriminación, al igual que los derechos humanos, está presente en toda la Carta de las Naciones Unidas como “un hilo dorado”.<sup>229</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, por otro lado, elabora las disposiciones sobre derechos humanos de la Carta de las Naciones Unidas, así como la obligación impuesta por dicho instrumento sobre el respeto al principio de igualdad y no discriminación en el aseguramiento de los derechos humanos que reconoce. La DUDH puede ser considerada como “la Carta Magna de igualdad entre los seres humanos”.<sup>230</sup> No sólo el artículo 2 proclama en términos generales que todos los derechos y las libertades enunciados en la Declaración pertenecen a toda persona “sin distinción alguna”, sino que otros de sus artículos desarrollan este principio con mayor detalle.<sup>231</sup> Así, el artículo 7

---

*of Racial Discrimination in the Political, Economic, Social and Cultural Spheres*, E/CN.4/Sub.2/288, 1968; Cobo, J. M., *Study of Discrimination against Indigenous Peoples*, E/CN.4/Sub.2/415.

<sup>226</sup> ECOSOC, Resolución 11(II) del 21 de junio de 1946. El mandato de la Comisión fue extendido en 1987 a través de la resolución 1987/22. En seguimiento a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, la Asamblea General ordenó a la Comisión integrar en sus programas un seguimiento de la Conferencia con revisiones periódicas de las áreas críticas de preocupación de la Plataforma de Acción y el desarrollo de su papel catalizador en la inclusión de una perspectiva de género en las actividades de las Naciones Unidas.

<sup>227</sup> Véanse los artículos 1.3, 13.1.b), 55.c), 56, 59, 76.c) y 62.2 de la Carta. También consúltese la sección 4.1 del capítulo 4 de este trabajo.

<sup>228</sup> Buergenthal, Thomas, *The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights*, *Human Right Quarterly*, Vol. 19, 1997, p. 707.

<sup>229</sup> Humphrey, John P., *Preventing Discrimination and Positive Protection for Minorities: Aspects of International Law*, *Les Cahier de Droit*, Vol. 27, 1986, p. 23, 27.

<sup>230</sup> Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 118-119.

<sup>231</sup> Véanse el Preámbulo que proclama la dignidad inherente y la igualdad de todos los seres humanos y los artículos 1 (todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos), 7 (todos son iguales ante la ley), 16 (igualdad de hombres y mujeres en el derecho a casarse y fundar una familia), 23 (toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual) y 26 (la educación tendrá por objeto

señala tajantemente que “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”. De sus treinta artículos, algunos se refieren de un modo u otro al principio de igualdad y no discriminación y el resto se refiere a él al estar elaborados con un lenguaje inclusivo (“toda”, “todos”, etc.).<sup>232</sup>

Es tal la importancia del principio de igualdad y no discriminación que numerosos instrumentos internacionales generales de derechos humanos, universales y regionales, contienen una cláusula de aplicación general que prohíbe expresamente la discriminación: los Pactos de Nueva York de 1966, los convenios regionales de derechos humanos, así como los instrumentos de derechos humanos que protegen a grupos específicos de personas.<sup>233</sup> Como ha señalado Vierdag, cuando las cláusulas de no discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un elenco de las referidas bases ilegítimas, lo que realmente pretenden con esto es eliminar toda una estructura social discriminatoria, teniendo en vista los distintos elementos componentes.<sup>234</sup> Además, cabe recordar que todos los tratados sobre derechos humanos que permiten que los Estados suspendan derechos en caso de emergencia nacional incluyen un requisito de no discriminación en las disposiciones pertinentes. El PIDCP, por ejemplo, establece que cualquier medida impuesta por un Estado, luego de proclamar oficialmente la existencia de una situación excepcional basándose en la notificación de su derogación, “no entrañe discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (art. 4).

Asimismo, se han adoptado instrumentos internacionales especializados en materia de discriminación: la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960;<sup>235</sup> la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las

---

el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales). También consúltese la sección 4.2.1 del capítulo 4 de este trabajo.

<sup>232</sup> Véanse, por ejemplo: Artículo 1. “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]*”; Artículo 2. “*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 [...]*”; Artículo 4. “*Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas*”.

<sup>233</sup> Véanse, por ejemplo: PIDCP, artículos 2.1 y 26; PIDESC, artículos 2 y 3; CoEDH, artículos 1.1 y 14 y 1 del Protocolo No. 12; CADH, artículos 1.1 y 24; CAfDH, artículos 2 y 3; CIDTM, artículos 1.1 y 7; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 5; Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, artículo 3.1; Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, artículo 3.1; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 3; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, artículo 3; Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y la Cooperación en Europa de 1975 (Acta Final de Helsinki), artículo VII; entre otros. Consúltense los capítulos 4 y 5 de este trabajo donde se abordan los instrumentos convencionales (relevantes al objeto de estudio de este trabajo), universales y regionales, de derechos humanos y sus disposiciones relativas al principio de no discriminación.

<sup>234</sup> Vierdag, E. W., 1973, *op.cit.*, nota 222, p. 129-130.

<sup>235</sup> Adoptada en París el 14 de diciembre de 1960. Entró en vigor el 22 de mayo de 1962. Véanse sus ratificaciones en: <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=12949&language=S&order=alpha>.

Formas de Discriminación Racial de 1965;<sup>236</sup> y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.<sup>237</sup> En el ámbito de la OIT destacan dos convenios: el Convenio No. 100, sobre igualdad de remuneración, de 1951<sup>238</sup> y el Convenio No. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958.<sup>239</sup> Otros instrumentos sobre la materia son: la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales de 1978;<sup>240</sup> el Protocolo para instituir una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios facultada para resolver las controversias a que pueda dar lugar la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1962;<sup>241</sup> la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981,<sup>242</sup> y la Declaración y Programa de acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo de 2001.<sup>243</sup>

Los desarrollos anteriores reflejan, por un lado, el consenso universal en prohibir la discriminación, y, por otro, el deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos debido a que ninguna característica particular de una persona, que la distinga de las demás, puede afectar el ejercicio de sus derechos humanos. Esto en virtud de que la discriminación ha sido el pretexto para la comisión de las mayores violaciones de los derechos humanos en contra de personas o grupos de personas diferentes en razón de su religión, sexo, clase social, raza, opinión, etc.

#### **6.4.2.2 El principio de igualdad ante la ley y no discriminación como norma de *jus cogens***

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación es la segunda norma que conforma el *jus cogens* laboral. La prohibición de la discriminación fue señalada por la CIJ como una norma que genera obligaciones *erga omnes* en el caso *Barcelona Traction*,<sup>244</sup> pero

---

<sup>236</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. A febrero de 2011, ha sido ratificada por 174 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en).

<sup>237</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. A marzo de 2011, ha sido ratificada por 186 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en).

<sup>238</sup> Adoptado en Ginebra el 29 de junio de 1951. Entró en vigor el 23 de mayo de 1953. A marzo de 2011, 168 Estados lo han ratificado. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C100>.

<sup>239</sup> Adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958. Entró en vigor el 15 de junio de 1960. A marzo de 2011, 169 Estados lo han ratificado. Información disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C111>.

<sup>240</sup> Aprobada y proclamada por la Conferencia General de la UNESCO, reunida en París en su vigésima reunión, el 27 de noviembre de 1978.

<sup>241</sup> Adoptado el 10 de diciembre de 1962 por la Conferencia General de la UNESCO. Entró en vigor el 24 de octubre de 1968.

<sup>242</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 en su Resolución 36/55.

<sup>243</sup> ONU, *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001, A/CONF.189/12.

<sup>244</sup> *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, op. cit., nota 34, párr. 34.

refiriéndose específicamente a la discriminación racial<sup>245</sup> debido a que esta modalidad es la que más se ha presentado y violaciones de derechos humanos ha provocado, hasta extremos como el *apartheid* y el genocidio.<sup>246</sup> No obstante, no se debe interpretar que en la evolución actual del Derecho Internacional las demás modalidades discriminatorias están excluidas del ámbito de las normas imperativas. La normativa y la jurisprudencia internacionales han evolucionado y han confirmado que no es válido ningún tipo de discriminación y que la prohibición de la discriminación y el derecho de igualdad ante la ley, como un todo, constituye una norma de *jus cogens*. Al respecto, destacan los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales que apuntan en este sentido:

a) *Corte Internacional de Justicia*

En el ámbito de la CIJ destaca, por un lado, la opinión disidente del Juez Tanaka en los *Casos de África del Sudoeste (1966)*, en la cual discutió a detalle la prohibición de la discriminación racial. El punto de inicio de su razonamiento fue que los derechos derivan del concepto del ser humano como persona. Los Estados no crean derechos humanos, sólo confirman su existencia. Entonces, los derechos humanos existen independientemente de la voluntad de los Estados. Para apoyar su argumento, el Juez Tanaka se refirió al pasaje de la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la Convención del Genocidio, en la cual afirmó que los principios que subyacen a la Convención son vinculantes para los Estados “incluso sin ninguna obligación convencional”.<sup>247</sup> De este argumento, el Juez Tanaka concluyó que los Estados que no reconocen el principio de protección de los derechos humanos, o que incluso niegan su existencia, están de cualquier forma sujetos a él.<sup>248</sup> Sobre esta base, señaló que la discriminación racial, la cual “en si misma es contraria al principio de igualdad entre los seres humanos, está sujeta a una prohibición oponible a todos los Estados”.<sup>249</sup> Y que “el principio de no discriminación o no separación por motivo de raza se ha transformado en una norma del Derecho Internacional consuetudinario”.<sup>250</sup>

Por otro lado, está la Opinión Consultiva de la CIJ sobre *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad (1971)*, en la cual la CIJ señaló que Sudáfrica, como antiguo mandatario de África del Sudoeste, estaba obligado a respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas sin incurrir en

---

<sup>245</sup> Sobre la prohibición de la discriminación racial en el Derecho Internacional, véanse: Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, 1980, *op.cit.*, nota 109, p. 569-611; Ténékidès, Georges, L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale, *Recueil des Cours*, Vol. 168 No. III, 1980, p. 269-487; Banton, Michael, *International Action Against Racial Discrimination*, Oxford: Clarendon Press, 1996; Henkin, L., National and International Perspectives in Racial Discrimination, *Human Rights Journal*, Vol. 4, 1971, p. 263-9; Schachter, O., How Effective are Measures against Racial Discrimination? *Human Rights Journal*, Vol. 4, 1971, p. 293-310; entre otros.

<sup>246</sup> En este sentido, por ejemplo, véase: Reisman, W. M., Responses to Crimes of Discrimination and Genocide: An Appraisal of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 1, 1971, p. 29-64.

<sup>247</sup> *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, *op.cit.*, nota 33, p. 23.

<sup>248</sup> *Casos de África del Sudoeste (Etiopía vs. Sudáfrica, Liberia vs. Sudáfrica)*, Opinión disidente del Juez Tanaka, *op.cit.*, nota 48, p. 298.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 313-316.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 293.



discriminación racial alguna, así como que una política en contrario sería una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>251</sup>

*b) Comisión Europea de Derechos Humanos*

En el ámbito europeo destaca la decisión de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Asiáticos del África Oriental vs. Reino Unido (1973)*, en el cual sostuvo que algunas formas de discriminación pueden ser constitutivas de tratos degradantes. Al respecto señaló: “La Comisión recuerda [...] que, como se reconoce generalmente, debe asignarse especial importancia a la discriminación racial; que segregar públicamente a un grupo de personas para que otro grupo le de un trato distinto por motivo de su raza podría, en consecuencia, constituir un trato degradante en circunstancias que el trato distinto fundado en otros motivos no plantearía tal cuestión”.<sup>252</sup> La Comisión estableció que la legislación de inmigración en cuestión sometía a los postulantes a una discriminación racial que se traducía en un trato degradante.

*c) Comité de Derechos Humanos*

Los órganos de derechos humanos han seguido la tendencia de ampliar la noción de *jus cogens* conforme ha ido evolucionando el Derecho Internacional. Así, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General no. 29, amplió la noción de *jus cogens* más allá de los derechos que se consideran tradicionalmente como inderogables. Al respecto, señaló:

“La enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de Derecho Internacional. El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7). Sin embargo, es evidente que en la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de Derecho Internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”.<sup>253</sup>

*d) Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La CIDH realizó por primera vez la categorización del principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens* en su Opinión Consultiva 18/2003, ‘Situación

---

<sup>251</sup> *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, op.cit.*, nota 35, párr. 131.

<sup>252</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Asiáticos del África Oriental vs. Reino Unido*, demanda no. 4403/70, decisión de 14 de diciembre de 1973, párr. 207.

<sup>253</sup> *Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, op.cit.*, nota 79, párr. 11.

*jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*'. La Corte argumentó que si bien el concepto de *jus cogens* ha estado ligado en sus orígenes particularmente al derecho de los tratados, en su evolución y por su propia definición, no se ha limitado a éste. Por el contrario, se ha ampliado y ha alcanzado también el Derecho Internacional general, abarcando todos los actos jurídicos.<sup>254</sup> La Corte dio tres argumentos para categorizar al principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*:

Primero, porque que dicho principio es una norma del Derecho Internacional general. Lo localizó en una variedad de tratados y otros instrumentos y señaló que ello es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.<sup>255</sup> La omnipresencia de las obligaciones contraídas en los tratados en cuanto a la no discriminación, la igualdad de derechos, la igualdad ante la ley en conjunto con las leyes y prácticas nacionales, proporcionan evidencia adecuada de que una norma de no discriminación, en cuanto al respeto y observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, actualmente se considera parte del corpus de la costumbre internacional.<sup>256</sup> La doctrina contemporánea concuerda en considerar al principio de la igualdad y no discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>257</sup> y como un elemento integrante del Derecho Internacional general.<sup>258</sup> Al fin y al cabo "la normativa del Derecho Internacional debe, por definición, ser la misma para todos los sujetos de la Comunidad Internacional".<sup>259</sup>

Segundo, porque el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho Internacional como en el interno.<sup>260</sup> Como ha señalado la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos: "el derecho a la igualdad es muy importante debido [a

---

<sup>254</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, párr. 98-99.

<sup>255</sup> *Ibidem*, párr. 86.

<sup>256</sup> Meron, Theodor, The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *The American Journal of International Law*, Vol. 79, 1985, p. 283. Meron cita el *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (Revised) sec. 702, el cual se refiere a la prohibición de la discriminación racial como norma del Derecho Internacional consuetudinario.

<sup>257</sup> Eide, A., Opsahl, T., *Equality and Non-Discrimination*, Oslo: Norwegian Institute of Human Rights, 1990, p. 4. Para un estudio general, véase: Bossuyt, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruselas: Bruylant, 1976, p. 1-240. Véase un estudio sobre la jurisprudencia internacional al respecto en: Trindade, A.A. Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre, Brasil: S.A. Fabris Ed., 1999, p. 76-82.

<sup>258</sup> Dinstein, Y., Discrimination and International Human Rights, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 15, 1985, p. 11, 27.

<sup>259</sup> Mosler, H., To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?, en Interuniversitair Instituut Voor Internationaal Recht, *International Law and the Grotian Heritage (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius)*, La Haya: T.M.C. Asser Institute, 1985, p. 184.

<sup>260</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, párr. 88.

que] la igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos”.<sup>261</sup>

El principio de igualdad y no discriminación juega un papel esencial en el aseguramiento de los derechos humanos a todas las personas: de su respeto depende su ejercicio universal. Hay que recordar que la característica principal de estos derechos humanos, y que los distingue de otros, es precisamente su universalidad, pues son inherentes a todas las personas en virtud de su humanidad.<sup>262</sup> Así pues, el derecho de no padecer la discriminación y de gozar de la igualdad en el ejercicio de los derechos se ha denominado “el derecho humano más fundamental: [...] el punto de partida de las demás libertades”.<sup>263</sup> Como Shestack ha observado, la igualdad y la no discriminación “son fundamentales para el movimiento por los derechos humanos”.<sup>264</sup>

Tercero, porque los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna:

a) La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales y ha sido desarrollada por la jurisprudencia internacional. Con el fin de cumplirla, los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que lo restrinjan o vulneren.<sup>265</sup> La Corte recordó que esta obligación tiene su razón de ser en que los derechos humanos se derivan de la dignidad humana y son superiores al poder del Estado. De hecho, esta obligación se encuentra intrínsecamente ligada con el derecho a una protección igualitaria ante la ley que, a su vez, se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.<sup>266</sup>

b) Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación: los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.<sup>267</sup> Para los Estados esto implica no introducir en su ordenamiento

---

<sup>261</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Fundación de Recursos Legales vs. Zambia*, Comunicación No. 211/98, decisión tomada en la 29ª sesión ordinaria, 23 de abril – 7 de mayo de 2001, párr. 63.

<sup>262</sup> Sobre la universalidad de los derechos humanos véanse: Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 297 y ss.; Campoy Cervera, Ignacio, (ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid: Dykinson, 2006; Sajó, Andrés, (ed.), *Human Rights with Modesty. The problem of universalism*, Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, entre otros.

<sup>263</sup> Lauterpacht, H., *An International Bill of the Rights of Man*, New York: Columbia University Press, 1945, p. 115.

<sup>264</sup> Shestack, Jerome, The Jurisprudence of Human Rights, en Meron, Theodor, (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Vol. 1, Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 101.

<sup>265</sup> *Ibidem*, párr. 72-81.

<sup>266</sup> CIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párr. 45; *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, párr. 55.

<sup>267</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, párr. 85.

jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y combatir las prácticas discriminatorias.<sup>268</sup> Es decir:

i. Abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.<sup>269</sup>

ii. Adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.<sup>270</sup>

iii. Establecer distinciones objetivas y razonables, *sólo* cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.<sup>271</sup>

iv. Asegurar en su ordenamiento jurídico interno que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.<sup>272</sup> De este modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.<sup>273</sup> Como ha señalado la CIDH en otras ocasiones:

“[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”.<sup>274</sup>

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, párr. 88.

<sup>269</sup> *Ibidem*, párr. 103.

<sup>270</sup> *Ibidem*, párr. 104.

<sup>271</sup> *Ibidem*, párr. 105.

<sup>272</sup> *Ibidem*, párr. 107.

<sup>273</sup> *Ibidem*, párr. 109.

<sup>274</sup> CIDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74, párr. 136 y 137; *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2,*

c) Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas.<sup>275</sup>

d) El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos le genera responsabilidad internacional. Y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.<sup>276</sup>

Dados los razonamientos anteriores, la Corte afirmó que se puede considerar que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es una norma de *jus cogens*, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.<sup>277</sup>

Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer al dominio del *jus cogens*. Dicho principio, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.<sup>278</sup>

Asimismo, anotó que el referido principio es una norma imperativa del Derecho Internacional general y ha ingresado al dominio del *jus cogens* en virtud de 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.<sup>279</sup>

De este modo, y toda vez que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones,

---

25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

<sup>275</sup> Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *op.cit.*, nota 66, párr. 109.

<sup>276</sup> *Ibidem*, párr. 85, 96, 106.

<sup>277</sup> *Ibidem*, párr. 100.

<sup>278</sup> *Ibidem*, párr. 110.

<sup>279</sup> *Ibidem*, párr. 101.

relacionada con la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, la CIDH consideró evidente que todos los Estados, como miembros de la Comunidad Internacional, deben cumplir con esa obligación sin discriminación alguna, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional.

Cabe señalar que la CIDH ha reafirmado en su jurisprudencia posterior y en su faceta contenciosa el criterio sostenido en la Opinión 18/2003. En los casos *Yatama v. Nicaragua*,<sup>280</sup> *Acosta Calderón v. Ecuador*<sup>281</sup> y *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*,<sup>282</sup> los tres del año 2005, corroboró el carácter imperativo del derecho a la igualdad y no discriminación. Así, en palabras del Juez Trindade:

“El reconocimiento judicial del carácter de *jus cogens* del principio básico de la igualdad y no discriminación se manifiesta hoy día en la jurisprudencia no sólo en materia consultiva, sino también -como lo atesta la presente Sentencia en el caso *Yatama*- en materia contenciosa de esta Corte, rindiendo así un aporte positivo y de vanguardia al desarrollo de las bases del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.<sup>283</sup>

Aún más, en su jurisprudencia, la CIDH ha tendido gradualmente a ampliar el abanico de normas protectoras de los derechos humanos con carácter de *jus cogens*. Por ejemplo, desde 1987, en dos de sus primeras opiniones consultivas, señaló que las garantías judiciales que son esenciales para la salvaguardia de los derechos humanos forman parte también de ese núcleo duro de derechos no susceptibles de suspensión o derogación bajo ninguna circunstancia.<sup>284</sup> Y, más recientemente, además del pronunciamiento sobre el carácter imperativo del principio de igualdad y no discriminación (2003), en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*<sup>285</sup> (2006) otorgó el carácter de norma imperativa al derecho de acceso a la justicia, criterio que confirmó en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*<sup>286</sup> y que, por

---

<sup>280</sup> CIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 127, párr. 184-185. También véase el voto razonado del Juez Trindade de este caso, párr. 6-9.

<sup>281</sup> CIDH, *Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de Junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 129, Voto razonado del Juez Trindade, párr. 3-4.

<sup>282</sup> CIDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, No. 130, párr. 141, 145, 155-156. También véase el voto razonado del Juez Trindade de este caso, párr. 14.

<sup>283</sup> *Yatama vs. Nicaragua*, *op.cit.*, nota 280, Voto razonado del Juez Trindade, párr. 9.

<sup>284</sup> CIDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8, párr. 43 y 44; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, *op.cit.*, nota 274, párr. 41.

<sup>285</sup> CIDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 153, párr. 131. También véase el voto razonado del Juez Trindade de ese caso, párr. 62-68, en especial los párr. 67-68.

<sup>286</sup> CIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154, párr. 152. También véase el voto razonado del Juez Trindade de ese caso, párr. 17-25, en especial los párr. 19-20.

cierto, ya venía sosteniendo el Juez Trindade en diversos votos razonados, por ejemplo en el relativo al caso *López Álvarez vs. Honduras*.<sup>287</sup>

En resumen, se puede afirmar que el principio de igualdad ante la ley no discriminación comparte el mismo carácter imperativo que las normas que originan obligaciones *erga omnes*, listadas por la CIJ en su sentencia del *Asunto Barcelona Traction*. Esto tiene como consecuencia legal que debe ser respetado por todos los Estados, independientemente de las obligaciones internacionales que éstos hayan asumido, aún en el caso en el cual hubiesen mantenido una práctica objetando la consolidación de dicho derecho como una norma de Derecho Internacional general. Así, todas las personas tienen derecho a recibir un tratamiento no discriminatorio y a gozar del ejercicio de sus libertades y derechos en condiciones de igualdad sin importar sus características particulares, tales como el estatus migratorio.

### 6.4.2.3 Definición de discriminación

Existen sólo cuatro tratados de derechos humanos que contienen definiciones explícitas de discriminación. Específicamente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 establece:

“En la presente Convención la expresión 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” (art. 1.1).<sup>288</sup>

De manera similar, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 señala:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1).

El Convenio No. 111 de la OIT, relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, de 1958 afirma:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados” (art. 1.1).

---

<sup>287</sup> CIDH, *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 141, Voto razonado del Juez Trindade, párr. 53-55.

<sup>288</sup> Abúndese sobre el alcance de esta definición en: Meron, Theodor, 1985, *op.cit.*, nota 256.

Y la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960 indica:

“1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana” (art. 1.1).

Como se aprecia, los respectivos artículos establecen que, para los fines de cada convenio, el término discriminación significa cualquier distinción, exclusión o restricción cuyo efecto o propósito perjudica o anula el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos en forma igualitaria en la esfera política, económica, social y cultural o cualquier otro ámbito.

Adicionalmente, destacan tres pronunciamientos jurisprudenciales que ayudan a esclarecer qué debe entenderse por discriminación:

En el ámbito europeo, la CEDH<sup>289</sup> ha definido la discriminación como la desigualdad de naturaleza arbitraria, o bien como distinciones que carecen de una justificación objetiva y razonable o que tienen un carácter desproporcionado.<sup>290</sup> En el caso *Thlimmenos vs. Grecia* la Corte adujo que también hay discriminación “cuando los Estados, sin mediar una justificación objetiva y razonable, no tratan en forma distinta a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes”.<sup>291</sup>

En el ámbito americano, la CIDH ha entendido por discriminación “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.<sup>292</sup> Y ha manifestado que:

“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*

---

<sup>289</sup> Sobre el principio de no discriminación en las decisiones de la CEDH, véanse: Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester: Manchester University Press, 1988, p. 152-159; Partsch, K. J., Discrimination, en Macdonald, R. St. J., Matscher, F., (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Kluwer Law International, 1993, p. 571-92.

<sup>290</sup> CEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica vs. Bélgica*, demandas no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10.

<sup>291</sup> CEDH, *Thlimmenos vs. Grecia*, demanda no. 34369/97, 6 de abril de 2000, párr. 44.

<sup>292</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op.cit., nota 66, párr. 84.



*diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza*”.<sup>293</sup>

Finalmente, el Comité de Derechos Humanos, que ha adoptado las definiciones de discriminación contempladas en las Convenciones contra la Discriminación Racial y referente a la Mujer, ha señalado que:

“Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como 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, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.<sup>294</sup>

En resumen, la discriminación generalmente es definida como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio en detrimento de los derechos humanos y su prohibición abarca tanto la totalidad de estos derechos en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio en el plano procesal. Incluye cualquier conducta basada en una distinción hecha por razones naturales o sociales que no tienen relación con las capacidades individuales, méritos o comportamientos particulares de las personas,<sup>295</sup> y es inadmisibles por violar los derechos humanos.

Por último, se debe señalar que la igualdad y la no discriminación representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio.<sup>296</sup> Como señaló el Juez R. E. Piza Escalante en su opinión separada en la Opinión Consultiva sobre la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización (1984)*: “parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad [...]”.<sup>297</sup>

Las definiciones de discriminación antes señaladas tienden a usar “igualdad”, o al menos “igualdad de trato”, como término intercambiable con “no discriminación”. El Convenio No. 111 de la OIT define la discriminación en términos de igualdad y viceversa. La CEDR

---

<sup>293</sup> *Condición jurídica y derechos humanos del niño, op.cit.*, nota 266; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op.cit.*, nota 66, párr. 45; *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, op.cit.*, nota 266, párr. 55.

<sup>294</sup> Comité de Derechos Humanos, *No Discriminación*, Observación General No. 18, 10 de noviembre de 1989, 37º período de sesiones, 1989, 37º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 7.

<sup>295</sup> ONU, *Los principales tipos y causas de discriminación*, E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, 1949.

<sup>296</sup> Apoyan esta opinión: Fawcett, J. F. S., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 239; Van Dyke, Vernon, *Human Rights Without Discrimination, The American Political Science Review*, Vol. 67, No. 4, 1973, p. 1270; Ramcharan, B. G., Henkin, Louis, (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 252; McKean, Warwick, 1983, *op.cit.*, nota 219, p. 288; Dinstein, Y., 1985, *op.cit.*, nota XX, p. 11; Bayefsky, Anne F., *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990, p. 1; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op. cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez Salgado Pesantes, párr. 2; entre otros.

<sup>297</sup> *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, op.cit.*, nota 266, Opinión separada del Juez R. E. Piza Escalante, párr. 10.

y la CEDM definen la discriminación en términos de tener una misma base con respecto al goce de derechos y libertades. Además, el Convenio No. 100 de la OIT sobre Igualdad de Remuneración de 1953 define igualdad de remuneraciones en el artículo 1.b) como: “La expresión ‘*igualdad* de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor’ *designa* las tasas de remuneración fijadas *sin discriminación* en cuanto al sexo”.

#### 6.4.2.4 Alcance del principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación no debe ser interpretado como que requiere una igualdad absoluta de trato entre todos los seres humanos. Esto iría en contra de las diversas cualidades que distinguen a una persona de la otra y de las diferentes condiciones sobre las que la gente opera. Por ello, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación requiere cierta medida de proporcionalidad. Esta idea se resume en que, en principio, la no discriminación como parte de una justicia distributiva implica tratar equitativamente a los que están en situación de igualdad y dar un trato no igualitario a quienes se encuentran en una situación de desigualdad, en proporción con dicha desigualdad.<sup>298</sup>

Como señaló el Juez Tanaka:

“El principio de la igualdad ante la ley no significa igualdad absoluta, a saber, el trato igual de los hombres sin considerar las circunstancias individuales y concretas, pero significa igualdad relativa, es decir, el principio de tratar igualmente lo que es igual y desigualmente lo que es desigual [...] Tratar las materias desiguales en forma diferente de acuerdo con su desigualdad no sólo está permitido sino que es necesario”.<sup>299</sup>

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que: “[...] el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”.<sup>300</sup>

Las acciones afirmativas en favor de individuos o grupos que han sido objeto de discriminación es una forma de reconocer la desigualdad. Así, por ejemplo, el artículo 4.1 de la CEDM permite la adopción por los Estados Partes de medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad. Al respecto señala:

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter *temporal* encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

---

<sup>298</sup> Esta idea puede ser rastreada desde la filosofía clásica. En este sentido, véase: Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 8ª ed., edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías, introducción y notas de Julián Marías, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, Libro V, De la Justicia.

<sup>299</sup> *Casos de África del Sudoeste (Etiopía vs. Sudáfrica, Liberia vs. Sudáfrica)*, Opinión disidente del Juez Tanaka, *op.cit.*, nota 48, p. 303, 306.

<sup>300</sup> *No discriminación*, *op.cit.*, nota 294, párr. 8.

En consecuencia, las acciones positivas suelen ser limitadas en términos de su duración y alcance para hacer frente a las desventajas específicas que padecen ya sea una persona o un grupo.

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto en diversos contextos. Así, en su Observación General No. 4, *Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos (artículo 3)*, manifestó que “[...] el artículo 3 -así como el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 en la medida en que éstos tratan principalmente de la prevención de la discriminación por varios motivos, uno de los cuales es el sexo- requiere, no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos [...]”.<sup>301</sup> De igual modo, en su Observación General No. 18, *No Discriminación*, reconoció la necesidad de “disposiciones positivas [...] para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”.<sup>302</sup> Y en su Observación General No. 23, *Artículo 27 - Derecho de las minorías*, admitió que los derechos de las minorías protegidos por el artículo 27 son derechos individuales. Sin embargo, destacó que “[...] puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo”.<sup>303</sup>

En resumen, las medidas temporales de trato preferencial dirigidas a las mujeres o a ciertos individuos o grupos raciales y étnicos desfavorecidos no se consideran discriminatorias si su único propósito es garantizar el progreso hacia la igualdad.<sup>304</sup> La implementación de este tipo de medidas se hace sumamente necesaria no sólo porque estas personas forman parte de un grupo humano desfavorecido, sino también porque buena parte de las veces pertenecen a más de uno de estos grupos, lo cual incrementa su situación de discriminación. Esto ha sido reconocido en instrumentos internacionales recientes, por ejemplo, en la Declaración de Durban y Programa de Acción de 2001 se señaló que la discriminación racial puede verse agravada por múltiples formas de discriminación basadas en otros motivos, tales como el sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social, posición económica o de nacimiento o cualquier otra condición.<sup>305</sup>

De este modo, el pleno respeto al derecho a la igualdad y no discriminación no significa que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos adopte una filosofía simplista del igualitarismo sino que, por el contrario, es el reconocimiento de que todos somos diferentes

---

<sup>301</sup> Comité de Derechos Humanos, *Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos (artículo 3)*, Observación general No. 4, 13º período de sesiones, 30 de julio 1981, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), párr. 2. Esto ha sido reafirmado por el Comité en la versión actualizada de esta observación: “El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también *medidas positivas* en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria”. *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, Observación general No. 28, 68º período de sesiones, 29 de marzo 2000, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), párr. 3.

<sup>302</sup> *No discriminación, op.cit.*, nota 294, párr. 10.

<sup>303</sup> Comité de Derechos Humanos, *Artículo 27 - Derecho de las minorías*, Observación general No. 23, 50º período de sesiones, 8 de abril de 1994, HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 6.2.

<sup>304</sup> Por ejemplo, véanse los artículos 1.4 de la CEDR y 4.2 de la CEDM.

<sup>305</sup> *Declaración de Durban y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia relacionada*, 2001, párr. 2.

lo que subyace al concepto de dignidad de las personas, que es lo que esencialmente se ocupa de proteger esta rama del Derecho Internacional.

La humanidad es tan diversa como el número de personas que la han integrado: cada persona es un individuo único en lo que se refiere a sus atributos y su capacidad, sus metas y habilidades. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce y celebra esta diversidad, intentando garantizar la existencia de las condiciones necesarias para que cada persona pueda ejercer su propia autodeterminación en la realización de sus metas y capacidades lo más plenamente posible, de manera coherente con la realización personal de las demás personas. Para lograr este fin, no hace hincapié en la diversidad sino en los atributos que comparten los seres humanos y la naturaleza intrínseca de los mismos. En consecuencia, todas las personas tienen los mismos derechos a la libertad de expresión, de aprendizaje, de pensamiento, de derecho a voto, de expresión de opiniones, de desempeño de cargos, de autonomía para contraer matrimonio y tener hijos y de escoger su propia religión. La integridad física y mental de cada persona está garantizada con el acceso equitativo a los servicios públicos, la atención médica, la justicia, la educación y el trabajo.<sup>306</sup>

En consecuencia, no se trata de que todas las personas sean tratadas de forma igual en todas las circunstancias, sino que, independientemente de sus diferencias, sean protegidas en el ejercicio de sus derechos humanos o fundamentales.<sup>307</sup> Por lo anterior, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación no debe ser interpretado de un modo dogmático; es decir, como si todas las diferencias de trato estuvieran prohibidas.<sup>308</sup> En repetidas ocasiones los tribunales internacionales han sostenido un enfoque flexible al respecto:

En su Opinión Consultiva sobre las *Escuelas Minoritarias en Albania (1935)*, la CPJI distinguió entre la igualdad de hecho y de derecho y concluyó que la desigualdad de hecho puede requerir un trato diferenciado para alcanzar un equilibrio entre distintas situaciones. Al respecto señaló:

“La igualdad de derecho excluye la discriminación de cualquier tipo; mientras que la igualdad de hecho puede involucrar la necesidad de un trato diferente con el fin de alcanzar un resultado que establezca un equilibrio entre situaciones diferentes. Es fácil imaginar casos en los que la igualdad de trato de la mayoría y de la minoría, cuya situación y necesidades son distintas, podría resultar en una desigualdad de hecho [...] La igualdad entre los miembros de la mayoría y de la minoría debe ser una igualdad efectiva y genuina [...]”<sup>309</sup>

De esta forma, la CIJ reconoció que el trato diferenciado es un medio necesario para alcanzar una igualdad real y que la no discriminación no es suficiente.

Otro pronunciamiento clásico al respecto es el de la Corte Europea de Derechos Humanos en el *Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica*, en el cual afirmó que:

---

<sup>306</sup> Shelton, Dinah, Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4, 2008, p. 15.

<sup>307</sup> Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 17-18.

<sup>308</sup> Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 121.

<sup>309</sup> *Escuelas Minoritarias en Albania*, *op.cit.*, nota 221, p. 19.

“el principio de igualdad de trato se viola cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr”.<sup>310</sup>

Los Estados Partes del CoEDH cuentan con un margen de apreciación, pero ciertas bases para la diferencia de trato pueden requerir de razones “particularmente graves” para su justificación.<sup>311</sup> Si el demandante comprueba que se ha hecho una distinción, es responsabilidad del Estado demostrar que la diferencia de trato se justifica en términos razonables y objetivos, a saber, que se persigue un fin legítimo y proporcional al mismo. Las distinciones razonables y aquellas diseñadas para fomentar más que para menoscabar la igualdad no son discriminatorias siempre que sean proporcionales al objetivo.

De esta forma, generalmente es aceptado que ciertas diferencias de trato son admisibles, siempre que: (a) tengan una justificación objetiva y razonable; esto es, que persigan una finalidad legítima; y (b) exista una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla.<sup>312</sup> Este criterio ha sido reiterado por la CEDH en diversas ocasiones,<sup>313</sup> y en casos posteriores lo ha refinado. Así, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, en el que la Corte se enfrentó al argumento de que un derecho de no discriminación no se aplicaba a las actividades que el CoEDH no obligaba a un gobierno a realizar, dictaminó que:

“El concepto de discriminación conforme al sentido del artículo 14 incluye, en general, los casos en que una persona o grupo es tratado, sin la debida justificación, de manera menos favorable que otro, aún cuando el trato más favorable no sea exigido por la Convención”.<sup>314</sup>

Esta opinión es consistente con el hecho de que el artículo 14 no constituye un derecho autónomo siempre que el trato caiga dentro del alcance de un derecho o libertad reconocido en el CoEDH.

Y en *Lithgow y otros vs. Reino Unido*, la CEDH señaló que el artículo 14 salvaguarda a personas (incluidas las personas jurídicas) que “se encuentran en situaciones análogas” de

---

<sup>310</sup> Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica vs. Bélgica, *op.cit.*, nota 290, párr. 10.

<sup>311</sup> *Idem*; Comisión Europea de Derechos Humanos, *Sindicato Nacional de la Policía belga vs. Bélgica*, demanda no. 4464/70, decisión de 27 de octubre de 1975; *The Sunday Times vs. Reino Unido*, demanda no. 6538/74, decisión de 26 de abril de 1979.

<sup>312</sup> Algunos autores que comparten este criterio son: McKean, Warwick, *The Meaning of Discrimination in International and Municipal Law*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 44, 1970, p. 177-192; Tomuschat, C., *Equality and non-discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights*, en Münch, I. Von, (ed.), *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, Berlin: De Gruyter, 1981, p. 712-716; entre otros.

<sup>313</sup> Véanse, por ejemplo: *Marckx vs. Bélgica*, demanda no. 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1979; *Willis vs. Reino Unido*, demanda no. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002, párr. 39; *Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*, demanda no. 34462/97, sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 46.

<sup>314</sup> CEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, demandas no. 9214/80, 9473/81, 9474/81, sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 82.

diferencias discriminatorias de trato.<sup>315</sup> En otras palabras, la discriminación implica otorgar un trato distinto a aquellos cuyas circunstancias son análogas en todos los demás sentidos.

En concordancia con los pronunciamientos anteriores, la CIDH ha señalado que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.<sup>316</sup> Se pueden establecer distinciones de trato con el fin de corregir inequidades de hecho entre las personas y, en consecuencia, proteger a quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentren. En este sentido, no habrá 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”.<sup>317</sup>

En conclusión, la distinción de trato se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetiva. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho fundamental no sólo debe buscar un fin legítimo, también debe establecer de manera clara que hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.

## 6.5 Eficacia jurídica de las normas de *jus cogens* en caso de violación

### 6.5.1 Violación de una norma de *jus cogens* por un tratado internacional y un acto unilateral estatal

En este apartado se analizará la efectividad de las normas de *jus cogens* ante violaciones por un tratado internacional que contenga disposiciones o fines que las contraríen y por un acto unilateral de un Estado, como una ley, una norma administrativa o una sentencia judicial.

#### a) Tratado internacional

Si una norma de *jus cogens* es violada por un tratado internacional que esté en oposición a ella, tendría como consecuencia su nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 53 de la CV69. No obstante, es difícil que los Estados celebren un tratado internacional que establezca deliberadamente entre sus disposiciones la esclavitud, la tortura, el genocidio o la discriminación. Como señala Meron:

---

<sup>315</sup> CEDH, *Lithgow y otros vs. Reino Unido*, demandas no. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, sentencia de 8 de julio de 1986, párr. 177.

<sup>316</sup> *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, op.cit., nota 266, párr. 46; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, op.cit., nota 266, párr. 56.

<sup>317</sup> *Ibidem*, párr. 46-47 y párr. 57, respectivamente.

“De hecho, los Estados no concluyen acuerdos para cometer torturas o genocidios o esclavizar pueblos. Algunos ejemplos comunes de *jus cogens* citados en la literatura legal son en realidad *hypotheses de école*. Por otra parte, los Estados no están inclinados a rebatir la absoluta ilegalidad de los actos prohibidos por el principio de *jus cogens*. Cuando dichos actos ocurren, los Estados lo niegan de hecho o justifican las violaciones de una manera sutil o con argumentos ingeniosos”.<sup>318</sup>

De esta forma, a primera vista puede parecer que las normas de *jus cogens* carecen de un efecto práctico sobre la validez de los acuerdos. Al respecto, Meron afirma: “mientras el principio de *jus cogens* tiene un valor moral y potencial, su importancia práctica inmediata para la validez de los acuerdos es limitada”.<sup>319</sup> No obstante, no se deben hacer conclusiones apresuradas al respecto. Como él mismo acepta “cuando se balancea un derecho humano que ha asumido el estatus de *jus cogens* contra otro derecho humano que no ha ganado tan elevado estatus, el concepto puede ser relevante”.<sup>320</sup> En el mismo sentido, Verhoeven apunta: “aunque deduciendo que la teoría del *jus cogens* no tiene una utilidad práctica en las relaciones internacionales, como ha sido algunas veces sugerido, es probable que esto sea ir demasiado lejos. No debería ser una sorpresa que tales normas permanezcan excepcionalmente”.<sup>321</sup>

#### *b) Acto unilateral de un Estado*

Los Estados están sometidos a las normas de *jus cogens*, por lo que se encuentran obligados a respetarlas tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional. Esta obligación de respetar las normas imperativas del Derecho Internacional en el ordenamiento nacional supone que los actos unilaterales de los Estados, como una legislación interna, un acto administrativo o una sentencia judicial, también se encuentran sometidos a ellas. Al respecto, abundan las posturas, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia internacional, que apoyan la eficacia de las normas de *jus cogens* sobre los actos unilaterales de los Estados que estén en contradicción con ellas.

La doctrina que afirma la prevalencia de las normas de *jus cogens* sobre los actos unilaterales de los Estados la justifica con diversos argumentos:

En primer lugar, se señala que la violación de una obligación internacional impuesta por una norma imperativa puede darse tanto por medio de un tratado internacional como de un acto unilateral estatal. Al respecto, Meron afirma que: “los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre el artículo 50 [artículo 53] establecieron que la no derogación de una norma de *jus cogens* está permitida ‘incluso’ por acuerdos entre Estados, sugiriendo así que su alcance más allá del derecho de los tratados fue contemplado”.<sup>322</sup> Por su parte, Gaja señala que “una posible violación de una obligación impuesta por una norma

---

<sup>318</sup> Meron, Theodor, 1986, *op.cit.*, nota 128, p. 190-191. En el mismo sentido, véanse: Pastor Ridruejo, José Antonio, 1979, *op.cit.*, nota 139, p. 582; Gaja, Giorgio, 1981, *op.cit.*, nota 7, p. 279.

<sup>319</sup> Meron, Theodor, 1986, *op.cit.*, nota 128, p. 190-191.

<sup>320</sup> *Ídem*.

<sup>321</sup> Verhoeven, Joe, *Jus Cogens and reservations or “counter reservations” to the Jurisdiction of the International Court of Justice*, en Wellers, Karel, (ed.), *International Law: Theory and Practice*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 196.

<sup>322</sup> Meron, Theodor, 2003, *op.cit.*, nota 98, p. 421.

imperativa parece ser aplicable de la misma forma a los tratados y a los actos unilaterales”.<sup>323</sup>

Saulle, por otro lado, anota que: “[...] los órganos estatales competentes deben ajustar su conducta hacia las reglas del Derecho Internacional y ajustar entonces -modificando los escalones de acuerdo con cada sistema legal- la legislación nacional con el *jus cogens* de los derechos humanos. Obviamente, una verificación de cumplimiento de las normas puede requerir una investigación de la conducta de los órganos estatales y la existencia de regulaciones en el sistema legal estatal para descubrir si o no los derechos humanos han sido violados”.<sup>324</sup> Y el profesor Mariño manifiesta que: “una norma de *ius cogens* internacional general también exige, en abstracto, ser hecha prevalecer sobre cualquier norma de Derecho interno contraria a ella, incluso si pertenece a la Constitución estatal”.<sup>325</sup>

En segundo lugar, se advierte que no se puede argumentar que la violación de una norma de *jus cogens* desaparece por la supuesta “validez” del acto unilateral del Estado.<sup>326</sup> Por lo que, en principio, los Estados no son inmunes por su jurisdicción nacional para contravenir una norma imperativa a través de un acto unilateral.<sup>327</sup> Al respecto, Cassese señala:

“las normas imperativas [...] pueden eliminar tal inmunidad [de la jurisdicción de los Estados extranjeros]. El juez Wald, un miembro de la Corte Federal de Apelaciones norteamericana, argumentó convincentemente en su Opinión Disidente en *Princz vs. la República Federal de Alemania* que ‘un Estado nunca es titular de una inmunidad de cualquier acto que contravenga a una norma de *jus cogens*, sin importar donde o en contra de quien fueron perpetrados esos actos’. También, como el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia señaló en *Furundzija*, las normas imperativas pueden producir efectos legales ‘en el nivel del derecho local’: deslegitiman cualquier acto legislativo o administrativo autorizando la conducta prohibida. Consecuentemente, medidas nacionales (incluyendo leyes nacionales otorgando amnistía a los autores de conductas prohibidas) pueden no ser acordes con el reconocimiento legal internacional [...] Es interesante resaltar que los tribunales españoles también han tomado recientemente esta posición conforme a las normas de amnistía, las cuales han señalado como inaplicables por estar en contra del *ius cogens* (Casos Scilingo y Pinochet)”.<sup>328</sup>

En tercer lugar, las normas imperativas, al imponer obligaciones *erga omnes*, prevalecen sobre la normativa nacional y su incumplimiento genera la responsabilidad internacional del Estado infractor. Como señala el profesor Mariño:

“Si no fuera hecha prevalecer [una norma de *jus cogens*] por un Estado en un determinado conflicto entre normas, aquél incurriría en la correspondiente responsabilidad internacional que sería invocable por los procedimientos regidos por el propio Derecho Internacional. Así, puesto que todas y cada una de esas normas imperativas imponen obligaciones *erga omnes*, es decir obligaciones frente a la Comunidad internacional cuyo cumplimiento puede ser exigido por todos los sujetos de su ordenamiento y en particular por todos los

---

<sup>323</sup> Gaja, Giorgio, 1981, *op.cit.*, nota 7, p. 295.

<sup>324</sup> Saulle, Maria Rita, *Jus Cogens and Human Rights*, en VV.AA., *Le droit international à l'heure de sa codification; études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. 2, Milan: Giuffré, 1987, p. 395.

<sup>325</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005 (a), *op.cit.*, nota 5, p. 827.

<sup>326</sup> Gaja, Giorgio, 1981, *op.cit.*, nota 7, p. 295.

<sup>327</sup> Cabe recordar, sin embargo, lo sostenido por la CEDH en el caso *Al Adsani vs. Reino Unido*. Al respecto, véase la sección 6.2.1.3, *supra*, de este capítulo.

<sup>328</sup> Cassese, Antonio, 2005, *op.cit.*, nota 124, p. 208.



Estados, también todos estos pueden invocar tal responsabilidad internacional y, en el supuesto de haber sido 'lesionados', exigir una reparación plena".<sup>329</sup>

En el mismo sentido el Juez Trindade anota que:

"El concepto de *jus cogens* efectivamente no se limita al Derecho de los Tratados, y es igualmente propio del Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados. Los artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho. Entre los pasajes de dichos artículos y sus comentarios que se refieren expresamente al *jus cogens*, hay uno en que se afirma que "*various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties*". En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la Responsabilidad Internacional (quizás más que en el capítulo del Derecho de los Tratados), que el *jus cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un Derecho Internacional verdaderamente universal".<sup>330</sup>

En cuarto lugar, las normas imperativas constituyen el orden público internacional y no cabe que sus efectos se vean restringidos por actos unilaterales de los Estados. Al respecto, Suy manifiesta:

"Del ámbito de la ley internacional no solamente está excluida la conclusión de tratados contrarios a estos principios, sino que todo otro acto o acción cuyo objeto o fin no guarde conformidad con estos principios debe igualmente considerarse como desprovisto de todo efecto [...] Si existe un *jus cogens* internacional, debe, en efecto, tener necesariamente por efecto el de producir la nulidad de todo acto jurídico y de toda acción de los Estados por causa ilícita. Si un acuerdo no conforme a las normas de *jus cogens* se tiene por nulo es porque sus efectos son contrarios al orden público internacional. ¿Cómo podría entonces concebirse que este efecto no se extienda a todo acto o a toda acción jerárquicamente inferior a los tratados?"<sup>331</sup>

En el mismo sentido, el Juez Trindade apunta:

"[...] es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas imperativas del Derecho Internacional el no limitarlas a las normas convencionales, al Derecho de los Tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del *jus cogens*, más allá del Derecho de los Tratados, alcanza igualmente el Derecho Internacional general".<sup>332</sup>

La jurisprudencia internacional también ha considerado que las normas imperativas tienen predominancia sobre los actos unilaterales de los Estados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

"En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al Derecho de los Tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el Derecho Internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el Derecho de la Responsabilidad

---

<sup>329</sup> Mariño Menéndez, Fernando M., 2005 (a), *op.cit.*, nota 5, p. 827.

<sup>330</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez Trindade, párr. 70.

<sup>331</sup> Citado por Gómez Robledo, Antonio, 1982, *op.cit.*, nota 21, p. 211-212.

<sup>332</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez Trindade, párr. 68.

Internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”.<sup>333</sup>

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, analizando la naturaleza del *jus cogens* en la prohibición de la tortura, ha manifestado que las normas imperativas tienen efectos legales a nivel de derecho local y que sirven para deslegitimar cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que las contraríen. Y que “carecería de sentido argumentar, por un lado, la nulidad y la falta de efectos jurídicos *ab initio* de las normas internacionales convencionales o consuetudinarias que las contraríen y, por otro, hacer caso omiso de las acciones unilaterales de los Estados que autoricen tales actos o absuelvan a los infractores a través de una ley de amnistía”.<sup>334</sup>

De la misma forma, la Comisión de Derecho Internacional ha afirmado que “hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados”.<sup>335</sup>

De este modo, tenemos que los Estados están sometidos a las normas de *jus cogens* y están obligados a respetarlas tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional y no son inmunes por su jurisdicción nacional para contravenirlas.<sup>336</sup> Por ello, sus actos unilaterales, legislativos, administrativos o judiciales también se encuentran sometidos a ellas.

### **6.5.2 Procedimiento para declarar la nulidad de un tratado internacional y un acto unilateral de un Estado contrarios a una norma de *jus cogens***

#### *a) Tratado internacional*

El procedimiento para declarar la nulidad de un tratado internacional contrario a una norma de *jus cogens* está previsto en el artículo 65 de la CV69.

#### i. Estado facultado para invocar la nulidad del tratado en cuestión

El párrafo 1 del artículo 65 señala que:

“La *parte* que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que esta se funde”.

---

<sup>333</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op.cit.*, nota 66, párr. 99.

<sup>334</sup> *Fiscal vs. Anto Furundzija, op.cit.*, nota 54, párr. 155.

<sup>335</sup> CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, A/56/10, p. 216.

<sup>336</sup> Aunque, como ya se señaló, existe práctica en sentido contrario, tal y como evidencia el caso *Al Adsani vs. Reino Unido*. Sin embargo, este caso no debe tomarse como una generalización de que los Estados son inmunes por su jurisdicción nacional para contravenir las normas de *jus cogens*.

Como se advierte, a primera vista se puede interpretar que sólo los Estados que son partes en el tratado pueden solicitar la nulidad del instrumento internacional. Así opinan autores como Li: “sobre la cuestión de quien tiene el derecho para decir que un tratado está en conflicto con una norma de *jus cogens* del Derecho Internacional general y debe ser considerado inválido, el artículo 65 párrafo 1 de la Convención claramente señala que el derecho pertenece a las partes. Esto es un resultado natural del principio *pacta tertius nec nocent prosunt*”.<sup>337</sup> No obstante, esto no sería coherente con el hecho de que las normas de *jus cogens* imponen obligaciones *erga omnes*, las cuales son exigibles por la Comunidad Internacional en su conjunto. Por ello, si un tratado viola una norma imperativa todos los Estados que conforman la Comunidad Internacional, y no sólo los que son partes en el tratado, tienen interés jurídico para invocar su nulidad.

La afirmación anterior, sin embargo, no es aceptada del todo, ni por la doctrina ni por los tribunales internacionales. Por ejemplo, Ragazzi sostiene que el concepto de obligaciones *erga omnes* no implica necesariamente la existencia de una clase de *actio popularis*.<sup>338</sup> En el ámbito de la jurisprudencia internacional, la Corte Internacional de Justicia ha sido renuente a reconocer que el ordenamiento internacional establece una *actio popularis* a favor de los Estados. Así, en los *Casos de África del Sudoeste (1966)* señaló: “aunque un derecho de esta clase [*actio popularis*] puede ser conocido por determinados sistemas nacionales de derecho, esto no es conocido para el Derecho Internacional actualmente: ni la Corte es capaz de considerarlo como proveniente del ‘principio general del derecho’ referido en el artículo 38, párrafo 1.c) de su Estatuto”.<sup>339</sup> De manera similar, en el *Asunto Barcelona Traction* afirmó que:

“en el nivel universal, los instrumentos que incorporan los derechos humanos no confieren a los Estados la capacidad para proteger a las víctimas de violaciones de tales derechos con independencia si son sus nacionales. Es, por lo tanto, aún a nivel regional que una solución a este problema ha tenido que ser buscada; así, dentro del Consejo de Europa, del cual España no es miembro, el problema de la admisibilidad encontrado en la reclamación en el caso presente ha sido resuelto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual concede a cada Estado que es parte de la Convención el presentar una denuncia contra cualquier otro Estado contratante por la violación del Convenio, con independencia de la nacionalidad de la víctima”.<sup>340</sup>

---

<sup>337</sup> Li, Haopei, 2001, *op.cit.*, nota 13, p. 520. En el mismo sentido, véase: Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 205-206.

<sup>338</sup> Ragazzi, Maurizio, 1997, *op.cit.*, nota 11, p. 212.

<sup>339</sup> *Casos de África del Sudoeste (Etiopía vs. Sudáfrica, Liberia vs. Sudáfrica)*, *op.cit.*, nota 48, párr. 88.

<sup>340</sup> *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *op. cit.*, nota 34, párr. 91. Por el contrario, un sector de la doctrina ha interpretado que la CIJ introduce la *actio popularis* en este caso. Así, por ejemplo, Casado Raigón afirma: “La sentencia de 1970 de la *Barcelona Traction* [...] introduce un nuevo elemento a tener en cuenta: la *actio popularis*. Existe acción -al menos en un sentido amplio- por parte de todos los Estados en la observancia de dichas obligaciones porque todos poseen un interés de carácter jurídico para que los derechos subjetivos correlativos a esas obligaciones sean respetados. Como señalara el Prof. Miaja de la Muela, la doctrina jurisprudencial transcrita supone la existencia de unas obligaciones cuyo sujeto activo es la humanidad entera, la Comunidad Internacional. De esta forma, cualquier Estado, y no sólo las partes en el tratado en oposición a una norma de *jus cogens*, estaría legitimado para poner en marcha el procedimiento antes visto conducente a la nulidad”. Casado Raigón, Rafael, 1991, *op.cit.*, nota 22, p. 38-39. También véase: Mola, Attilio, Una propuesta de fundamentación de los derechos humanos en el Derecho Internacional, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. II, No. 4, Ene-Jun 1995, p. 251.

A pesar de lo anterior, se puede señalar que si bien en principio sólo un Estado Parte de la CV69 puede iniciar el procedimiento de nulidad del tratado que se encuentra en oposición a la norma imperativa, siguiendo la doctrina de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* también se puede afirmar que en principio nada impide que cualquier Estado afectado y que no es parte del tratado pueda invocar la responsabilidad internacional por la obligación violada. Como señala el Juez Trindade:

“Los defectos de los Casos de África del Sudoeste (1966) están seguramente superados en nuestros días; fueron propios de una mentalidad que lamentablemente entorpeció por algún tiempo el desarrollo del Derecho Internacional, pero que ha sido descartada por la conciencia jurídica universal. Ejemplos de posible aplicación pueden encontrarse en los dominios de la protección de los derechos humanos, en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, en la protección al medio ambiente (particularmente en relación con el llamado ‘patrimonio común de la humanidad’ [*global commons*]). En el dominio de la protección de los derechos humanos, el carácter objetivo de las obligaciones de protección, el carácter de *ordre public* de la operación de los mecanismos de protección, la convergencia de los intereses individuales y colectivos en ciertos casos, son elementos que en conjunto nos acercan a la *actio popularis* y al concepto de obligaciones *erga omnes*. Una *actio popularis* sería considerada, en ciertos casos de violaciones del Derecho Internacional, para asegurar la protección de los miembros de colectividades humanas completas. Tendría un ámbito más amplio que el de las acciones colectivas [*class actions*]”.<sup>341</sup>

En resumen, actualmente es aceptado que la obligación general de asegurar el respecto de los derechos humanos es aplicable *erga omnes* y comprende todas las medidas necesarias para asegurar el ejercicio y disfrute de esos derechos.

## ii. Formulación de objeciones a la invocación de nulidad del tratado en cuestión

El párrafo 2 del artículo 65 dispone que: “Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto”. De este modo, la no formulación de objeciones a la controversia presentada por uno de los Estados parte por la oposición del tratado con una norma imperativa concluiría con la nulidad del instrumento internacional. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (art. 65.3), a saber: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

### ii.a) Procedimiento contencioso ante la CIJ

Si dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción no se ha llegado a ninguna solución a través de los medios antes señalados, el artículo 66 de la CV69 señala que cualquier Estado involucrado puede someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje (art. 66.a). Es decir, la CV69 indica que la CIJ es el órgano

---

<sup>341</sup> Trindade, Antônio Augusto Cançado, 2005, *op.cit.*, nota 24, p. 358-359.

competente para establecer la nulidad de un tratado que se encuentra en oposición a una norma imperativa.

Con base en esta disposición, algunos autores han sostenido que la demanda ante la Corte Internacional de Justicia puede ser formulada unilateralmente por la parte interesada, mientras que la sumisión al arbitraje requiere el acuerdo de las partes en la controversia.<sup>342</sup> Sin embargo, para que la CIJ pueda conocer sobre una controversia es necesario que exista el consentimiento de las Partes. En su sentencia del *Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (2006)*, la CIJ señaló que, aunque el artículo 66 de la CV69 dispone que cualquiera de las partes puede llevar a su conocimiento una controversia relativa a la aplicación o interpretación de los artículos 53 ó 64, el sólo hecho de que las normas en disputa sean de *jus cogens* no la faculta para conocer del caso si ambas partes no están de acuerdo.<sup>343</sup> Este criterio lo ha reafirmado en otros casos, por lo que, en efecto, debe mediar el consentimiento de las Partes para que conozca sobre la controversia en cuestión.<sup>344</sup>

#### ii.b) Procedimiento consultivo ante la CIJ

Finalmente, cabe señalar que las organizaciones internacionales pueden solicitar una opinión consultiva a la CIJ sobre la controversia, de conformidad con el artículo 66.2, inciso c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, en el entendido de que la opinión consultiva de la CIJ “debe ser aceptada como definitiva por todas las partes de la controversia”, según dispone el artículo 66.2, inciso e).<sup>345</sup>

#### b) Acto unilateral de un Estado

Para el caso de que un acto unilateral de un Estado viole una norma de *jus cogens* no existe un procedimiento específico para declarar su nulidad. Sin embargo, en los distintos procedimientos de control internacional se han producido pronunciamientos que han exigido a los Estados la derogación de sus leyes nacionales que se encuentran en oposición a las disposiciones del orden jurídico internacional.

---

<sup>342</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 1984, *op.cit.*, nota 19, p. 209-210. Otros autores que se han pronunciado en este sentido son: Verhoeven, Joe, 1998, *op.cit.*, nota 321, p. 198; Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1996, p. 244.

<sup>343</sup> *Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo vs. Rwanda)*, *op.cit.*, nota 43, párr. 64, 125. Sobre este tema y esta sentencia de la CIJ, véase: Quindimil López, Jorge Antonio, Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿Hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, Actividades Armadas sobre el Territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Ruanda -Nueva Demanda de 2002-), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 12, 2006.

<sup>344</sup> Al respecto, véase *Caso sobre la aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*, 2007, *op.cit.*, nota 47, párr. 147.

<sup>345</sup> Sin embargo, cabe señalar que a marzo de 2011 esta convención aún no entra en vigor. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en).

Por ejemplo, la CIJ ha exigido la derogación de las normas nacionales que violan las obligaciones internacionales. Así, en su Opinión Consultiva sobre *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004)*, señaló que “habida cuenta de la determinación de la Corte de que las violaciones de las obligaciones internacionales que incumben a Israel emergen de la construcción del muro y de su régimen conexo, la cesación de dichas violaciones entraña el inmediato desmantelamiento de las partes de dicha estructura situadas dentro del territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Todos los actos legislativos y reglamentarios adoptados con miras a su construcción, y al establecimiento de un régimen conexo, deben ser inmediatamente derogados o dejados sin efecto [...]”.<sup>346</sup>

En el mismo sentido, en el ámbito interamericano la CIDH afirmó en su Opinión Consultiva sobre *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos)* que “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional del Estado”.<sup>347</sup>

Por otro lado, en algunas de sus resoluciones, el Consejo de Seguridad ha declarado la nulidad de actos legislativos de los Estados que constituyan una violación del Derecho Internacional. Por ejemplo, en su Resolución 478 (1980), de 20 de agosto de 1980, manifestó que: “todas las medidas y los actos legislativos y administrativos adoptados por Israel, la Potencia ocupante, que han alterado o pretenden alterar el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, y en particular la reciente ‘ley básica’ sobre Jerusalén, son nulos y carentes de valor” (párr. 3).

Los pronunciamientos anteriores muestran que los actos unilaterales de un Estado que están en oposición al ordenamiento internacional son nulos y carentes de valor para el Derecho Internacional general. Así, mientras que los tribunales internacionales han afirmado que el acto unilateral viola obligaciones del Derecho Internacional general y originan responsabilidad internacional, la cual incluye el deber de derogarlas, el Consejo de Seguridad se ha pronunciado sobre la nulidad del acto unilateral del Estado. Todo esto responde al principio de que el derecho interno no puede justificar el incumplimiento de un tratado, de conformidad con el artículo 27 de la CV69, el cual señala: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”.

Ahora, la obligatoriedad de un pronunciamiento internacional que declara la violación de una obligación internacional por el acto unilateral que está en oposición al ordenamiento internacional depende del tipo de procedimiento en que se produjo. Por ejemplo, en los

---

<sup>346</sup> *Consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, op.cit.*, nota 42, párr. 151.

<sup>347</sup> CIDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva 14/1994, de 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 50.

casos de las resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>348</sup> y los pronunciamientos judiciales de las Cortes Internacionales<sup>349</sup> no cabe duda sobre su carácter vinculante para los Estados, aunque su ejecución en el ordenamiento interno está condicionada a su regulación por el instrumento internacional. En cambio, los pronunciamientos de los órganos de control de los mecanismos cuasi contenciosos o no contenciosos carecen de obligatoriedad para los Estados. No obstante, éstos suelen cumplirlos para evitar la sanción moral internacional que supone incumplirlos.<sup>350</sup>

En conclusión, los tratados internacionales y los actos unilaterales de los Estados que están en oposición a una norma de *jus cogens* son nulos para el ordenamiento internacional, configurándose la violación de una obligación internacional y la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito. Las normas imperativas o de *jus cogens* del Derecho Internacional general tienen preponderancia debido a que son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, establecen obligaciones *erga omnes*, son inderogables y sólo pueden ser sustituidas por otra norma imperativa posterior.

Lo señalado en este apartado es aplicable a todas las normas de *jus cogens*, incluidas evidentemente las que consagran la prohibición de la esclavitud y el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación y que conforman el llamado *jus cogens* laboral. Estos dos derechos humanos son obligatorios para los Estados, por lo que tienen el deber de respetarlos tanto en el plano internacional como en su ordenamiento interno. Esto significa que cualquier norma convencional o consuetudinaria internacional y cualquier acto unilateral del Estado (una ley, una sentencia, una norma administrativa, etc.) que estén en oposición a ellas son nulos y carentes de valor jurídico, configurándose la violación de una obligación internacional y la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

## **6.6 Las normas de *jus cogens* en la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares**

Las normas de *jus cogens* tienen una importancia fundamental para el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares en virtud de que si los Estados cumplen con tales normas, en especial con las que conforman el '*jus cogens* laboral', se puede garantizar que estas personas gocen de un mínimo de derechos humanos en el Estado de empleo, acordes con su calidad y dignidad humanas. Esto, con independencia de su situación migratoria irregular y de que los Estados de empleo hayan

---

<sup>348</sup> Las resoluciones del Consejo de Seguridad son obligatorias de acuerdo con el artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas. Esto ha sido corroborado por la CIJ en su Opinión Consultiva sobre *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, *op.cit.*, nota 35, párr. 53.

<sup>349</sup> Las sentencias de la CIJ son obligatorias para las partes en litigio, de acuerdo con el artículo 59 del Estatuto de la Corte. En el caso de las sentencias de la CEDH, la propia Corte ha señalado que "la decisión en sí misma no puede anular o derogar las normas, la sentencia de la Corte es declarativa y deja al Estado la decisión de escoger los medios utilizados en su ordenamiento jurídico interno en el cumplimiento de sus obligaciones". *Marckx vs. Bélgica*, *op.cit.*, nota 313, párr. 58. En el caso de las sentencias de la CIDH, su ejecución es obligatoria porque los Estados partes están obligados a cumplir con la decisión del tribunal, de acuerdo con el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>350</sup> Canessa, Miguel, 2008, *op.cit.*, nota 148, p. 533-534.

ratificado o no los convenios internacionales que les otorgan protección, expresamente o no. Hay que recordar que las normas imperativas del Derecho Internacional general son las normas internacionales de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico internacional, son inderogables –salvo por otras normas de la misma jerarquía–, imponen obligaciones *erga omnes*, deben ser respetadas por todos los Estados independientemente de las obligaciones convencionales que éstos hayan asumido y, en caso de incumplimiento, generan responsabilidad internacional.

Los migrantes irregulares, como se sabe, padecen una situación de especial vulnerabilidad en los Estados de recepción. Por un lado, al no vivir en su Estado de origen, se encuentran en una posición de desventaja respecto a los nacionales, en virtud de que “se enfrentan a dificultades a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, y frecuentemente están expuestos a actos de discriminación y xenofobia, lo que impide su integración en las sociedades de acogida”.<sup>351</sup> Por otro lado, se enfrentan a dificultades económicas y sociales.<sup>352</sup> Frecuentemente se ven expuestos al empleo precario, la explotación laboral, los riesgos laborales sin la debida prevención y atención médica, el desempleo y la perpetuación en la pobreza. Esta situación se ve más agravada en el caso de las mujeres y los niños. Aún más, su situación administrativa irregular es criminalizada en los Estados de empleo. Al respecto, el Juez García Ramírez ha señalado:

“La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes aumenta, hasta llegar a extremos dramáticos que conmueven la conciencia moral de la humanidad, cuando aquellos carecen de la autorización oficial para ingresar y permanecer en el país, y pertenecen, por lo mismo, a la categoría de quienes son sumariamente identificados como trabajadores ‘indocumentados’, ‘en situación irregular’ o, peor todavía, ‘ilegales’. Lo que debiera ser una característica administrativa con efectos bien acotados, se convierte en una ‘etiqueta’ que trae consigo múltiples desventajas y expone a innumerables abusos. Ese sector queda bajo un rótulo expresivo: es una ‘categoría sospechosa’, como indica la Comisión Interamericana de Derechos humanos --en el escrito de otro *amicus curiae* se alude a ‘categoría sospechada’--, concepto elaborado a partir de la jurisprudencia europea y del derecho comparado. Se trata, en fin, de ‘personas bajo sospecha’, con todo lo que esto significa y, más todavía, con todo lo que sugiere e inclusive permite”.<sup>353</sup>

Esto empeora los problemas sociales que padecen ya que por miedo a ser deportados, expulsados o privados de su libertad, y también por no contar con un servicio público gratuito de defensa legal, no acuden ante los tribunales competentes para hacer valer sus derechos, quedando en una situación de total desvalimiento.

#### a) Norma de *jus cogens* que prohíbe la esclavitud y sus prácticas análogas

Bajo este contexto de extrema vulnerabilidad en el que se desarrollan los migrantes irregulares, el respeto de la norma de *jus cogens* que prohíbe la esclavitud y sus prácticas análogas -como la servidumbre y el trabajo forzoso- es sumamente relevante porque estas personas son especialmente propensas a padecer tales prácticas (por ejemplo la servidumbre

---

<sup>351</sup> ONU, *La Protección de los Migrantes*, Resolución 60/169 de la Asamblea General, A/RES/60/169, de 7 de marzo de 2006, p. 2.

<sup>352</sup> ONU, *La Protección de los Migrantes*, Resolución 54/166 de la Asamblea General, A/RES/54/166, de 24 de febrero de 2000.

<sup>353</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op. cit., nota 66, Voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 11.



por deudas), agudizándose tal situación en el caso de las mujeres.<sup>354</sup> Los migrantes que intentan entrar en un nuevo país sin autorización son particularmente vulnerables a la explotación por parte de los traficantes que los ayudaron a ingresar de tal forma en el Estado de empleo. Ocurre cada vez con más frecuencia que una persona, tras haber recibido la ayuda de un traficante o persona semejante para entrar en un país de manera irregular, se vea sometida a una relación de explotación que puede implicar la servidumbre por deudas, la prostitución u otras formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud.

Otras prácticas de explotación semejantes a la esclavitud que también sufren estas personas incluyen el secuestro por los empleadores de sus pasaportes y, particularmente en el caso de los trabajadores domésticos, su cautiverio de hecho.<sup>355</sup> En su período de sesiones de junio de 1996, el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud de la ONU oyó testimonios sobre la confiscación de pasaportes por los empleadores y señaló que dicha práctica constituía un medio significativo de ejercer control sobre los trabajadores migrantes. Por ello, instó a los Estados: “a que [tomasen] las medidas necesarias para sancionar a los empleadores que [confiscaran] los pasaportes pertenecientes a trabajadores migrantes, en particular a trabajadores migrantes domésticos”.<sup>356</sup> En el mismo sentido, en un informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos en su período de sesiones de 2000, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos declaró:

“Los gobiernos deben aplicar el llamamiento hecho por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud a los empleadores para que no retengan los pasaportes u otros documentos esenciales de los trabajadores [...] Una forma vital de acción preventiva para todos los migrantes parece consistir en que no permanezcan solos o aislados, es decir que se respete cierta libertad de asociación y que los consulados sigan de cerca de sus nacionales migrantes”.<sup>357</sup>

Asimismo, es frecuente que los trabajadores migrantes irregulares se encuentren en una situación de desprotección en virtud de que muchas veces sus empleadores se ocupan de sus salarios, adquiriendo un importante grado de control sobre ellos. Por lo general, el empleador justifica esta práctica aduciendo que así el dinero ganado no se perderá o que se invertirá para proporcionar beneficios adicionales al empleado. Habida cuenta de su posición vulnerable, el trabajador migrante a menudo no puede rehusar la oferta del empleador o no sabe que sería prudente hacerlo. Una vez que el empleador ha acumulado el equivalente a varios meses de salario, el trabajador se encuentra en una grave situación de desventaja y, si desea marcharse, debe soportar así una amplia gama de abusos a fin de

---

<sup>354</sup> Al respecto, véanse: Wijers, M., Lap-Chew, Lin, *Trafficking in Women, Forced Labour and Slavery-like Practices in Marriage, Domestic Labour and Prostitution*, Utrecht: Foundation Against Trafficking in Women, 1999, 352 p.; Grupo Budapest, *The Relationship Between Organized Crime and Trafficking in Aliens*, Austria: International Centre for Migration Policy Development, 1999; entre otros.

<sup>355</sup> ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, Recomendación No. 8, 20º período de sesiones, 13 de junio de 1995, E/CN.4/Sub.2/1995/28, p. 30.

<sup>356</sup> ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, Recomendación No. 9, 21º período de sesiones, 19 de julio de 1996, E/CN.4/Sub.2/1996/24, p. 34.

<sup>357</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Informe del Alto Comisionado presentado en cumplimiento de la Resolución 1999/54 de la Comisión*, 56º período de sesiones, 28 de diciembre de 1999, E/CN.4/2000/12, párr. 68.

recuperar su salario. A veces estos abusos incluyen agresiones físicas y violación.<sup>358</sup> Aunque las normas internacionales sobre la esclavitud no especifican que la retención de salarios o la falta de pago a un trabajador constituye una forma de esclavitud, esta práctica es claramente una violación de los derechos humanos básicos, en particular de la garantía enunciada en el PIDESC de “una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie”, y puede contribuir a un empleo en condiciones de trabajo forzoso u otras condiciones de explotación.<sup>359</sup>

Por lo anterior, es esencial que los Estados cumplan con la norma imperativa que prohíbe la esclavitud y sus prácticas análogas y encaminen todos sus esfuerzos para erradicarlas con respecto a todas las personas y en todos los contextos, sin importar si se trata de nacionales o extranjeros o de migrantes regulares o irregulares.

*b) Norma de jus cogens que consagra el principio de igualdad ante la ley y no discriminación*

Ha sido reconocido que los migrantes generalmente 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, y es 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.<sup>360</sup>

Esta situación es más grave para los migrantes irregulares: las diferencias de trato que los Estados de recepción hacen respecto a estas personas son aún más marcadas que las que generalmente hacen respecto a los migrantes regulares. Es común que sufran la aplicación de leyes, la adopción y ejecución de políticas y la proliferación de prácticas discriminatorias y abusivas. Por ello, es preciso que “todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección”.<sup>361</sup>

Al respecto, la CIDH ha enfatizado que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de

---

<sup>358</sup> Véase por ejemplo el caso *Singh vs. Charanjit Jutla et al.*, el cual versó sobre un empleador que denunció a un trabajador irregular ante las autoridades migratorias estadounidenses luego de que éste lo demandara ante las autoridades laborales por no haber recibido ningún salario durante tres años. *Singh v. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Cal. 2002).

<sup>359</sup> Cabe señalar que la retención de salarios contraviene el Convenio No. 95 de la OIT relativo a la protección del salario de 1949, que dispone que los empleadores deben pagar regularmente los salarios y prohíbe los métodos de pago que impidan a los trabajadores la posibilidad real de poner término a la relación laboral.

<sup>360</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, párr. 112.

<sup>361</sup> *La Protección de los Migrantes*, Resolución 54/166 de la Asamblea General, *op.cit.*, nota 352, párr. 4.

carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos”.<sup>362</sup> Y que “la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que los Estados respeten y garanticen el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que [...] 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>363</sup>

Lo anterior no significa, sin embargo, que los Estados no puedan conferir un trato distinto a los migrantes irregulares respecto a los migrantes regulares y los nacionales. La cuestión es que la diferencia de trato debe ser razonable, objetiva y proporcional, y no debe lesionar sus derechos humanos. Por ejemplo, el Derecho Internacional permite la restricción de los derechos políticos a los extranjeros, por lo que si se otorgan estos derechos sólo a los nacionales, no se configurará una violación del principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, los Estados tienen el derecho soberano de controlar sus fronteras y, en consecuencia, los ingresos y salidas en su territorio, por lo que tampoco constituye una violación del principio de igualdad y no discriminación la expulsión o deportación de su territorio de los migrantes irregulares, siempre que se haga con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos Como ha señalado que:

“no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del Derecho Internacional”.<sup>364</sup>

De esta forma, lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten los derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio y bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

#### i.b) Principio de igualdad ante la ley y no discriminación en el ejercicio de derechos sustantivos

La prohibición de la discriminación se reprueba en todos los casos. No importa que se proyecte sobre derechos básicos, como pudieran ser los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango diferente o una trascendencia distinta, como los de carácter laboral. En este sentido, es discriminatorio privar a los migrantes irregulares, por el hecho de serlo, del acceso a las libertades de pensamiento y opinión, a los derechos a la salud o la educación básica, por

---

<sup>362</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op.cit., nota 66, párr. 172.

<sup>363</sup> *Ibidem*, párr. 118.

<sup>364</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Union Inter Africaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola*, Comunicación no. 159/96, decisión de 11 de noviembre de 1997, párr. 20.

ejemplo. También lo es otorgar a unas personas los derechos y las protecciones inherentes al desarrollo de una actividad remunerada, y negarlos a otras que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas de su estatus migratorio.

El principio de igualdad y no discriminación, al ser una norma de *jus cogens*, impone obligaciones con efectos *erga omnes*, no sólo respecto a los Estados, sino también frente a terceros y particulares. Los Estados deben respetar y garantizar los derechos laborales de todas las personas, sea cual sea su estatus migratorio, y, al mismo tiempo, deben impedir que los empleadores violen tales derechos o que la relación laboral vulnere los estándares mínimos internacionales. Los derechos laborales, en su conjunto, adquieren una dimensión real en las relaciones entre particulares, por tanto es frente a terceros que deben tener una eficacia vinculante. Con esta finalidad, todo Estado debe adoptar medidas legislativas o administrativas para impedir estas violaciones, los instrumentos procesales deben ser efectivos y ágiles. En el plano de la responsabilidad internacional, toda violación de derechos que realicen los particulares serán imputable al Estado en el caso de no haber tomado medidas eficaces para prevenir tal violación o por tolerarla o por permitir la impunidad para sus autores. Lo dicho significa que los instrumentos internacionales de derechos humanos también producen efectos vinculantes frente a terceros, y que la responsabilidad de los particulares incide en la del Estado y lo comprometen.<sup>365</sup>

Los migrantes irregulares tienen -como todo ser humano- los derechos de igualdad ante la ley y de no ser discriminados. La igualdad ante la ley significa que deben ser tratados de la misma manera que los migrantes regulares y que los nacionales, ante la ley del país receptor. La existencia de tratamientos discriminatorios que buscan fundarse en la distinción entre nacionales y extranjeros o migrantes regulares e irregulares no tiene justificación, no es necesaria ni proporcional, sus efectos no son razonables; contradice el fin mayor del Estado de respetar y garantizar los derechos de toda persona que se encuentra bajo su jurisdicción. Desde luego se pueden establecer diferencias razonables, fundadas en datos objetivos, con las que se pretenda alcanzar objetivos lícitos por medios legítimos. Así, es factible que un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en éste, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender. La inobservancia de las disposiciones migratorias trae consigo consecuencias del mismo orden, pero no debe acarrear efectos en materias ajenas a la cuestión del ingreso y la estancia del migrante. De esta forma, no es admisible sancionar el incumplimiento de disposiciones migratorias con medidas que atañen a otros ámbitos, desconociendo las situaciones creadas en éstos y los efectos que debieran traer consigo, por sí mismas, completamente ajenos a la infracción migratoria.

Así, en el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias (como la deportación o la expulsión), el afectado debe conservar íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral. Proceder de otra manera significaría, como sucede en efecto, desposeer a una persona, aduciendo

---

<sup>365</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op. cit., nota 66, Voto concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes, párr. 20-22.

faltas administrativas, del producto de un trabajo ya realizado: una expropiación, *lato sensu*, de aquello que obtuvo el operario con su trabajo, mediante acuerdo de voluntades con un tercero, y que ya produjo cierto beneficio a éste, que se transformaría en lucro indebido si se excluye la contraprestación -en sus diversas expresiones- por el trabajo realizado.<sup>366</sup>

Las graves violaciones de los derechos a la no discriminación y la igualdad ante la ley terminan afectando seriamente el derecho a la vida. En este sentido, la Corte Interamericana manifestó que la vida comprende, “no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.<sup>367</sup> Por ello, es preciso que los Estados respeten el principio de igualdad y no discriminación a todas las personas presentes en su territorio, especialmente a aquellas que se encuentran en una posición de extrema vulnerabilidad, como los migrantes irregulares.

#### ii.b) Principio de igualdad ante la ley y no discriminación en el ejercicio de derechos procesales

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación no sólo prohíbe la discriminación en el plano sustantivo, sino también en el plano procesal. La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, a la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: el acceso formal y material a la justicia.<sup>368</sup>

La CIDH ha señalado que el proceso es “un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”, y que para que exista un ‘debido proceso legal’ es necesario que “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.<sup>369</sup> Con el objeto de atender al principio de igualdad ante la ley y a la correlativa prohibición de discriminación, “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia” pues en caso contrario, “difícilmente se podría decir

---

<sup>366</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 25.

<sup>367</sup> CIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 144.

<sup>368</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 36.

<sup>369</sup> CIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 117, 119; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *op.cit.*, nota 266, párr. 97, 115; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94, párr. 146.

que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.<sup>370</sup>

El debido proceso incide sobre todos los órdenes: penal, civil, laboral, fiscal o cualquier otro, para la determinación de los derechos y obligaciones de las personas. En otras palabras, se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas. El derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a toda persona: nacional, extranjera, migrante regular o irregular. Es un derecho primordial de todas las personas, independientemente de cualquier consideración como el estatus migratorio. Esto revela que “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”.<sup>371</sup>

Los migrantes irregulares suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarla, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado. Esto sucede cuando la solicitud de justicia puede desembocar en represalias contra los solicitantes por parte de autoridades o particulares, medidas de coerción o aseguramiento, amenazas de deportación o privación de libertad y otras similares. De esta suerte, el ejercicio de un derecho humano primordial -acceso a la justicia- culmina en la privación de múltiples derechos.<sup>372</sup>

Los migrantes irregulares deben poder acudir a las instancias administrativas o judiciales para hacer valer sus derechos, por ejemplo los de carácter laboral, sin que corran el riesgo de ser deportados, expulsados o privados de su libertad. La condición administrativa irregular de una persona no puede convertirse jamás en fundamento para que no tenga acceso a la justicia y al debido proceso, para perder salarios devengados, no tener prestaciones sociales y ser objeto de diversos abusos y arbitrariedades. En caso contrario se vulnera su derecho a las garantías y a la protección judicial, al igual que si les es negada la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. El Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real.<sup>373</sup>

## Conclusión

---

<sup>370</sup> *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, *op.cit.*, nota 274, párr. 103; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72, párr. 125, 127; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55, párr. 70.

<sup>371</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, párr. 122.

<sup>372</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, nota 66, Voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 39.

<sup>373</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit.*, nota 66, párr. 126.

En este capítulo se ha estudiado cómo el cumplimiento de las normas imperativas del Derecho Internacional general o de *jus cogens* puede coadyuvar al respeto y la protección de los derechos humanos de un grupo humano sumamente vulnerable: los migrantes irregulares. Es preciso recordar que las normas imperativas de Derecho Internacional general vinculan a todos los Estados, al margen de sus obligaciones internacionales convencionales, por lo cual resultan sumamente útiles a la hora de buscar fundamentos jurídicos de protección de los derechos humanos de estas personas, quienes, en virtud de su irregularidad, se ven condenadas a vivir en las sombras en los Estados de empleo, temerosas de denunciar las condiciones de abuso y explotación a las que son sometidas. Dentro de las normas de *jus cogens* se encuentran dos de vital importancia para los migrantes irregulares y que conforman el '*jus cogens* laboral':

La prohibición de la esclavitud es una norma imperativa que ya goza de amplio reconocimiento como tal entre la Comunidad Internacional desde la célebre sentencia de la CIJ en el caso *Barcelona Traction* y, más recientemente, con algunos pronunciamientos de los tribunales penales especiales. Es importante resaltar que la tendencia de la jurisprudencia internacional se dirige no sólo hacia la consolidación de la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como norma imperativa, sino también de la prohibición del trabajo forzoso, en especial en cuanto a los niños se refiere. Es innegable que nuevas formas contemporáneas de esclavitud han surgido en el mundo globalizado, por lo que la progresiva consideración del trabajo forzoso como norma imperativa significará estar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo.

En cuanto al principio de igualdad y no discriminación se refiere, es preciso destacar que si bien su consideración como norma imperativa, como un todo, es de reciente acontecimiento (OC-18/2003 de la CIDH), la norma que prohíbe la discriminación estuvo contemplada por la CIJ en su sentencia del caso *Barcelona Traction*, aunque sólo referida a la discriminación racial por sucesos más o menos contemporáneos como la II Guerra Mundial o el régimen del *apartheid* en Sudáfrica. No obstante, más de 40 años después del *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, el Derecho Internacional ha evolucionado y no se ha quedado estático ante los retos vigentes de nuestro tiempo, tales como las migraciones laborales internacionales y, dentro de éstas, las irregulares y las múltiples consecuencias negativas que tienen, entre las que destacan las frecuentes violaciones de los derechos humanos de los migrantes irregulares.

El hecho de que los conceptos tanto del *jus cogens* como de las obligaciones (y derechos) *erga omnes* ya integren el universo conceptual del Derecho Internacional es revelador de la alentadora y necesaria apertura de este último, en las últimas décadas, a determinados valores superiores y fundamentales. Hay que impulsar esta significativa evolución de la consagración de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos y más de aquéllos que padecen día a día situaciones de gran vulnerabilidad y desprotección como los migrantes irregulares.





**CASO DE ESTUDIO. LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES  
MIGRANTES IRREGULARES EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA**

*Índice*

**Introducción**

**A) LA MIGRACIÓN IRREGULAR CON FINES DE EMPLEO: PERSPECTIVA HISTÓRICA  
COMPARADA**

**7.1 Antecedentes**

**7.2 Los inicios de la regulación: finales del siglo XIX a 1914**

7.2.1 Norteamérica

7.2.1.1 Estados Unidos

7.2.1.2 Canadá

7.2.2 Europa

7.2.2.1 Reino Unido

7.2.2.2 Francia

7.2.2.3 Alemania

**7.3 Establecimiento sistemático de controles migratorios: 1914-1945**

7.3.1 Norteamérica

7.3.1.1 Estados Unidos

7.3.1.2 Canadá

7.3.2 Europa

7.3.2.1 Reino Unido

7.3.2.2 Francia

7.3.2.3 Alemania

**7.4 Primeros movimientos significativos de trabajadores migrantes irregulares: 1945- 1973**

7.4.1 Norteamérica

7.4.1.1 Estados Unidos

7.4.1.2 Canadá

7.4.2 Europa

7.4.2.1 Reino Unido

7.4.2.2 Francia

7.4.2.3 Alemania

**7.5 Consolidación de la migración irregular con fines de empleo: 1973- 2000**

7.5.1 Norteamérica

7.5.1.1 Estados Unidos

7.5.1.2 Canadá

7.5.2 Europa

7.5.2.1 Reino Unido

7.5.2.2 Francia

7.5.2.3 Alemania

7.5.2.4 Italia

7.5.2.5 España

**B) LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS SOCIALES EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA**

***i. Norteamérica***

**7.6 Estados Unidos**

7.6.1 Panorama general de los migrantes irregulares en Estados Unidos

7.6.2 Algunos aspectos de la política estadounidense en relación con la migración irregular

7.6.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Estados Unidos desde el año 2000

7.6.3.1 Derecho Migratorio

7.6.3.2 Derechos sociales

7.6.3.3 Derechos laborales

7.6.3.4 *Hoffman Plastic Compounds vs. NLRB*

7.6.3.4.1 El caso

7.6.3.4.2 Efectos de Hoffman sobre los derechos laborales de los migrantes irregulares: derechos laborales deteriorados y jurisprudencia posterior con resultados inconsistentes

7.6.3.4.3 La internacionalización de *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB*

7.6.3.4.4 Responsabilidad internacional de Estados Unidos y algunas estrategias posibles desde la óptica del Derecho Internacional Público

**7.7 Canadá**

7.7.1 Algunos aspectos de la política canadiense en relación con la migración irregular

7.7.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Canadá

7.7.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Canadá desde el año 2000

7.7.3.1 Derecho Migratorio

7.7.3.2 Derechos sociales

***ii. Europa***

**7.8 Reino Unido**

7.8.1 Algunos aspectos de la política británica en relación con la migración irregular

7.8.2 Panorama general de los migrantes irregulares en el Reino Unido

7.8.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones del Reino Unido desde el año 2000

7.8.3.1 Derecho Migratorio

7.8.3.2 Derechos sociales

**7.9 Francia**

7.9.1 Algunos aspectos de la política francesa en relación con la migración irregular

7.9.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Francia

7.9.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Francia desde el año 2000

7.9.3.1 Derecho Migratorio

7.9.3.2 Derechos sociales

**7.10 Alemania**

7.10.1 Algunos aspectos de la política alemana en relación con la migración irregular

7.10.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Alemania

7.10.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Alemania desde el año 2000

7.10.3.1 Derecho Migratorio

7.10.3.2 Derechos sociales

**7.11 Italia**

7.11.1 Algunos aspectos de la política italiana en relación con la migración irregular

7.11.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Italia

7.11.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Italia desde el año 2000

7.11.3.1 Derecho Migratorio

7.11.3.2 Caso El Dridi

7.11.3.3 Derechos sociales

**7.12 España**

7.12.1 Algunos aspectos de la política española en relación con la migración irregular

7.12.2 Panorama general de los migrantes irregulares en España

7.12.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de España desde el año 2000

7.12.3.1 Derecho Migratorio

7.12.3.2 Derechos sociales

**Conclusión**

## Introducción

El movimiento de personas no es un fenómeno reciente: ha estado presente en toda la historia de la humanidad a causa de cambios climáticos, guerras, persecuciones y fuerzas económicas. Sin embargo, la migración internacional, en el sentido propio de la palabra, es un suceso relativamente nuevo que se remonta al surgimiento del concepto del Estado-Nación en Europa y su posterior extensión al resto del mundo.<sup>1</sup> Cuando el mundo quedó dividido en Estados-Nación, se trazaron las fronteras a sus alrededores y los Estados determinaron las personas autorizadas a permanecer en sus territorios, por definición, sus nacionales. A partir de este momento, se inició un proceso de diferenciación y exclusión de las personas ajenas al Estado: los extranjeros, y se empezaron a formular las reglas para su admisión y exclusión y, de esta forma, a definir lo legal e ilegal.

Las primeras regulaciones de la migración internacional moderna fueron emitidas a finales del siglo XIX y eran simples y sin complicaciones. No obstante, fueron evolucionando en piezas de legislación más elaboradas que crearon varias categorías de extranjeros (trabajadores migrantes y sus variantes, refugiados, extranjeros admitidos bajo esquemas de reunificación familiar, etc.), permisos de entrada, residencia y trabajo, supuestos de expulsión, infracciones, sanciones, etc. La migración irregular no puede ser discutida fuera de este contexto, es decir, de la regulación estatal de la entrada y exclusión de extranjeros. Y es justamente este proceso estatal de diferenciación y exclusión de extranjeros el que es interesante analizar cuando se trata de entender la historia migración irregular con fines de empleo.

El estudio de la migración irregular con fines de empleo es de reciente suceso ya que tradicionalmente el interés se ha centrado en su faceta regular y sus múltiples consecuencias en todos los ámbitos: económico, sociológico, antropológico, político, legal, etc. De este modo, buena parte de la literatura sobre migración irregular que existe es de nueva creación y se ha hecho poco caso a su desarrollo histórico,<sup>2</sup> el cual necesariamente va ligado a las regulaciones migratorias que se han emitido a lo largo del tiempo en los diferentes Estados y, más recientemente, en organizaciones regionales como la Unión Europea.

El objetivo de este capítulo es doble. En primer lugar, estudiar cómo se ha construido la migración irregular con fines de empleo desde una perspectiva histórica comparada a través del análisis de las leyes y políticas migratorias, con especial énfasis en las disposiciones relativas a los trabajadores migrantes irregulares, emitidas en Norteamérica (Estados

---

<sup>1</sup> Entre mediados del siglo XV y la Paz de Westfalia en 1648 se consolidó el Estado en el sentido moderno de la palabra: como organización territorial y centralizada del poder político supremo, monopolizadora de los aparatos de la administración pública, ejército y burocracia. Es en este momento cuando comienzan a formarse las normas consuetudinarias relativas a la configuración de los elementos del propio Estado como sujeto jurídico soberano: la *población*, el territorio, *incluida la determinación de sus fronteras*, y el poder político supremo que cada monarca absoluto concentraba en su propia figura y función. Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, p. 51.

<sup>2</sup> Un trabajo de reciente creación que aborda este aspecto histórico de la migración irregular es el hecho por Marlou Schrover, *et.al.*, en *Illegal migration and gender in a global and historical perspective*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2008. No obstante, como su título lo indica, se centra en la migración irregular desde la perspectiva de género y deja de lado, en la medida de lo posible, la migración irregular laboral.

Estados Unidos y Canadá) y Europa (Reino Unido, Francia, Alemania, Italia y España), en cuatro importantes etapas de la historia de la migración internacional moderna:

- La primera etapa, que va de finales del siglo XIX hasta la irrupción de la Primera Guerra Mundial en 1914, se caracteriza por la introducción de las primeras regulaciones migratorias.
- La segunda, que comprende el período de las guerras mundiales (1914-1945), se identifica por el establecimiento sistemático de los controles migratorios en la mayoría de los Estados.
- En la tercera, que transcurrió de la posguerra en 1945 hasta la crisis del petróleo a mediados de 1973, sobresalen los primeros movimientos significativos de trabajadores migrantes irregulares y, en consecuencia, las primeras acciones estatales al respecto.
- Y la última, que abarca de mediados de 1973 a finales de la década de los 90', se caracteriza por la consolidación de la migración irregular con fines de empleo como una de las facetas más desafiantes de la migración internacional y la introducción de importantes y persistentes regulaciones para controlarla.

En segundo lugar, este capítulo tiene como objetivo estudiar las legislaciones migratorias actuales<sup>3</sup> de los Estados de análisis a partir del año 2000. Cabe recordar que los sucesos del 11 de septiembre de 2001 han marcado el inicio de una nueva y restrictiva etapa de la migración internacional.

El estudio se hace desde una perspectiva comparada de Norteamérica y Europa con el fin de rastrear la formación de la migración irregular con fines de empleo y su tratamiento actual en ambas regiones, las cuales incluyen a Estados Unidos y Canadá, países con una larga tradición de inmigración, aunque reacios a aceptarlo, como el Reino Unido, Francia y Alemania, y países de reciente, pero importante inmigración, como Italia y España.<sup>4</sup>

Las preguntas que se pretenden responder en este capítulo son: ¿cómo se ha construido la migración irregular con fines de empleo a lo largo del tiempo?, ¿cómo y cuándo apareció la ilegalidad en la legislación migratoria o de extranjería?, ¿cuándo entró la migración irregular con fines de empleo al debate migratorio?, ¿cuáles son las políticas actuales de control de la migración irregular en los Estados de estudio? El objetivo de este capítulo no es reemplazar la literatura que existe sobre migración irregular en cada uno de los países de estudio ni abarcar todos los aspectos de las leyes y políticas migratorias, sino sólo ofrecer un marco de referencia para el caso de los migrantes irregulares. Tal meta estará cumplida en la medida en que queden de manifiesto dos de las hipótesis centrales de esta tesis doctoral. Por un lado, la creciente semejanza de las leyes y políticas de control de la migración irregular con fines de empleo de los países desarrollados y su frecuente falta de apego a los estándares internacionales de derechos humanos, tanto convencionales como de Derecho Internacional general, que confieren derechos humanos laborales y sociales a los

---

<sup>3</sup> Si bien, la regulación migratoria cambia constantemente y cada día aparecen nuevas disposiciones.

<sup>4</sup> Esta clasificación la usaron Cornelius, Martin y Hollifield para dividir los casos de estudio de su libro *Controlling Immigration. A Global Perspective*, Stanford, Stanford University Press, 1994.

migrantes irregulares. Y, por otro, la brecha cada vez mayor entre los objetivos de estas medidas de control y los resultados que se están alcanzando, a costa de los derechos humanos de los migrantes irregulares y sus familias.

## **A) LA MIGRACIÓN IRREGULAR CON FINES DE EMPLEO: PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA**

### **7.1 Antecedentes**

Hasta antes de la segunda mitad del siglo XIX, la historia de la migración fue en buena medida la de un proceso desregulado, sin una gestión sistemática y con pocas intervenciones políticas.<sup>5</sup> Algunas veces se restringieron los movimientos de personas, por ejemplo, con las leyes feudales que ataban a la gente con sus señores, las restricciones comunes de acceso a las ciudades o las limitaciones impuestas por algunas potencias coloniales a los movimientos de personas hacia y dentro de sus colonias. Otras veces, intereses políticos y económicos movieron por la fuerza a ciertos grupos de personas: las poblaciones indeseables expulsadas; los criminales y convictos deportados a las colonias;<sup>6</sup> y los esclavos<sup>7</sup> y trabajadores bajo ‘contratos de aprendizaje’ (*indentured labour workers* o *coolies*)<sup>8</sup> forzados a trasladarse a otro país para prestar sus servicios.

Sólo fue posible concebir la idea de una inmigración al margen de la ley una vez que los Estados formularon reglas de entrada, residencia y trabajo para los extranjeros y empezaron a vigilar su cumplimiento. Esto sucedió hasta el siglo XIX con el fortalecimiento del Estado Nación. El cruce de fronteras nacionales adquirió importancia y surgieron las primeras y duraderas restricciones a la migración internacional moderna. Aunque la migración irregular está estrechamente relacionada con la introducción de este tipo de regulaciones, con sus mecanismos de inclusión y exclusión, las primeras leyes en la materia no hacían una distinción clara entre inmigración legal e ilegal ni restringían la migración en general, sino sólo a ciertos tipos de personas: individuos moralmente indeseables, enfermos, madres

---

<sup>5</sup> Hammar, Tomas, Laws and policies regulating population movements: a European perspective, en Kritz, M. M., Lim, L. L., Zlotnik, H., *International migration systems: a global approach*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 245-262.

<sup>6</sup> En 1606, Bacon señalaba que con la migración al Nuevo Mundo Inglaterra establecería su hegemonía imperial y atenuaría las tasas de sobrepoblación, marginación y pobreza al embarcar a las colonias a criminales, convictos, vagos, mendigos y poblaciones conflictivas como granjeros escoceses, campesinos irlandeses, soldados disidentes y víctimas del gran incendio de Londres. Véase Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 11.

<sup>7</sup> Se calcula que el comercio de esclavos significó la migración forzada de África de 15 millones de personas entre 1550 y 1850. Ricca, Sergio, *International Migration in Africa. Legal and Administrative Aspects*, Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 1989, p.10; Appleyard, R.T., *International Migration: Challenge for the nineties*, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, 1991, p. 11.

<sup>8</sup> De acuerdo con Potts, el ‘*indentured labour system*’ o ‘*coolieism*’ fue usado por todas las potencias coloniales en 40 países y envolvió el movimiento trasatlántico de 12 a 37 millones de trabajadores entre 1834 y 1930. China e India fueron los mayores importadores de estos trabajadores, pero Oceanía, Java y Japón también tuvieron un papel relevante. Véase Potts, Lydia, *The World labour market. A history of migration*, trad. de Terry Bond, London; New Jersey: Zed Books Ltd, 1990, p. 66-68, 98.

solteras, prostitutas, vagos, convictos, personas susceptibles de convertirse en carga pública y personas racialmente indeseables como chinos, polacos y judíos.<sup>9</sup>

El concepto de ‘inmigración ilegal’ ha cambiado considerablemente a lo largo del tiempo y, aunque el término data de la década de 1920,<sup>10</sup> la idea es más antigua y está estrechamente relacionada con el proceso de formación del Estado y los sistemas locales de ayuda a los pobres.<sup>11</sup> Hasta antes del siglo XIX, el Estado central era débil y no muy activo en la regulación de extranjeros en su territorio; por lo general, sólo se formulaban reglas para las personas que querían ser naturalizadas. En virtud de que en buena parte de Europa la ciudadanía era definida localmente, las reglas de inclusión y exclusión eran desarrolladas a nivel local, por lo que las discusiones sobre ilegalidad concernían al cruce de fronteras locales, no nacionales.<sup>12</sup>

Un elemento crucial para la admisibilidad de un extranjero proveniente de otra localidad era su autosuficiencia económica. Por ello, cuando las economías locales se desplomaron, las reglas de admisión de extranjeros se volvieron más estrictas, especialmente hacia los pobres. De hecho, los inmigrantes pobres a quienes no se les había concedido la ciudadanía (frecuentemente otorgada después de 10 años de residencia) podían ser expulsados a la municipalidad de su última residencia o, en caso de que ésta no pudiera ser determinada, a la del lugar de su nacimiento.<sup>13</sup> De este modo, los extranjeros pobres eran frecuentemente deportados, no por haber entrado, residido o trabajado de forma irregular, sino por no ser económicamente autosuficientes.

Con el advenimiento del mercantilismo, las autoridades trataron de restringir los movimientos de personas que no estaban ligadas al mercado formal de trabajo y que, por tanto, podían evadir el pago de impuestos y la regulación. Los mendigos eran acusados de evadir el empleo regular y usar ocupaciones itinerantes para cubrir su mendicidad y robar. Algunos migrantes pobres podían burlar las restricciones locales y establecerse sin permiso hasta que eran descubiertos y expulsados. Y los que ya habían sido admitidos, pero no habían obtenido la ciudadanía, se abstendrían de solicitar ayuda a los gobiernos locales toda

---

<sup>9</sup> Düvell, Franck, *Irregular Migration: a Global, Historical and Economic Perspective*, en Düvell, Franck (ed.), *Illegal Immigration in Europe. Beyond Control?* New York, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2006, p. 22.

<sup>10</sup> Ngai y Caestecker concuerdan en que el término ‘inmigración ilegal’ se empezó a usar y tomar importancia hasta la década de 1920. Anteriormente se llamó de distintas formas a los extranjeros que migraban de este modo: ‘polizones’, ‘inmigrantes no deseados’, ‘extranjeros problema’, etc. Véanse Ngai, Mae M., *The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965*, *Law and History Review*, Vol. 21, No. 1, 2003, p. 69-107; Caestecker, Frank, *Alien Policy in Belgium, 1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens*, New York: Berghahn, 2000, 330 p.

<sup>11</sup> Al respecto, véase Feldman, David, *Migrants, Immigrants and Welfare from the Old Poor Law to the Welfare State*, *Transactions of the Royal Historical Society*, Vol. 13, 2003, p. 79-104.

<sup>12</sup> Schrover, Marlou, *et al.*, *Illegal migration and gender in a global and historical perspective*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2008, p. 13.

<sup>13</sup> Este principio formó las bases de las *Poor Laws* inglesas y las *Heimatrecht* alemanas y austriacas. De hecho, en Inglaterra hasta antes de 1795 era posible la expulsión de inmigrantes pobres si se sospechaba que en el futuro podían solicitar ayuda conforme a las *Poor Laws*. Véase Feldman, David, *op.cit.*, nota 11, p. 85; Fenske, Hans, *International Migration: Germany in the Eighteenth Century*, *Central European History*, Vol. 13, No. 4, 1980, p. 332-347; Fahrmeir, Andreas, *Nineteenth-Century German Citizenships: A Reconsideration*, *The Historical Journal*, Vol. 40, 1997, p. 721-752.

vez que esto podía conllevar su expulsión. Mantenían un perfil discreto y aceptaban salarios bajos y malas condiciones de trabajo. Como señalan Schrover *et.al.*, es interesante ver como estos migrantes se movían dentro y fuera de la ilegalidad dependiendo de su habilidad de encontrar trabajo, tal y como lo hacen los migrantes irregulares actuales.<sup>14</sup>

En el siglo XVIII, cuando las condiciones económicas se deterioraron en buena parte de Europa, la caza de ‘ilegales’ se incrementó y se castigó drásticamente a los migrantes pobres que no podían probar su identidad toda vez que quedaba en duda el gobierno local que debía hacerse responsable de su manutención. Para gitanos y vagabundos esto conllevó la toma de medidas extremas en Alemania, Países Bajos, Francia y el Reino Unido: su presencia irregular era castigada con el destierro o la muerte.<sup>15</sup>

En el siglo XIX, con el fortalecimiento del Estado central, las autonomías locales, a pesar de que siguieron conservando la facultad de ayudar a los pobres, perdieron la de decidir sobre la admisión de migrantes susceptibles de convertirse en una carga pública. Hasta mediados del siglo XIX, varios Estados, especialmente de Europa Central, prohibieron a sus ciudadanos emigrar sin permiso, pues veían la inmigración como una pérdida de dinero (impuestos) y hombres (soldados) y temían hacerse responsables de la manutención de la familia dejada atrás por éstos.<sup>16</sup> Con la industrialización, y el consecuente crecimiento de las ciudades, los Estados cambiaron su política mercantilista por una liberal que vio con buenos ojos, e incluso fomentó, los movimientos de personas. En esta etapa, los Estados, con la esperanza de que la mano de obra barata impulsara la economía, permitieron la libre entrada de extranjeros siempre que no se convirtieran en una carga pública ni socavarán los sistemas de servicios sociales.<sup>17</sup>

A finales del siglo XIX, y a la par de este proceso de liberalización, tuvo lugar un proceso de exclusión de asiáticos motivado por creencias de inferioridad racial. En Norteamérica y Australia se aprobaron leyes migratorias que diferenciaron entre varias categorías de extranjeros, lo cual resultó en formas específicas de exclusión e ilegalización de extranjeros.<sup>18</sup> También en Europa nociones culturales y de inferioridad racial influenciaron las políticas migratorias: presiones de sindicatos y movimientos nativistas originaron las primeras restricciones a la migración en países como Reino Unido y Alemania.<sup>19</sup>

A pesar de que las primeras leyes de control de la migración fueron introducidas desde finales del siglo XIX, no existió un control efectivo de la migración sino hasta después de

---

<sup>14</sup> Schrover, Marlou, *op.cit.*, nota 12, p. 14.

<sup>15</sup> Al respecto, véase Lucassen, Leo, Willems, Wim, Cottaar, Annemarie, *Gypsies and other itinerant groups. A socio-historical approach*, London; New York: MacMillan/St Martin's Press, 1998, 226 p.

<sup>16</sup> Schrover, Marlou, *op.cit.*, nota 12, p. 14.

<sup>17</sup> Sobre este proceso, véase Caplan, Jane, Torpey, John, (eds.), *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton: Princeton University Press, 2001, 428 p.

<sup>18</sup> Véase la sección 7.2.1 de este capítulo, *infra*. En cuanto a Australia se refiere, véanse Australian Department of Immigration and Citizenship, *Abolition of the 'White Australia' Policy e Immigration to Australia During the 20th Century – Historical Impacts on Immigration Intake, Population Size and Population Composition – A Timeline*, disponible en: <http://www.immi.gov.au/> (“media”, “fact sheets” y “publications/research/statistics”).

<sup>19</sup> Por ejemplo, el caso de los judíos en el Reino Unido y de los polacos en la entonces Prusia. Véase la sección 7.2.2 de este capítulo, *infra*.

la Primera Guerra Mundial con la creación de los pasaportes y el uso de los procedimientos de deportación, entre otros.<sup>20</sup> No es casualidad que la idea de una ‘inmigración ilegal’ empezara a consolidarse con el Estado-Nación moderno que surgió después de la Primera Guerra Mundial.<sup>21</sup> Los Estados, motivados por los procesos políticos de reconstrucción, redefinieron la extensión de sus territorios y fronteras y, al reconstruir el concepto de nacionalidad, determinaron los miembros indeseables en su territorio. Los controles migratorios se convirtieron en una herramienta básica de este proceso y su ejecución fue el medio fundamental para lograrlo.<sup>22</sup>

La importancia que empezó a tener la migración irregular durante el período que transcurrió entre las dos guerras mundiales se explica no sólo por la introducción sistemática de controles y políticas migratorias restrictivas en la mayoría de los Estados, sino también por el proteccionismo económico que tuvo lugar durante esos años. La Gran Depresión de la década de los 30’ resultó en un drástico descenso del comercio internacional y el desempleo masivo y los gobiernos empezaron a utilizar las repatriaciones forzadas de extranjeros para dar primacía sus trabajadores nacionales.<sup>23</sup>

El fin de la Segunda Guerra Mundial conllevó un incremento significativo de la migración internacional con fines de empleo. La concentración de la inversión y la expansión de la producción en los países desarrollados tuvieron como consecuencia que grandes cantidades de trabajadores de las áreas menos desarrolladas fueran atraídas a las áreas industrializadas y en rápida expansión de Europa Occidental, Norteamérica y Australia. En varios Estados se establecieron programas de reclutamiento de trabajadores migrantes, pero la mayoría comenzó a llegar de forma ‘espontánea’. Sin embargo, como existía una alta demanda de mano de obra, en especial no calificada, países como Francia, Alemania y los Países Bajos dieron facilidades a estos trabajadores para que regularizaran su situación una vez que habían encontrado trabajo.<sup>24</sup>

Hacia la década de los 70’, se empezó a perfilar una nueva etapa de la migración internacional hacia los países altamente desarrollados cuya característica definitoria fue la proliferación de la migración irregular. La crisis del petróleo de mediados de los 70’ fue la justificación para que la mayoría de países desarrollados pusieran un freno a la migración

---

<sup>20</sup> Véanse Torpey, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 211 p.; Lucassen, Leo, A Many-Headed Monster: The Evolution of the Passport System in the Netherlands and Germany in the Long Nineteenth Century, en Caplan, Jane, Torpey, John, (eds.), *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton: Princeton University Press, 2001, p. 235–255.

<sup>21</sup> En 1933 el Convenio de Montevideo de 26 de diciembre, sobre derechos y deberes de los Estados, señaló formalmente en su artículo 1 los requisitos que debe reunir el Estado como persona de Derecho Internacional: población permanente, territorio determinado, gobierno y capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados. Estos elementos del Estado ya habían sido propuestos alguna vez en la jurisprudencia internacional en la sentencia del 1 de agosto de 1929 del Tribunal Arbitral Mixto Germano-Polaco en el asunto de la *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft vs. Polish State* (T.A.M., *Recueil* IX: 344-347).

<sup>22</sup> Düvell, Franck, 2006, *op.cit.*, nota 9, p. 23. Véanse también sobre este proceso, Ngai y Caestecker, *op.cit.*, nota 10.

<sup>23</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *The age of migration. International population movements in the modern world*, 3a. ed., Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2003, p. 62-65.

<sup>24</sup> Véase la sección 7.4 de este capítulo, *infra*.



internacional. Suspendieron el reclutamiento de trabajadores migrantes e introdujeron políticas y controles migratorios altamente restrictivos dirigidos a evitar nuevas entradas de extranjeros, el aumento de la migración irregular y el uso de artimañas para evadir las regulaciones. Estas nuevas políticas crearon espacios de ilegalidad que se hicieron notar en los años siguientes.<sup>25</sup>

La década de los 80' fue testigo del crecimiento de la migración irregular, la cual, junto con el aumento de refugiados y solicitantes de asilo, se convirtió en el blanco de las políticas migratorias de los Estados desarrollados. La politización de los temas migratorios y las presiones de grupos de la extrema derecha incrementaron la urgencia por controlar este tipo de migración. En consecuencia, tuvo lugar un endurecimiento generalizado de las legislaciones migratorias y la implementación de medidas específicas de control de la migración irregular, por ejemplo los programas de regularización y las sanciones a los empleadores que contrataran a migrantes irregulares. También en esta década se establecieron las visas como requisito de entrada en los países de la OCDE, lo cual fue seguido por varios países y tuvo como consecuencia el restringir -aún más- los movimientos internacionales de personas.<sup>26</sup> Düvell señala que el establecimiento de visas sentó las bases para la consolidación de la migración 'indocumentada'.<sup>27</sup>

En la década de los 90', la migración irregular alcanzó dimensiones exponenciales convirtiéndose en una de las facetas más desafiantes de la migración internacional moderna. La mayoría de los países de la OCDE se involucraron en un esfuerzo sostenido para controlarla a través de la reforma de sus legislaciones migratorias, los procedimientos de entrada y la puesta en marcha de una serie de medidas: controles fronterizos más estrictos, consolidación de la exigencia de visas, castigos para las aerolíneas que transportaran migrantes sin la documentación adecuada, revisiones detalladas de los documentos de identidad, inspecciones en los lugares de trabajo, técnicas para la detección de documentos falsos, castigos más severos en contra del contrabando y tráfico de personas, redefinición de las políticas de asilo y medidas de integración regional.<sup>28</sup> Medidas introducidas años antes como los programas de regularización y las sanciones a los empleadores se siguieron aplicando a la par de otras más drásticas como la restricción de servicios sociales y prestaciones públicas a los migrantes irregulares.<sup>29</sup>

## **7.2 Los inicios de la regulación: finales del siglo XIX a 1914**

### **7.2.1 Norteamérica**

#### **7.2.1.1 Estados Unidos**

---

<sup>25</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 94 y ss.

<sup>26</sup> OECD, *Trends in International Migration: Annual Report 1989*, París: OECD, 1990, p. 84.

<sup>27</sup> Düvell, Franck, 2006, *op.cit.*, nota 9, p. 25.

<sup>28</sup> OECD, *Trends in International Migration: Annual Report 1996*, París: OECD, 1997, p. 52-57.

<sup>29</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos la famosa Propuesta 187 de 1994 preveía dejar sin servicios sociales, educativos y médicos (incluso de urgencia) a los migrantes irregulares y sus descendientes en California. Y a nivel federal, la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* de 1996 restringió a los migrantes irregulares el acceso a prestaciones públicas.

Desde su fundación, Estados Unidos ha sido un país de inmigración y generalmente es considerado como el más importante de todos: se estima que entre 1820 y 2010 han migrado de forma permanente 76, 399, 347 millones de personas.<sup>30</sup> Entre 1820 y 1919, migraron 33, 224, 802 millones de personas,<sup>31</sup> de éstas, 29, 413, 654 millones procedieron de Europa, principalmente de Alemania (18.68 %), Irlanda (14.78%), Italia (13.94%), Gran Bretaña (13.11%) y Rusia (11.14%).<sup>32</sup> Entre 1800 y 1860 la mayoría de los migrantes procedió de Gran Bretaña (66%) y Alemania (22%); y de 1850 a 1914 de Irlanda, Italia, España y Europa del Este, áreas en las que la industrialización llegó más tarde.<sup>33</sup> A la par, también tuvieron lugar migraciones de asiáticos, en especial de chinos y japoneses. Se estima que de 1820 a 1919 migraron 305,008 chinos y 232,749 japoneses.<sup>34</sup>

Hasta antes de 1875, la inmigración en Estados Unidos no estuvo regulada.<sup>35</sup> En 1875 se aprobó la *Act of March 3*, la cual fue la primera ley migratoria que excluyó la entrada a extranjeros indeseables como criminales y prostitutas. A partir de 1880, campañas racistas contra asiáticos llevaron a la aprobación de la *Chinese Exclusion Act* de 1882 (vigente hasta 1943),<sup>36</sup> la cual ordenó, entre otras cosas, la suspensión de la inmigración de trabajadores chinos y la deportación de todos los chinos irregulares en el país. En 1885, la *Act of February 26* prohibió la inmigración de extranjeros con contratos de trabajo arreglados antes de su inmigración. Se exceptuó a extranjeros radicados de forma temporal y sus sirvientes, actores, artistas, profesores, sirvientes domésticos y trabajadores calificados en una industria aún no establecida en Estados Unidos. En 1888, la *Act of October 19* ordenó la expulsión, hasta incluso un año después de su llegada, de todos los extranjeros que hubieran inmigrado de forma irregular con un contrato de trabajo previamente arreglado.<sup>37</sup>

En 1891 se aprobó la *Immigration Act of March 3*, la primera ley de control centralizado de la migración y el precedente más significativo de la actual política estadounidense respecto a los migrantes irregulares. Esta ley previó la creación de una oficina centralizada de inmigración para administrar la aplicación de las leyes migratorias, ordenó la deportación de todos los extranjeros que entraran al país de forma irregular e incluyó dentro de las categorías de extranjeros inadmisibles a personas susceptibles de convertirse en una carga pública, personas con enfermedades contagiosas, delincuentes, convictos, polígamos, etc. Y

---

<sup>30</sup> U.S. Department of Homeland Security (USDHS), *Persons Obtaining Legal Permanent Resident Status: Fiscal Years 1820 to 2010*, tabla 1. Disponible en:

<http://www.dhs.gov/files/statistics/publications/LPR10.shtm>.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> U.S. Department of Homeland Security (USDHS), *Persons Obtaining Legal Permanent Resident Status by Region and Selected Country of Last Residence: Fiscal Years 1820 to 2010*, tabla 2. Disponible en:

<http://www.dhs.gov/files/statistics/publications/LPR10.shtm>.

<sup>33</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 56-57. Sobre la gran migración a Estados Unidos, véase Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, Part IV, The Great Atlantic Migration to North America, p. 77 y ss.

<sup>34</sup> *Persons Obtaining Legal Permanent Resident Status by Region and Selected Country of Last Residence: Fiscal Years 1820 to 2010*, tabla 2, *op.cit.*, nota 32, tabla 2.

<sup>35</sup> De 1790 a 1798, las leyes en la materia se enfocaron en regular cuestiones de naturalización. En 1798 se aprobó la *Aliens Act of June 25*, que fue la primera ley federal relativa más a migración que a naturalización. U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), *Legislation from 1790 – 1900*, p. 2, <http://www.uscis.gov/files/nativelawdocuments/Legislation%20from%201790%20-%201900.pdf>.

<sup>36</sup> La *Act of December 17* de 1943 retiró las restricciones a la inmigración china.

<sup>37</sup> USCIS, *Legislation from 1790-1900*, *op.cit.*, nota 35, p. 3-4.

en 1893, dados los crecientes supuestos de exclusión, la *Act of March 3* estableció una serie de datos (capacidad para leer y escribir, ocupación, estado civil, dinero en efectivo y salud física y mental) que los extranjeros tenían que proporcionar a los oficiales migratorios a su entrada con el fin de que éstos pudieran determinar su admisibilidad.<sup>38</sup>

De 1902 a 1910, se aprobaron varias leyes que reafirmaron la exclusión de asiáticos, tanto chinos (*Act of April 29, 1902, Act of April 27, 1904*) como japoneses (*Immigration Act of February 20, 1907*), y fueron en aumento los supuestos de exclusión: personas enfermas física y mentalmente, anarquistas, menores no acompañados, etc.<sup>39</sup>

### 7.2.1.2 Canadá

Canadá es otro país tradicional de inmigración. La inmigración internacional ha sido sustancial para su desarrollo económico y el aumento de su población, la cual entre 1871 y 1911 pasó de 3.6 a 7.2 millones de personas. A finales del siglo XVIII, recibió una importante inmigración de leales al imperio británico que repudiaron la Revolución Americana y de personas procedentes de Gran Bretaña (en especial de Escocia), Francia, Alemania y el Norte de Europa.<sup>40</sup> A finales del siglo XIX, los inmigrantes comenzaron a llegar de China, Japón e India. También llegaron africanos americanos que trataban de escapar de la esclavitud en Estados Unidos y que para 1860 ya eran 40,000.<sup>41</sup> Se estima que entre 1896 y 1915 migraron a Canadá 1,253,122 británicos, 32,322 chinos, 25,464 franceses, 39,214 alemanes, 76,909 judíos, 120,135 italianos y 16,796 japoneses.<sup>42</sup>

La primera respuesta del gobierno canadiense contra la inmigración no deseada fue la de incluir en la *Immigration Act* de 1869 una disposición que permitía al gobernador prohibir la entrada de indigentes y desposeídos. A partir de 1880, al igual que en Estados Unidos, campañas racistas contra asiáticos llevaron a la aprobación de la *Chinese Immigration Act* de 1885, la cual, con el fin de desincentivar la migración china, gravó con 50 dólares a todos los inmigrantes chinos que llegaran a Canadá.<sup>43</sup> En los años posteriores, el impuesto se fue incrementando hasta llegar a 500 dólares en 1903.<sup>44</sup> Y, en 1897 se aprobó la *Alien*

---

<sup>38</sup> *Ídem*. Véase también Bernard, William S., *Immigration: History of U.S. Policy*, en Jacobson, David (ed.), *The Immigration Reader: America in a Multidisciplinary Perspective*, Oxford: Blackwell Publishers, 1998.

<sup>39</sup> U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), *Legislation from 1901-1940*, p. 1-2, <http://www.uscis.gov/files/nativedocuments/Legislation%20from%201901-1940.pdf>.

<sup>40</sup> Tinker, Hugh, *The British colonies of settlement*, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 14.

<sup>41</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 58.

<sup>42</sup> Bélanger, Claude, *Ethnic origin of Immigrants Admitted to Canada, 1896-1961*, en *Canadian Immigration History*,

[http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/QuebecHistory/stats/EthnicOriginofImmigrantstoCanada\\_000.html](http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/QuebecHistory/stats/EthnicOriginofImmigrantstoCanada_000.html).

<sup>43</sup> La migración procedente de China empezó a llegar a Canadá desde 1858 por la fiebre del oro en British Columbia y para la construcción del ferrocarril. Una vez que quedó terminada la red ferroviaria, empezaron las campañas de exclusión de estos inmigrantes. Al respecto, véase Kanazawa, Mark, *Immigration Exclusion and Taxation: Anti-Chinese Legislation in Gold Rush California*, *The Journal of Economic History*, Vol. 65, No. 3, 2005, p. 779-805.

<sup>44</sup> Canada Department of Citizenship and Immigration, *Canada and Immigration. A Short History of Immigration to Canada: 1869-1994*, p.1, [www.sabresocials.com/kevin/ss11/ss11history/IMMIG.pdf](http://www.sabresocials.com/kevin/ss11/ss11history/IMMIG.pdf).

*Labour Act*, la cual hizo ilegal el alentar la inmigración de extranjeros a través de contratos de trabajo previamente arreglados.<sup>45</sup>

La *Immigration Act* de 1906 prohibió la entrada a enfermos físicos y mentales y a personas susceptibles de convertirse en una carga pública. En 1908 se reformó esta ley y se estableció que todos los inmigrantes debían proceder directamente de su país de origen con el fin de bloquear la inmigración procedente de la India, toda vez que no había un viaje directo en barco desde ese país. De hecho, en 1914 tuvo lugar un incidente relacionado: 376 futuros inmigrantes indios que venían a bordo de un navío llamado '*Komagatu Maru*' fueron detenidos a su llegada a Vancouver y estuvieron varados dos meses en el navío como carga humana mientras se analizaba la procedencia de su expulsión. Al término de los dos meses, se confirmó la legalidad de la orden y el navío y los inmigrantes indios que transportaba fueron regresados al mar con el beneplácito de los residentes locales.<sup>46</sup>

Finalmente, la *Immigration Act* de 1910 dio amplios y discrecionales poderes al gobierno para regular la inmigración a través de las '*Orders in Council*'. Se facultó al gobierno para prohibir el desembarque de extranjeros pertenecientes a razas inapropiadas para el clima o requerimientos de Canadá, o de cierta clase, ocupación o carácter. Asimismo, se permitió la deportación de extranjeros por inmoralidad o infracciones políticas.<sup>47</sup> A partir de esta ley, la regulación legal sólo establecería un marco general que el gobierno moldearía a través de las '*Orders in Council*', según las condiciones económicas imperantes y sus preferencias sociales.

## 7.2.2 Europa

### 7.2.2.1 Reino Unido

El Reino Unido, a diferencia de países como Estados Unidos, Canadá o Australia, no es considerado como un país tradicional de inmigración. No obstante, desde la industrialización ha recibido inmigración internacional: a pequeña escala, pero constante. Durante la Revolución Industrial recibió una importante inmigración de trabajadores irlandeses y judíos que compensaron las grandes cantidades de británicos que emigraron en esa época a Norteamérica y Australia. Para 1851 había 700,000 irlandeses abasteciendo de mano de obra las industrias textiles y de construcción y configurando el 3% de la población de Inglaterra y Gales y el 7% de la población de Escocia. La mano de obra judía también fue relevante: entre 1875 y 1914, 120,000 judíos procedentes de los pogromos de Rusia y Rumania abastecieron la industria textil inglesa.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Buchignani, Norman, Indra, Doreen, *Vanishing Acts: Illegal Immigration in Canada as a Sometime Social Issue*, en Haines, David W., Rosenblum, Karen Elaine, *Illegal immigration in America*, Westport: Greenwood Press, 1999, p. 420.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Canadian Council for Refugees, *A hundred years of immigration to Canada 1900 – 1999*, <http://www.ccrweb.ca/history.html>.

<sup>48</sup> Power, Jonathan, *Migrant workers in Western Europe and the United States*, Oxford; New York: Pergamon Press, 1979, p. 13; Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 60.

Hasta antes de 1905, el gobierno británico no ejerció de forma consistente sus facultades de denegar la entrada o expulsar a los extranjeros (con excepción de los irlandeses). La *Aliens Act* de 1848 facultó al gobierno a expulsar a cualquier persona considerada como una amenaza para el reino, pero esta disposición fue raramente aplicada y quedó en desuso para 1850.<sup>49</sup> Sin embargo, hasta inicios del siglo XX las caridades fueron las que ejercieron una forma de control voluntario de la migración al repatriar a los migrantes indigentes y destituidos que se habían convertido en una carga pública o ayudarlos a emigrar a Estados Unidos, Canadá o Australia.<sup>50</sup>

Las primeras restricciones a la inmigración surgieron hasta 1905 y fueron resultado del sentimiento anti inmigrante que reinaba entre la población y los políticos conservadores desde finales del siglo XIX. Las críticas contra los inmigrantes en ese tiempo se centraron principalmente en los judíos rusos y polacos que empezaron a asentarse en el Este de Londres desde 1880. Se les culpaba de problemas habituales de la época como la pobreza, el desempleo, el trabajo informal, la sobrepoblación y la criminalidad.<sup>51</sup> En respuesta, el gobierno aprobó en 1905 la *Aliens Act*, la cual se enfocó en excluir la entrada de extranjeros indeseables como aquellos sin los medios suficientes para vivir, de mal carácter, enfermos mentales, prostitutas, vividores y convictos, con el fin de aligerar los sistemas públicos de ayuda a los pobres.<sup>52</sup>

### 7.2.2.2 Francia

Francia, al igual que el Reino Unido, comenzó a recibir una importante migración internacional durante la industrialización. La baja tasa de natalidad, más que la emigración de franceses, hizo necesaria la mano de obra extranjera para echar a andar la industria. Trabajadores procedentes de Italia, Bélgica, Suiza, España y Portugal hicieron que la industrialización francesa alcanzara un desarrollo exitoso. Para 1851 había 381,000 trabajadores migrantes y en 1881 la cifra ya rebasaba el millón de personas.<sup>53</sup> También fue importante el papel de los trabajadores del Magreb: se calcula que para 1912 había cerca de 5000 trabajadores procedentes de esa región, cifra que para 1914 ya alcanzaba los 30,000.<sup>54</sup>

En términos generales, desde 1850 hasta la irrupción de la Primera Guerra Mundial, los extranjeros podían moverse libremente hacia y dentro de Francia, adquirir la residencia y tomar empleos sin controles estatales. Entre las escasas regulaciones de este tipo de la época se encuentran una ley de 1893 que requirió a los extranjeros registrarse ante la policía

---

<sup>49</sup> Reinecke, Christiane, *Governing Aliens in Times of Upheaval: Immigration Control and Modern State Practice in Early Twentieth-Century Britain, Compared with Prussia*, *International Review of Social History*, Vol. 54, 2009, p. 53-54.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>51</sup> Pellet, Jill, *The Home Office and Aliens Act, 1905*, *The Historical Journal*, Vol. 32, No. 2, 1989, p. 370.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 373. Sobre las políticas migratorias británicas de finales del siglo XVIII, véanse Gainer, Bernard, *The Alien Invasion: The Origins of the Aliens Act of 1905*, London: Heinemann Educational Books, 1972, 305 p.; Garrard, John, *The English and Immigration: A Comparative Study of Jewish Influx, 1880-1910*, London: Oxford University Press, 1971, 244 p.; Holmes, Colin, *John Bull's Island: Immigration and British Society, 1871-1971*, London: Macmillan, 1988, 448 p.; Feldman, David, *Englishmen and Jews: Social Relations and Political Culture, 1840-1914*, New Haven: Yale University Press, 1994, 420 p.

<sup>53</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 62.

<sup>54</sup> Potts, Lydia, *op. cit.*, nota 8, p. 134-135.

y un decreto de 1899 que permitió a los gobiernos locales establecer un tope al número de extranjeros que podían trabajar en cargos públicos, ambos raramente aplicados.<sup>55</sup>

Si bien durante este período la migración laboral se dio de forma espontánea y no regulada, estuvo organizada por el sector privado. Asociaciones de granjeros y mineros se encargaron de organizar el reclutamiento de trabajadores migrantes y de establecer las condiciones de contratación. El gobierno se encargó de integrar a los recién llegados, nacionalizar a los trabajadores migrantes de los países europeos vecinos y aumentar el número de efectivos de la armada con los nuevos ciudadanos.<sup>56</sup> Ejemplo de esto son la ley del 22 de marzo de 1849 que facilitó la naturalización de niños de padres extranjeros nacidos en Francia y la Ley de Nacionalidad de 1889 que abolió el derecho de repudiar a una persona nacida en Francia de origen extranjero y estableció que todos los hijos de ciudadanos franceses, cualquiera que fuera el lugar de su nacimiento, serían franceses.<sup>57</sup>

### 7.2.2.3 Alemania<sup>58</sup>

La industrialización llegó más tardíamente al Imperio Alemán, pero al igual que en los casos de Inglaterra y Francia, la mano de obra migrante, en este caso de polacos, ucranianos, holandeses, italianos y belgas, fue clave para su desarrollo.<sup>59</sup> En 1871 había alrededor de 206,755 trabajadores migrantes, cifra que se fue incrementando rápidamente en los años siguientes: 433,254 en 1890 y 1,259,873 en 1910, de los cuales la mayoría se ocupaba en la agricultura (300,000), la industria (500,000) y el transporte (86,000). La cuantiosa inmigración polaca y el temor de que su asentamiento debilitara el poderío prusiano en las provincias del Este, llevó a que en 1885 se llevaran a cabo las primeras prácticas de control de la inmigración: se deportaron 40,000 polacos y se cerró la frontera.<sup>60</sup>

Para 1890 emergió un rígido sistema de control que sólo autorizó la contratación temporal de los trabajadores polacos y los obligó a dejar el territorio alemán por los meses de invierno para no tenerles que pagar durante esta época improductiva. Al principio sólo se les permitió ocuparse en la agricultura, pero paulatinamente fueron autorizados a tomar trabajos en la industria. Sus contratos de trabajo establecían condiciones muy inferiores a las de los trabajadores nacionales y, en caso de que dejaran sus empleos por otros mejor

---

<sup>55</sup> Ogden, Philip E., White, Paul E., (eds.), *Migrants in modern France: population mobility in the later nineteenth and twentieth centuries*, London; Boston: Unwin Hyman, 1989, p. 162.

<sup>56</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 62; Hollifield, James, F., *Immigration and Republicanism in France: The Hidden Consensus*, en Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L., Hollifield, James F., (eds.), *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 146.

<sup>57</sup> Plender, Richard, *The New French Nationality Law*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 23, No. 4, 1974, p. 711.

<sup>58</sup> Cuando se habla de Alemania en esta etapa, se hace referencia a lo que en ese tiempo era el Imperio Alemán unificado o Segundo Imperio Alemán (1871-1918), siendo Prusia el Estado más grande e importante del Imperio.

<sup>59</sup> Bade, Klaus J., *Germany: Migrations in Europe up to the end of the Weimar Republic*, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 133 y ss.

<sup>60</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 61; Potts, Lydia, *op. cit.*, nota 8, p. 135.

pagados, se les imponían severas penas que iban del regreso forzado a sus empleadores y su encarcelamiento, a su deportación.<sup>61</sup>

A partir de 1908, las restricciones antes impuestas sólo a los trabajadores polacos se hicieron extensivas a los demás trabajadores extranjeros. Sólo se admitieron trabajadores solteros y se les obligó a portar un permiso de trabajo y quedarse en el empleo que se les había asignado inicialmente. Fueron frecuentes las inspecciones en los lugares de trabajo con el fin de detectar trabajadores irregulares o que no cumplieran con la regulación.<sup>62</sup>

Uno de los elementos centrales de la política migratoria prusiana fue el uso de los procedimientos de deportación como medio para controlar la migración internacional. Los extranjeros no tenían ningún derecho de residencia y podían ser deportados en cualquier momento y sin ninguna explicación. A lo largo del siglo XIX y principios del XX, las autoridades prusianas deportaron a un buen número de extranjeros con base en su etnicidad. En las décadas siguientes se añadieron a los supuestos de deportación la religión, el estatus social y cualquier incumplimiento a las regulaciones migratorias, en especial la entrada y empleo irregulares.<sup>63</sup>

### 7.3 Establecimiento sistemático de controles migratorios: 1914-1945

#### 7.3.1 Norteamérica

##### 7.3.1.1 Estados Unidos

Durante el período que transcurrió entre las guerras mundiales, Estados Unidos aprobó una serie de leyes altamente discriminatorias que establecieron un sistema de cuotas de admisión de extranjeros por razón de grupo étnico.<sup>64</sup> En 1917, la *Immigration Act of February 5* excluyó la entrada de asiáticos y aumentó los supuestos de inadmisibilidad. En 1921, la *Quota Law of May 19* limitó la entrada de extranjeros (en especial asiáticos y europeos)<sup>65</sup> al 3% del número de personas que de esa nacionalidad vivieran en 1910 en Estados Unidos (año en que se realizó un censo). Dicho porcentaje sería reducido al 2% en 1924 por la *Immigration Act of May 26*.<sup>66</sup>

En 1924, la *Act of May 28* creó la Patrulla Fronteriza con el fin de controlar el contrabando y el creciente número de personas que empezaban a cruzar las fronteras de modo

---

<sup>61</sup> Bade, Klaus J., From Emigration to Immigration: The German Experience in the Nineteenth and Twentieth Centuries, *Central European History*, Vol. 28, No. 4, 1995, p. 516-517.

<sup>62</sup> Bade, Klaus J., German Emigration to the United States and Continental Immigration to Germany in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries, *Central European History*, Vol. 13, No. 4, 1980, p. 348-377.

<sup>63</sup> Reinecke, Christiane, *op.cit.*, nota 49, p. 60-61.

<sup>64</sup> Este sistema estuvo vigente hasta 1965, año en que la *Immigration and Nationality Act* lo eliminó e inició una política de admisión con base en la reunificación familiar, y mantuvo una entrada anual moderada de inmigrantes durante los años 50' y 60': 250,000 en los 50' y 330,000 en los 60'. *Persons Obtaining Legal Permanent Resident Status: Fiscal Years 1820 to 2010*, tabla 1, *op.cit.*, nota 30.

<sup>65</sup> México estuvo excluido de los países a los que se les aplicó esta ley, por lo que la entrada de mexicanos permaneció sin restricciones numéricas.

<sup>66</sup> USCIS, *Legislation from 1901-1940*, *op.cit.*, nota 39, p.2-3; Bernard, William S., *op.cit.*, nota 38, p. 63 y ss.

irregular.<sup>67</sup> Para 1925, el Servicio de Inmigración y Naturalización estimaba que había alrededor de 1.4 millones de extranjeros irregulares viviendo en Estados Unidos. Esta estimación se basaba en que no se tenía registro de su admisión, por lo que se les consideraba como “ilegales”.<sup>68</sup> En respuesta, la *Act of March 4* de 1929 tipificó como infracción la entrada irregular de extranjeros, ya fuera a través de fraude o de lugares no designados, y como delito el reingreso de aquéllos previamente deportados. Castigó ambas conductas con multa, prisión o ambas.<sup>69</sup>

El primer programa de regularización en Estados Unidos data de 1929. La *Registry Act* de ese año autorizó la regularización de los extranjeros honestos y respetuosos de la ley que estuvieran en el país bajo alguna irregularidad técnica. Los solicitantes tenían que demostrar que habían vivido ininterrumpidamente en Estados Unidos desde 1921, tener “buen carácter moral” y pagar una cuota de 20 dólares. El 80% de los migrantes que pudieron regularizar su situación fueron europeos y canadienses.<sup>70</sup>

A partir de 1935, se introdujo una forma administrativa de regularizar a los migrantes irregulares llamada “pre examinación”.<sup>71</sup> El procedimiento era aplicable a los migrantes irregulares a quienes la deportación les causara una situación penosa, por ejemplo aquellos con esposo (a) o hijo (s) estadounidenses. Consistía en que el Departamento de Trabajo suspendía su deportación para que pudieran partir a Canadá, obtener una visa para Estados Unidos y entrar nuevamente pero ya de forma legal y como residentes permanentes. De 1935 a 1958, alrededor de 58,000 extranjeros pudieron legalizar su estatus. El procedimiento fue hecho en exclusiva para los migrantes irregulares europeos, pues asiáticos y mexicanos fueron excluidos. Como bien señala Mae, se trató de una política profundamente racista, pues sólo consideró que los europeos podían tener una situación penosa con la deportación y no otros grupos de extranjeros como los mexicanos, cuyas familias dependían de las remesas que enviaban desde Estados Unidos.<sup>72</sup>

En 1940, la *Alien Registration Act of June 28* ordenó la deportación de todos los extranjeros culpables de contrabando y ayudar a otros extranjeros a entrar de forma irregular al país.<sup>73</sup> También estableció que se podía suspender la deportación de aquellos extranjeros de “buen carácter moral” a quienes la deportación les causará un detrimento económico serio. A pesar de las políticas que suspendieron la deportación de miles de migrantes irregulares, el número de deportaciones alcanzó un número importante para finales de este período: pasó

---

<sup>67</sup> Sobre la historia de la Patrulla Fronteriza, véase Vargas, Jorge, *Abusos de la Patrulla Fronteriza de Estados Unidos, trabajadores indocumentados mexicanos y derechos humanos internacionales*, México: CNDH, 2002, 127 p.

<sup>68</sup> Ngai, Mae M., *op.cit.*, nota 10, p. 78.

<sup>69</sup> USCIS, *Legislation from 1901-1940*, *op.cit.*, nota 39, p. 2-4.

<sup>70</sup> Ngai, Mae M., *op.cit.*, nota 10, p. 98.

<sup>71</sup> Esta forma de regularización fue establecida a nivel legal en 1948 en la *Act of July 1*, la cual además hizo posible la suspensión de la deportación de extranjeros, aún cuando fueran inelegibles para naturalización “por razón de su raza”. U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), *Legislation from 1941-1960*, p. 2-3, <http://www.uscis.gov/files/nativedocuments/Legislation%20from%201941-1960.pdf>.

<sup>72</sup> Ngai, Mae M., *op.cit.*, nota 10, p. 99-100.

<sup>73</sup> USCIS, *Legislation from 1901-1940*, *op.cit.*, nota 39, p. 4-6.



de 2,762 en 1920 a 38,795 en 1940.<sup>74</sup> Destacan 500,000 repatriaciones forzadas de mexicanos durante la Gran Depresión.<sup>75</sup>

### 7.3.1.2 Canadá

La *Immigration Act* de 1919 formalizó los lineamientos para migrar: raza, cultura y religión ('*white, anglo-saxons, protestant*' o WASP). Se prefirieron británicos, americanos y europeos occidentales. La segunda categoría de preferencia fueron los europeos del sur y del este. Y la tercera los judíos, por no adaptarse por su cultura, religión e idioma. Los no aceptables fueron los asiáticos y africanos.<sup>76</sup> Esta ley aumentó los supuestos de deportación y denegación de entrada de extranjeros. Por ejemplo, se autorizó deportar a alcohólicos crónicos y analfabetas y denegar la entrada a extranjeros de cualquier raza por razones económicas o industriales existentes en Canadá, su no adaptación o "sus peculiares hábitos o formas de vida".<sup>77</sup>

Las restricciones a la migración procedente de Asia continuaron. En 1923 se aprobó una '*Order in Council*' que prohibió la inmigración asiática por completo, con excepción de agricultores, granjeros, empleadas para el servicio doméstico y las esposas e hijos de aquellas personas que residieran legalmente en Canadá. El término 'asiático' fue entendido ampliamente e incluyó a países como Turquía. También en 1923 se aprobó la *Chinese Immigration Act*, la cual prohibió todo tipo de inmigración china, a excepción de estudiantes, hijos de canadienses e inversionistas.<sup>78</sup>

Con la depresión de los años 30', las deportaciones aumentaron notoriamente. De 1930 a 1935 fueron deportados 28,097 inmigrantes por haberse convertido en una carga pública, estar desempleados, por razones políticas, médicas y de criminalidad. Otras razones de deportación fueron la participación u organización de huelgas u otras actividades sindicales. En 1931 se emitió una '*Order in Council*' con el fin de autorizar la inmigración exclusivamente a ciudadanos americanos y británicos, y a agricultores con medios económicos.<sup>79</sup>

## 7.3.2 Europa

### 7.3.2.1 Reino Unido

En el período entreguerras el gobierno del Reino Unido aumentó sus facultades de control de la migración, tanto en las fronteras como dentro del país. En 1914 aprobó la *Aliens Restriction Act*, la cual endureció los controles migratorios al permitir la deportación de

---

<sup>74</sup> Ngai, Mae M., *op.cit.*, nota 10, p. 77 y 104.

<sup>75</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 63.

<sup>76</sup> Canada Department of Citizenship and Immigration, *op.cit.*, nota 44, p. 1.

<sup>77</sup> Canadian Council for Refugees, *op.cit.*, nota 47.

<sup>78</sup> *Ídem.*

<sup>79</sup> *Ídem.*

extranjeros y establecer que toda persona que buscara admisión debía presentar un documento de identidad (pasaporte) y ser interrogado por un oficial migratorio.<sup>80</sup>

Durante la Primera Guerra Mundial los extranjeros considerados como “enemigos” fueron confinados, vigilados y deportados.<sup>81</sup> Se dotó de poderes a los oficiales migratorios para detener y expulsar a extranjeros sin ningún procedimiento legal previo,<sup>82</sup> y se recluyeron y deportaron alrededor de 32,000 y 20,000 “extranjeros enemigos”, respectivamente.<sup>83</sup> También se prohibió el movimiento de extranjeros a ciertas áreas y se prohibió a los declarados como “enemigos” moverse más allá de 5 millas de su domicilio sin un permiso especial.<sup>84</sup> Y, con el fin de controlar a la población extranjera en el país, se creó el Registro Nacional de Extranjeros con los datos de todos los extranjeros en el país, tanto amigos como enemigos.<sup>85</sup>

La *Aliens Restriction Act* de 1919 reforzó las facultades de los oficiales migratorios sobre la admisión de extranjeros y estableció restricciones a éstos para tomar empleos en el servicio público.<sup>86</sup> Se hizo obligatoria la presentación de pasaportes y visas y, en respuesta a temores proteccionistas de que la inmigración incrementaría el desempleo, se obligó a los extranjeros admitidos a obtener un permiso de trabajo.<sup>87</sup> Asimismo, la *Aliens Order* de 1920 obligó a todos los extranjeros a registrarse en la policía y portar una tarjeta de identidad que documentara su registro.

La llegada de migrantes de color que habían servido en la marina mercante durante la guerra, y que ahora reclamaban su derecho de permanecer en la ‘madre patria’ como ciudadanos, así como sus matrimonios con mujeres blancas, fueron causas de alarma y razón para intensificar los procedimientos de registro. En este contexto, la *Coloured Alien Seamen Order* de 1925 estableció que todos los marinos de color tenían que registrarse con la policía inmediatamente después de su llegada si no podían probar que eran ciudadanos británicos.<sup>88</sup>

Es notorio como durante este período se criminalizaron la entrada, permanencia y empleo irregulares de extranjeros, conductas etiquetadas a partir de esta época como “irregulares” o “ilegales”. A partir de 1918, destaca el uso de la deportación como medio para controlar la

---

<sup>80</sup> Layton-Henry, Zig, Britain: The would-be zero-immigration country, en Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L., Hollifield, James F. (eds.), *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 282.

<sup>81</sup> Se puso especial énfasis en los alemanes. Reinecke, Christiane, *op.cit.*, nota 49, p. 40 y 47.

<sup>82</sup> Saunders, Kay, The Stranger in our Gates’: Internment Policies in the United Kingdom and Australia during the Two World Wars, 1914–39, *Immigrants and Minorities*, Vol. 22, No. 1, 2003, p. 38.

<sup>83</sup> Bird, J.C., *Control of Enemy Alien Civilians in Great Britain, 1914–1918*, New York: Garland Publishers, 1986, p. 8.

<sup>84</sup> Page, Arthur, *War and alien enemies*, London: Stevens and sons, limited, 1915, 223 p.

<sup>85</sup> Reinecke, Christiane, *op.cit.*, nota 49, p. 48.

<sup>86</sup> United Kingdom, *Aliens Restriction Act, 1919*.

<sup>87</sup> United Kingdom, House of Commons, *The Procedure Regulating the Entry of Foreigners for Employment in Great Britain*, Accounts and Papers, Session 1928/1929, XVI, Memorandum del Ministerio de Trabajo, p.513–518, citado por Reinecke, Christiane, *op.cit.*, nota 49, p. 49.

<sup>88</sup> Lane, Thomas, The Political Imperatives of Bureaucracy and Empire: The Case of the Coloured Alien Seamen Order, 1925, *Immigrants and Minorities*, Vol. 13, 1994, p. 104–129.

migración y sancionar cualquier incumplimiento migratorio. Como señala Reinecke, esto muestra un cambio notorio en la política migratoria británica: hasta antes de 1920, el principal supuesto de deportación era la comisión de delitos; a partir de esta fecha, fue la entrada, permanencia y empleo irregulares, ya sea por no tener un documento válido de identidad (pasaporte), no haberse registrado a su llegada ante la policía, o no contar con el correspondiente permiso de trabajo.<sup>89</sup>

### 7.3.2.2 Francia

Francia fue el único país de Europa Occidental que durante estos años recibió una migración laboral sustancial. Las bajas tasas de natalidad desde finales del siglo XIX y la pérdida de vidas durante la Primera Guerra Mundial hicieron necesaria la importación de trabajadores migrantes: de las colonias durante la Primera Guerra Mundial y de europeos en la posguerra. Se estima que alrededor de 220,000<sup>90</sup> trabajadores procedentes de las colonias fueron reclutados durante la Primera Guerra Mundial y que 2 millones de trabajadores migrantes llegaron entre 1920 y 1930. Para 1931 ya había 2,7 millones de extranjeros configurando el 6.6% de la población francesa, la mayoría procedía de Italia (808,000), Polonia (508,000), España (352,000) y Bélgica (254,000).<sup>91</sup>

Los inicios del sistema de control de la inmigración en Francia datan de este período.<sup>92</sup> El gobierno tomó una participación activa en la regulación y el reclutamiento de trabajadores migrantes a través de diversas medidas. En abril de 1917 decreto que todos los trabajadores migrantes debían portar una tarjeta especial de identidad. También en 1917 creó el Servicio de Trabajo Extranjero con el fin de organizar el reclutamiento de trabajadores migrantes. Se firmaron acuerdos de trabajadores migrantes con Polonia e Italia (1919), Checoslovaquia (1920), Bélgica (1921), Luxemburgo (1923), Austria (1928), Yugoslavia y Grecia (1929) y Rumania (1930), y se establecieron oficinas en el exterior para supervisar el proceso migratorio.<sup>93</sup> El sector privado también tuvo un papel sustancial en el reclutamiento de trabajadores migrantes: agricultores e industriales crearon en 1924 la Sociedad General de Inmigración, la cual entre 1924 y 1931 estableció un monopolio *de facto* de la organización

---

<sup>89</sup> Reinecke, Christiane, *op.cit.*, nota 49, p. 58.

<sup>90</sup> No obstante, para 1920 este número ya había disminuido a 6,000 por las deliberadas políticas de repatriación, motivadas principalmente por la situación económica reinante, por ejemplo el aumento de las tasas de desempleo. Ogden, Philip E. & White, Paul E., (eds.), 1989, *op.cit.*, nota 55, p. 162.

<sup>91</sup> Weil, Patrick, *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration, 1938-1991*, París, Calmann-Lévy, 1991, Apéndice, Tabla 4. Véase también Noiriel, Gérard, *Italians and Poles in France, 1880-1945*, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 142 y ss.

<sup>92</sup> La presión de los sindicatos fue decisiva para el inicio de la regulación de la migración laboral. Los sindicatos vieron la migración laboral como un medio para facilitar la reconstrucción y el crecimiento económico en la posguerra, pero condicionaron su aceptación a la introducción de medidas para regularla y proteger a los trabajadores franceses. Haus, Leah, *Labor Unions and Immigration Policy in France*, *International Migration Review*, Vol. 33, No. 3, 1999, p. 689-690.

<sup>93</sup> Collomp, Catherine, *Immigrants, Labor Markets, and the State, a Comparative Approach: France and the United States, 1880-1930*, *The Journal of American History*, Vol. 86, No. 1, 1999, p. 49-51.

de la migración laboral y supervisó la introducción de alrededor de 500,000 trabajadores extranjeros.<sup>94</sup>

A la par de las formas organizadas de importación de mano de obra, tuvo lugar una llegada “espontánea” de trabajadores migrantes. Se estima que 30% de los trabajadores migrantes que llegaron durante estos años lo hicieron de esta forma; por lo general eran artesanos, comerciantes y profesionistas. Unos cumplían con la obligación de registrarse como trabajadores en los puestos fronterizos, pero la mayoría evadía los controles fronterizos con el fin de conseguir empleos sin contratos de trabajo.<sup>95</sup>

Con la depresión de los años 30’ comenzaron las hostilidades y políticas restrictivas hacia la población extranjera. Tuvo lugar una vigilancia policial intensiva a través de la creación de miles de expedientes con información detallada de las personas nacidas en el extranjero, se establecieron cuotas máximas de trabajadores extranjeros en las empresas, se permitió su despido en sectores con desempleo y empezaron las deportaciones.<sup>96</sup>

### **7.3.2.3 Alemania<sup>97</sup>**

Dentro de Europa, los estados alemanes -Prusia en particular- fueron los que desarrollaron los controles migratorios más complejos durante estos años, tanto en las fronteras como dentro del país, si bien desde antes de 1914 ya tenían implementado un rígido sistema de control de la migración internacional. No obstante, en esta etapa se introdujo una nueva regulación de la migración laboral basada en el monopolio estatal del reclutamiento de trabajadores migrantes, el empleo preferencial de los nacionales, el establecimiento de cuotas anuales de trabajadores extranjeros, la deportación de los trabajadores irregulares y las sanciones a los empleadores que los contrataran.<sup>98</sup>

A lo largo de este período se siguió con la permisiva política de deportar a cualquier extranjero no deseado, política bien establecida en los estados alemanes desde varias décadas atrás. No obstante, aumentaron las deportaciones basadas en la entrada, permanencia o empleo irregulares. La falta de un documento válido de identidad o del registro oportuno ante la policía eran causas suficientes de deportación. Para 1921 hubo un ligero cambio en la política prusiana de deportación: se exceptuó de deportación a aquellos extranjeros residentes de largo plazo y se definieron los supuestos de deportación. No obstante, estos cambios no disminuyeron el uso de este procedimiento como medio de control.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Ogden, Philip E., White, Paul E., (eds.), 1989, *op.cit.*, nota 55, p. 162.

<sup>95</sup> Collomp, Catherine, *op.cit.*, nota 93, p. 50.

<sup>96</sup> Ogden, Philip E., Labour Migration to France, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 290.

<sup>97</sup> Cuando se habla de Alemania durante estos años, se hace referencia al Imperio Alemán unificado o Segundo Imperio Alemán hasta 1918, a la República de Weimar hasta 1933 (si bien el país se siguió llamando Imperio Alemán) y al Tercer Imperio Alemán hasta 1945.

<sup>98</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 65.

<sup>99</sup> Reinecke, Christiane, *op.cit.*, nota 49, p. 61-63.

A raíz de la llegada de refugiados (en su mayoría judíos) que huían de la situación política de Europa Central y del Este en 1918, se llevaron a cabo controles más estrictos de registro ante la policía y de revisión de pasaportes, visas y permisos de trabajo. Asimismo, se deportaron y encarcelaron a los extranjeros que no podían probar que tenían un empleo “provechoso” y un lugar donde vivir, o que habían sido declarados culpables de la comisión de un delito.<sup>100</sup>

Durante la Segunda Guerra Mundial todos los países en combate hicieron uso del trabajo forzado de los prisioneros de guerra. Sin embargo, destaca el régimen nazi que reclutó grandes cantidades de trabajadores migrantes para sustituir a los 11 millones de alemanes enlistados en la guerra. Algunos trabajadores fueron reclutados por la fuerza en los países invadidos (destaca el caso de Polonia, reserva tradicional de mano de obra de Alemania) y, otros, de forma voluntaria en países neutrales o amigos como Italia y Croacia. Al final de la guerra había unos 7.5 millones de trabajadores migrantes en Alemania, de los cuales 1.8 millones eran prisioneros de guerra. Se estima que una cuarta parte de la producción industrial alemana de 1944 fue llevada a cabo por trabajadores migrantes y que la maquinaria de guerra nazi hubiera colapsado sin la mano de obra extranjera.<sup>101</sup>

## **7.4 Primeros movimientos significativos de trabajadores migrantes irregulares: 1945-1973**

### **7.4.1 Norteamérica**

#### **7.4.1.1 Estados Unidos**

Durante este período, y con el fin de cubrir la escasez de mano de obra ocasionada por la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos llevó a cabo un intensivo reclutamiento de trabajadores migrantes. En 1942 firmó un acuerdo de trabajadores temporales para la agricultura con México (“Programa Bracero”), el cual estuvo vigente hasta 1964.<sup>102</sup> En 1943 la *Act of April 29* autorizó la contratación de más trabajadores para la agricultura de Norte, Centro y Sudamérica, la cual se extendió hasta 1947. Y en 1944 la *Act of February 14* previó la contratación de trabajadores del Caribe para la industria y los servicios.<sup>103</sup>

Se estima que el “Programa Bracero” significó la entrada a Estados Unidos de 5 millones de trabajadores mexicanos de forma legal y otro tanto de forma ilegal debido a la ejecución de diversas políticas que dispararon los movimientos irregulares de estos trabajadores durante su vigencia.<sup>104</sup> Por ejemplo, un acuerdo de 1949 contempló que todos los

---

<sup>100</sup> *Ídem.*

<sup>101</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 65.

<sup>102</sup> Este programa operó en primera instancia como acuerdo bilateral y posteriormente se previó la base legal de su operación y extensión en las *Act of April 29* de 1943, *Agricultural Act of October 31* de 1949, *Act of July 12* de 1951 y *Act of December 13* de 1963. Para un análisis a fondo del ‘Programa Bracero’, véase Durand, Jorge, *Programas de trabajadores temporales. Evaluación y análisis del caso mexicano*, México: CONAPO, 2006, 106 p.

<sup>103</sup> USCIS, *Legislation from 1941-1960*, *op.cit.*, nota 71, p. 1.

<sup>104</sup> Calavita, Kitty, Mexican Immigration to the USA: The contradictions of border control, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 237-238.

trabajadores irregulares que fueran identificados tendrían preferencia para obtener el estatus de “braceros”.<sup>105</sup> También se siguieron prácticas de trasladarlos a la frontera mexicana con el fin de llevarlos de vuelta a Estados Unidos como braceros legales.<sup>106</sup> Se calcula que de 1947 a 1949 más de 142,000 trabajadores fueron legalizados a través de estos medios, mientras que en ese mismo período sólo 74,600 trabajadores mexicanos entraron de forma legal.<sup>107</sup>

El Servicio de Inmigración y Naturalización (INS en adelante) también alentó la migración irregular durante ese período. Por ejemplo, durante la época de cosecha no inspeccionaba ranchos ni granjas en busca de trabajadores irregulares, ni tampoco los deportaba.<sup>108</sup> El Congreso también contribuyó al incremento de la migración irregular: redujo el presupuesto de la patrulla fronteriza y en 1952 que aprobó la *Act of March 20* con el fin de hacer ilegal el proteger, esconder o transportar migrantes irregulares, no incluyó el empleo de estos migrantes en el ámbito de la prohibición (*Texas Proviso*).<sup>109</sup>

Bajo este contexto político y legal, la migración irregular con fines de empleo aumentó rápidamente: de 1942 a 1952 el INS aprehendió cerca de 2 millones de trabajadores irregulares, la mayoría de México. En 1953, empezaron a sonar señales de alarma por el alto número de trabajadores irregulares y sus consecuencias negativas sobre los trabajadores nacionales.<sup>110</sup> En respuesta, se llevó a cabo la “Operación Espalda Mojada” y se deportaron grandes cantidades de mexicanos. Entre 1960 y 1970 el número anual de aprehendidos osciló entre 23,000 y 345,000 trabajadores. Para 1978 la cifra anual ya ascendía a más de 1 millón de personas.<sup>111</sup>

En los años posteriores al “Programa Bracero” se hicieron esfuerzos legislativos con el fin de controlar la migración irregular de trabajadores. Uno de ellos fue la *Act of October 24* de 1962, la cual previó la creación de un registro de entradas legales de extranjeros a los Estados Unidos y la suspensión de la deportación de aquellos migrantes irregulares que llevaran físicamente en el país de 7 a 10 años. Asimismo, en 1972 se reformó la *Social Security Act* con el fin de proveer la asignación de un número de seguro social a todos los

---

<sup>105</sup> Galarza, Ernesto, *Merchants of labor: The Mexican Bracero Story; an account of the managed migration of Mexican farm workers in California, 1942-1960*, Santa Barbara: McNally & Loftin, 1964, p. 63.

<sup>106</sup> Para abundar sobre estas prácticas, véase Calavita, Kitty, *Inside the State: The Bracero Program, Immigration and the INS*, New York: Routledge, Chapman and Hall, 1992, 243 p.

<sup>107</sup> Samora, J., *Los mojados: The Wetback Story*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971, p. 47-48.

<sup>108</sup> Calavita, Kitty, 1995, *op.cit.*, nota 104, p. 237.

<sup>109</sup> Stacy, Lee, *Mexico and the United States*, Tarrytown: Marshall Cavendish, 2002, p. 811.

<sup>110</sup> Con el fin de proteger a los trabajadores nacionales, la *Immigration and Nationality Act* de 1965 estableció como requisito para contratar a un trabajador extranjero la certificación del Departamento de Trabajo de que no había trabajadores estadounidenses disponibles para el empleo en cuestión y que la contratación de dicho trabajador no afectaría adversamente los salarios y las condiciones laborales de los trabajadores nacionales en empleos similares. U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), *Legislation from 1961-1980*, p. 2, <http://www.uscis.gov/files/nativedocuments/Legislation%20from%201961-1980.pdf>.

<sup>111</sup> Calavita, Kitty, 1995, *op.cit.*, nota 104, p. 238.

extranjeros que entraran legalmente al país, ya fuera como residentes permanentes o como trabajadores temporales.<sup>112</sup>

#### 7.4.1.2 Canadá

Después de 1945 la política migratoria de Canadá continuó siendo excluyente y racista. A pesar de que en 1947 se derogó la *Chinese Immigration Act*, las restricciones a la migración china siguieron pues aún estaba vigente la regulación de los años 30' que excluía la inmigración asiática. La *Immigration Act* de 1952 estableció un sistema de cuotas de admisión a los nacionales de la India, Pakistán y Ceilán (Sri Lanka). Y reforzó las facultades del gobierno en la selección, admisión y deportación de extranjeros, las cuales podían estar motivadas por razones de nacionalidad, costumbres o falta de adaptación a la cultura o clima canadienses.<sup>113</sup>

La migración irregular empezó a ser notoria en Canadá en la década de los 60'. En consecuencia, el gobierno puso en marcha en 1960 el '*Chinese Adjustment Statement Program*' con el fin de regularizar a la población irregular china, la cual había crecido en los últimos años como consecuencia de las restricciones impuestas años atrás a su inmigración. Los requisitos para poder ser regularizado incluían tener buen carácter moral y no estar implicado en la industria de la inmigración irregular. El programa estuvo vigente toda la década de los 60' y regularizó alrededor de 12,000 chinos.<sup>114</sup>

Para 1970, la migración irregular adquirió dimensiones significativas. Es cierto, como señala Robinson, que "cualquier país que dependa de la inmigración está destinado a experimentar cierto nivel de migración ilegal"<sup>115</sup>, así como que en "Canadá no se había experimentado el grado de seriedad que en otros países de inmigración".<sup>116</sup> Sin embargo, como enfatiza Hawkins, ciertas políticas implementadas por el gobierno durante 1967 abrieron la puerta a la migración irregular.<sup>117</sup>

La primera fue autorizar a los visitantes temporales el solicitar su admisión como inmigrantes permanentes una vez presentes en Canadá.<sup>118</sup> Y la segunda fue permitir la apelación de la decisión que negara dicha admisión ante el *Immigration Appeal Board*, sin importar el estatus migratorio del solicitante en el momento de hacer la apelación. El resultado fue dramático: empezó a llegar un número inusual de turistas de todas partes del

---

<sup>112</sup> USCIS, *Legislation from 1961-1980*, *op.cit.*, nota 110, p. 1 y 4.

<sup>113</sup> Canadian Council for Refugees, *op.cit.*, nota 47.

<sup>114</sup> Khandor, Erika, *et.al.*, *The Regularization of Non-Status Immigrants in Canada 1960-2004: Past Policies, Current Perspectives, Active Campaigns*, Centre of Excellence for Research on Immigration and Settlement (CERIS), 2004, p. 21-22,

[http://www.socialplanningtoronto.org/Research%20&%20Policy%20Updates/Regularization\\_booklet.pdf](http://www.socialplanningtoronto.org/Research%20&%20Policy%20Updates/Regularization_booklet.pdf).

<sup>115</sup> Robinson, W. G., *Illegal Immigrants in Canada: Recent Developments*, *International Migration Review*, Vol. 18, No. 3, 1984, Special Issue: Irregular Migration: An International Perspective, p. 474.

<sup>116</sup> Robinson, W. G., *Illegal Immigrants in Canada; A report to the Honourable Lloyd Axworthy, Minister of Employment and Immigration*, Ottawa, Public Affairs Division, Employment and Immigration Canada, 1983, p. 29.

<sup>117</sup> Hawkins, Freda, *Canada and immigration; Public Policy and Public Concern*, 2ª Ed., Kingston, McGill-Queen's University Press, 1988, p. 387.

<sup>118</sup> *Order in Council 1967*, sección 34.

mundo. Como señala Hawkins, “se corrió la voz de que la forma más fácil de entrar a Canadá era simplemente llegar como turista, solicitar la admisión como inmigrante y, en caso de negativa, remitir una apelación al nuevo *Immigration Appeal Board*. Una apelación tomaría tiempo, particularmente si varios turistas lo solicitaban; esto daría oportunidad al inmigrante de establecerse, encontrar un trabajo y, quizá, iniciar una familia, lo cual disminuiría las posibilidades de deportación”.<sup>119</sup> Se estima que 13,000 personas pudieron regularizar su estatus migratorio a través de las apelaciones.<sup>120</sup>

En 1970 aproximadamente 45,000 turistas solicitaron su admisión como inmigrantes a su llegada a Canadá; para 1972, estas solicitudes crecían a una tasa mensual de 8,700. En mayo de 1973, el *Immigration Appeal Board* ya tenía un rezago de casi 18,000 solicitudes, mientras que su capacidad de procesamiento era de 100 solicitudes al mes. En consecuencia, en noviembre de 1973 se revocó la sección 34 de la regulación de 1967 que permitía a los visitantes solicitar el estatus de inmigrantes permanentes dentro de Canadá. Sin embargo, para ese tiempo ya había una cantidad muy grande de migrantes irregulares. Por tal motivo, el gobierno implementó el *Adjustment of Status Program* con el fin de regularizar a los migrantes irregulares afectados por el cambio de regulación. Este esquema ha sido el programa regularizador más grande en la historia de Canadá y se estima que alrededor de 39,000 personas fueron regularizadas para octubre de 1973, fecha en que concluyó.<sup>121</sup>

## 7.4.2 Europa

### 7.4.2.1 Reino Unido

A partir de 1945 el Reino Unido reanudó la contratación de mano de obra migrante, como consecuencia de las bajas por la guerra y la emigración de británicos a Norteamérica, Australia y partes de África. Una fuente la constituyeron los 350,000 irlandeses que llegaron entre 1946 y 1959 y cuya inmigración no fue restringida. Otra, los 190,000 europeos reclutados de 1945 a 1951 a través de los programas de trabajadores temporales y que, en su mayoría, eran personas desplazados por la guerra.<sup>122</sup> Sin embargo, a partir de 1951 la principal fuente de mano de obra fueron los trabajadores de las antiguas colonias británicas en el Caribe, la India y África. Algunos fueron reclutados a través de medios formales; sin embargo, la mayoría llegó de forma espontánea.<sup>123</sup> Para 1951 había 218,000 trabajadores de estas regiones, incluido Pakistán. En 1961, el número ya alcanzaba los 541,000.<sup>124</sup>

Después de 1962, la migración laboral de las colonias paró casi por completo por la aprobación de la *Commonwealth Immigrants Act, 1962*, la cual restringió la entrada a estos

---

<sup>119</sup> Hawkins, Freda, *op.cit.*, nota 117, p. 387.

<sup>120</sup> Khandor, Erika, *et.al.*, *op.cit.*, nota 114, p. 22-23.

<sup>121</sup> *Ídem*.

<sup>122</sup> Castles, Stephen, Booth, Heather, Wallace, Tina, *Here for good: Western Europe's new ethnic minorities*, Worcester: Pluto Press, 1984, p. 41.

<sup>123</sup> Anwar, Muhammad, New Commonwealth migration to the UK, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 274 y ss.

<sup>124</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 69, 73-74.



migrantes (salvo aquellos nacidos en el Reino Unido o con pasaporte británico), en respuesta a la influencia de campañas racistas como 'Keep Britain White'.<sup>125</sup> Anteriormente, según la *British Nationality Act* de 1948, eran ciudadanos británicos y, por tanto, no eran sujetos de control migratorio. Sin embargo, la ley de 1962 facultó a los oficiales migratorios a denegar y condicionar su entrada a un tiempo y/o empleo determinados en caso de que no hubieran obtenido previamente a su llegada un 'voucher' para poder trabajar. Asimismo, tipificó como infracción el entrar o permanecer en el Reino Unido de forma irregular, así como el proteger a migrantes irregulares.<sup>126</sup>

La ley de 1962 también autorizó que los oficiales migratorios sometieran a un interrogatorio, dentro de las 24 horas siguientes a su llegada, a cualquier persona con el fin de determinar si estaba sujeta a los controles establecidos por la ley. Después de dicho plazo caducaba esa facultad.<sup>127</sup> Como señalan Couper y Santamaria, si estos migrantes, en efecto, entraban evadiendo el control migratorio, es decir, de forma irregular, pero no eran interrogados dentro de las 24 horas siguientes a su entrada, quedaban a salvo de persecución y deportación.<sup>128</sup>

En los años siguientes aumentaron los controles. En 1965 se estableció una cuota anual de 8,500 admisiones para estos extranjeros.<sup>129</sup> Y en 1968 se reformó la *Commonwealth Immigrants Act* con el fin de incluir dentro de las personas sujetas a control a aquellas con pasaporte británico, pero sin lazos estrechos con el Reino Unido. Por primera vez, un ciudadano del *New Commonwealth* cometía una infracción si no acudía por sí mismo a interrogarse con un oficial migratorio. No obstante, si no era descubierto dentro de los 28 días siguientes a su entrada (a diferencia de las 24 hrs. de la ley del 62'), quedaba a salvo de persecución y deportación.<sup>130</sup>

A pesar de los esfuerzos para controlar la migración de las antiguas colonias, para 1971 ya había 1,2 millones de inmigrantes de estas regiones y se empezaba a dar una inmigración permanente.<sup>131</sup> En respuesta, se aprobó la *Immigration Act, 1971*,<sup>132</sup> la cual introdujo el concepto del derecho de residencia y lo otorgó exclusivamente a los ciudadanos del Reino Unido y a los de las antiguas colonias que llevaran viviendo 5 o más años en el país. A todos los demás extranjeros se les obligó a solicitar permisos especiales para vivir, trabajar o establecerse, los cuales no autorizaban la residencia permanente ni la reunificación familiar.<sup>133</sup> Asimismo, castigo con multa, prisión o ambas la entrada y permanencia

---

<sup>125</sup> Couper, Kristin, Santamaria, Ulysses, An Elusive Concept: The Changing Definition of Illegal Immigrant in the Practice of Immigration Control in the United Kingdom, *International Migration Review*, Vol. 18, No. 3, 1984, Special Issue: Irregular Migration: An International Perspective, p. 438-439.

<sup>126</sup> *Commonwealth Immigrants Act, 1962*, Part I, secciones 2 y 4, disponible en:

<http://www.britishcitizen.info/CIA1962.pdf>.

<sup>127</sup> *Ibidem*, Part I, sección 4, y First Schedule, Part I, secciones 1 y 2.

<sup>128</sup> Couper, Kristin, Santamaria, Ulysses, *op.cit.*, nota 125, p. 438-439.

<sup>129</sup> Layton-Henry, Zig, *op.cit.*, nota 80, p. 284.

<sup>130</sup> *Commonwealth Immigrants Act, 1968*, secciones 2A y 4A (4) y (5), disponible en:

<http://www.britishcitizen.info/CIA1968.pdf>.

<sup>131</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 74.

<sup>132</sup> Entró en vigor el 1 de enero de 1973.

<sup>133</sup> *Immigration Act, 1971*, Part I, secciones 1-3, disponible en:

[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1971/pdf/ukpga\\_19710077\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1971/pdf/ukpga_19710077_en.pdf).

irregulares, la alteración de documentos, así como la asistencia en la entrada irregular al país y la protección a migrantes irregulares. También autorizó que los oficiales migratorios arrestaran, sin necesidad de orden judicial, a aquellos extranjeros sospechosos de haber entrado o permanecer irregularmente en el país, y su deportación,<sup>134</sup> en cualquier momento, en caso de encontrarlos culpables.<sup>135</sup>

La entrada del Reino Unido a la Comunidad Europea en 1973 dio nuevos derechos de entrada y trabajo a los inmigrantes procedentes de los países de la Comunidad Europea. No obstante, este tipo de inmigración no supuso preocupación para el gobierno británico.<sup>136</sup>

#### 7.4.2.2 Francia

Tras la Segunda Guerra Mundial y hasta mediados de los 70', Francia adoptó una política liberal de inmigración motivada por las bajas tasas de natalidad y la escasez de mano de obra. La importación de mano de obra se consideró como un factor esencial de la producción y una forma de estimular el empleo y el crecimiento económico. Se firmaron acuerdos bilaterales de trabajadores migrantes con: Italia (1947), España (1956), Marruecos (1963), Portugal (1964), Yugoslavia (1965), Túnez y Turquía (1964, pero entraron en vigor en 1969) y Argelia (1968).<sup>137</sup> Los principales flujos de trabajadores procedieron de Italia, España y Portugal y, en los últimos años de este período, de las antiguas colonias francesas en África y el Caribe: Argelia, Túnez, Marruecos, Senegal, Mali, Mauritania, Guadalupe, Martinica y Reunión.<sup>138</sup> Para 1954 había 1,765,298 inmigrantes en Francia (4.1% de la población), de los cuales la mayoría eran europeos (1,431,219 – 81%) y africanos (229,505 – 13%). En 1975 el número de inmigrantes ascendía a 3,442,415 millones (6.1% de la población): europeos (2,102,685 – 61%) y africanos (1,192,300 – 34.6%) continuaron siendo la mayoría.<sup>139</sup>

En 1945, se aprobó el Decreto legislativo 45-2658, de 2 de noviembre, relativo a las condiciones de entrada y estancia de extranjeros en Francia,<sup>140</sup> el cual estableció el marco regulatorio en materia de inmigración y creó la Oficina Nacional de Inmigración (ONI) con el fin de organizar el reclutamiento de trabajadores extranjeros. Estableció que los extranjeros que permanecieran en Francia por más de 3 meses debían obtener los permisos de residencia correspondientes: temporal, para turistas, estudiantes y trabajadores temporales (válido por 1 año, pero renovable); ordinario, para trabajadores que hubieran

---

<sup>134</sup> Sobre el procedimiento de expulsión en esta ley, véase Evans, A. C., Expulsion under the 1971 Immigration Act, *The Modern Law Review*, Vol. 46, No. 4, 1983, p. 433-452.

<sup>135</sup> *Immigration Act, 1971*, Part I, secciones 5-7 y 24-26.

<sup>136</sup> Desde 1968, en el marco del Reglamento (CEE) no. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, los trabajadores procedentes de Estados miembros de la CEE adquirieron un estatus privilegiado y tuvieron libre acceso a los Estados miembros por un plazo de 3 meses para buscar trabajo.

<sup>137</sup> De Lary, Henri, *Bilateral Labour Agreements Concluded by France*, en OECD, *Migration for Employment: Bilateral Agreements at a Crossroads*, París: OECD, 2004, p. 43.

<sup>138</sup> McDonald, James R., Labor Immigration in France, 1946-1965, *Annals of the Association of American Geographers*, Vol. 59, No. 1, 1969, p. 116-128.

<sup>139</sup> Hollifield, James, F., 1994, *op.cit.*, nota 56, p. 150-152.

<sup>140</sup> Este decreto continúa en vigor y sigue siendo la base de la regulación francesa en materia de inmigración, si bien ha sido modificado en numerosas ocasiones.

entrado de forma legal (válido por 3 años); y privilegiado, para extranjeros menores a 35 años, con residencia previa en Francia de al menos 2 años y con buena salud (indefinido). La entrada irregular de trabajadores y la falta de solicitar el permiso de residencia correspondiente (a pesar de haber entrado de forma legal) se castigaron con multa y prisión.<sup>141</sup>

Durante estos años, algunos de los trabajadores llegaron a través de los canales formales de reclutamiento, tales como los acuerdos bilaterales; sin embargo, la mayoría llegó de forma “espontánea”. Entraban como turistas, buscaban trabajo y con el tiempo regularizaban su situación. Por ejemplo, en los primeros años, esta práctica la llevaron a cabo especialmente trabajadores portugueses y españoles al tratar de escapar de sus regímenes dictatoriales.<sup>142</sup> De hecho, estadísticas de la ONI revelan que a finales de los años 60’ el 90% de los trabajadores admitidos por esta oficina había llegado a Francia como “clandestinos”.<sup>143</sup>

De 1956 a 1967 se registró una entrada anual promedio de 248,800 inmigrantes que motivó que el gobierno tomara medidas para frenar la inmigración. En 1968 Francia firmó un acuerdo con el gobierno de Argelia que renegoció la cláusula de libertad de circulación de los Acuerdos de Evian de 1962 y estableció una cuota anual de trabajadores. El acuerdo también previó la regulación de los argelinos en Francia y los excluyó de la aplicación de cualquier otra regulación migratoria, por ejemplo, el requerimiento de visas de entrada. Con Marruecos y Túnez ocurrió algo similar. Los acuerdos laborales de 1963 y 1964, respectivamente, los eximieron de la exigencia de visas.<sup>144</sup> En consecuencia, de 1968 a 1973 Marruecos y Túnez se convirtieron en los mayores exportadores de inmigrantes.<sup>145</sup>

Otras medidas incluyeron la adopción de leyes y circulares con el fin de desincentivar la contratación de trabajadores migrantes y limitar la entrada y regularización de los irregulares. Por ejemplo, el Ministerio de Trabajo emitió una circular para reforzar el cumplimiento de los empleadores de los estándares en materia de vivienda de los trabajadores migrantes. Y el 29 de julio de 1968, el Ministerio de Asuntos Exteriores emitió otra que excluyó la legalización de los trabajadores no calificados y condicionó el otorgamiento del permiso de residencia a tener un empleo. El objetivo no fue abolir las legalizaciones, sino sólo las de los trabajadores no calificados. Trabajadores calificados, empleados domésticos, familiares de trabajadores y portugueses no se vieron afectados.<sup>146</sup>

En esta misma línea, en 1972 se aprobó una nueva ley sobre trabajo temporal que prohibió la regularización de los trabajadores ajenos a la CEE y las antiguas colonias francesas a

---

<sup>141</sup> Watson, Cicely, Recent Developments in French Immigration Policy, *Population Studies*, Vol. 6, No. 1, 1952, p. 31 y ss.

<sup>142</sup> Ogden, Philip E., 1996, *op.cit.*, nota 96, p. 291-292; Castles, Stephen, Booth, Heather, Wallace, Tina, *op.cit.*, nota 122, p. 50-51.

<sup>143</sup> Hollifield, James F., *Immigrants, Markets and States*, Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press, 1992, p. 45-73.

<sup>144</sup> De Lary, Henri, *op.cit.*, nota 137, p. 46-47.

<sup>145</sup> Hollifield, James, F., 1994, *op.cit.*, nota 56, p.152-154.

<sup>146</sup> Koelstra, Rein W., Simon, Gildas, France, en Krane, Ronald E., *International Labor Migration in Europe*, New York: Praeger Publishers, 1979, p. 133.

través de la presentación de un contrato de trabajo.<sup>147</sup> Y desde 1972, el Código del Trabajo incluyó como infracción administrativa el empleo de trabajadores irregulares, tanto de forma directa como a través de intermediarios.<sup>148</sup>

También en 1972, los ministerios del Interior y de Trabajo emitieron las circulares Marcellin y Fontanet, de 24 de enero y 23 de febrero, respectivamente, con el fin de limitar la entrada y regularización de trabajadores irregulares y supeditar el otorgamiento de permisos de residencia y trabajo a la situación nacional de empleo. La circular Marcellin dio a la policía la facultad de otorgar los permisos de trabajo y residencia a los extranjeros. Y la Fontanet impuso como condición para obtener el permiso de residencia el tener un contrato de trabajo de al menos 1 año y presentar un documento emitido por el empleador en el que se asentara que contaba con una vivienda “adecuada”. La expulsión fue la sanción en caso de incumplimiento.<sup>149</sup>

De este modo, el control de la migración quedó en manos de la policía y se quitó a los trabajadores irregulares sin contrato de trabajo la posibilidad de solicitar la regularización de su estatus migratorio. Aún más, como señala Silverman, la nueva regulación no sólo afectó a los migrantes irregulares, sino a todos los extranjeros. Por ejemplo, los trabajadores que llevaran viviendo varios años en Francia, pero que estuvieran desempleados y, por tanto, no pudieran cumplir con los nuevos requisitos del permiso de residencia, también corrían el riesgo de ser expulsados, a pesar de tener un estatus legal y vínculos bien establecidos en Francia.<sup>150</sup>

Las circulares Marcellin y Fontanet desataron intensas protestas: huelgas de hambre y laborales, toma de lugares y numerosas manifestaciones.<sup>151</sup> Frente a la movilización, el gobierno primero reaccionó regularizando a los inmigrantes que hacían huelga de hambre por razones humanitarias. No obstante, con la entrada del nuevo ministro de trabajo, se aprobó la regularización de los migrantes que hubieran entrado irregularmente al país antes del 1 de junio de 1973 o que no tuvieran papeles a consecuencia de su desempleo. Se estima que de junio a octubre de 1973 alrededor de 40,000 inmigrantes fueron regularizados.<sup>152</sup> También con la nueva administración se derogaron diversas medidas establecidas por las circulares, tales como el requisito de que los trabajadores contaran con una vivienda “adecuada”.

---

<sup>147</sup> No Border Network, *The Sans Papiers Movement, a climax in the history of French immigration*, <http://www.noborder.org/without/france.html#one>.

<sup>148</sup> Ryan, Bernard, *Revisiting Employer Sanctions in the United States and Europe*, Washington: ISIM, Georgetown University, 2007, p. 15, <http://isim.georgetown.edu/Publications/SRFMaterials/Revisiting%20Employer%20Sanctions.pdf>.

<sup>149</sup> Silverman, Maxim, *Deconstructing the nation: immigration, racism, and citizenship in modern France*, London: Routledge, 1992, p. 49.

<sup>150</sup> *Ídem*.

<sup>151</sup> Para una revisión de los movimientos de inmigrantes a raíz de estas circulares, véase Krueger, Laura, El Movimiento de los Sin Papeles en Francia en los Años Noventa y sus Reflejos en España, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. V, No. 94 (25), 2001.

<sup>152</sup> Poelemans, Maiténa, Sophie De Sèze, The Regularisation of Clandestine Immigrants in France, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 2, No. 3-4, 2000, p. 309-310.

### 7.4.2.3 Alemania<sup>153</sup>

Alemania Occidental comenzó a importar mano de obra migrante de forma más tardía que los demás países porque su recuperación tras la guerra fue más lenta y contaba con una importante reserva interna de mano de obra formada por desplazados por la guerra (ex prisioneros de guerra alemanes y refugiados de Europa Central de descendencia alemana) y personas que emigraron de Alemania del Este. Para 1950, estos migrantes configuraban el 16.7% de la población, cifra que para 1960 ya alcanzaba el 23.9%.<sup>154</sup>

La creciente demanda de mano de obra ocasionada por la recuperación económica llevó al gobierno alemán a firmar acuerdos de “trabajadores invitados” desde mediados de los 50’: Italia (1955), España y Grecia (1960), Turquía (1961 y 1964), Marruecos (1963), Portugal (1964), Tunicia (1965) y Yugoslavia (1968). Los acuerdos estuvieron basados en estadías cortas, la restricción de derechos laborales y civiles, el reclutamiento de trabajadores solteros, una alta rotación y la no permisión de la reunificación familiar. Como señalan Castles y Miller, se consideró a los trabajadores migrantes como “unidades de trabajo temporales y móviles que podían ser reclutadas, utilizadas y desechadas de acuerdo con los requerimientos del mercado”.<sup>155</sup>

Otra parte de los trabajadores que llegaron durante estos años lo hizo irregularmente, en la forma de falso turismo. El reclutamiento a través de los programas de “trabajadores invitados” usualmente no era nominado, pero los empleadores alemanes podían solicitar la contratación de trabajadores específicos, por lo que fue común que trabajadores que habían entrado como turistas fueran regularizados a través de pedir a sus empleadores que solicitaran su reclutamiento. Se estima que un 10% del total de trabajadores que llegaron durante este período, lo hizo de forma irregular.<sup>156</sup> Y que, en los años de mayor auge en el reclutamiento (1955-1968), un 30% de los turcos empleados llegó en la forma de falso turismo.<sup>157</sup>

Alemania Occidental se convirtió en uno de los mayores países de inmigración durante este período. En 1950 había 567,900 inmigrantes, cifra que creció moderadamente en los años 50’, hasta llegar a 686,200 en 1960. Durante la década de los 60’, el gobierno alemán, presionado por empleadores necesitados de mano de obra, sindicatos, grupos de apoyo a inmigrantes y organizaciones internacionales, relajó las estrictas regulaciones de los programas de trabajadores temporales y permitió estancias más prolongadas y la reunificación familiar. El resultado fue dramático: la inmigración creció exponencialmente

---

<sup>153</sup> Cuando se habla de Alemania durante estos años, se hace referencia a la República Federal de Alemania o Alemania Occidental fundada en 1949.

<sup>154</sup> Borkert, Maren, Bosswick, Wolfgang, Migration Policy-Making in Germany – between national reluctant and local pragmatism?, *IMISCOE*, Working Paper No. 20, December 2007, p. 1, <http://www.imiscoe.org/publications/workingpapers/documents/No20MigrationpolicymakinginGermany.pdf>

<sup>155</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 69-72.

<sup>156</sup> Reimann, Horst, Reimann, Helga, Federal Republic of Germany, en Krane, Ronald E., (ed.), *International Labor Migration in Europe*, New York: Praeger Publishers, 1979, p. 67.

<sup>157</sup> Martin, Philip L., Germany: Reluctant Land of Immigration, en Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L., Hollifield, James F., eds., *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 200.

hasta llegar a 2,976,500 en 1970 y siguió creciendo hasta llegar a 4,127,400 en 1974, año en que se suspendieron los programas de trabajadores temporales, no sólo por la crisis del petróleo, sino también por la inminente inmigración permanente que estaba teniendo lugar.<sup>158</sup>

El reclutamiento y control de los trabajadores inmigrantes se trató de forma administrativa a través de acuerdos bilaterales hasta 1965, año en que se aprobó una nueva ley de extranjería, la primera desde la fundación de la República Federal de Alemania en 1949.<sup>159</sup> La *Ausländergesetz* de 1965 estableció que los trabajadores tenían que obtener una visa de trabajo en sus países de origen, siempre y cuando tuvieran una oferta de empleo, así como permisos de residencia y trabajo una vez que se encontraran en Alemania. Asimismo, limitó notoriamente los derechos políticos y civiles de los extranjeros: los de reunión, asociación, libertad de circulación, libertad de elección de ocupación, lugar de trabajo y lugar de educación, así como el derecho de protección contra la expulsión.<sup>160</sup>

A partir de 1968, los trabajadores procedentes de Estados miembros de la CEE tuvieron libre acceso a Alemania por un plazo de 3 meses para buscar trabajo.<sup>161</sup> Este privilegio fue reafirmado en la ley laboral alemana de 1969, la cual estableció nuevas restricciones a los permisos de trabajo para extranjeros ajenos a la CEE y facultó al gobierno para expulsarlos en caso de que lo considerara conveniente. Finalmente, poco antes de la prohibición de 1974 de contratar nuevos trabajadores migrantes, la Ley de Promoción del Empleo de 1972 estableció sanciones a los empleadores que contrataran trabajadores irregulares.<sup>162</sup>

## **7.5 Consolidación de la migración irregular con fines de empleo: 1973- 2000**

### **7.5.1 Norteamérica**

#### **7.5.1.1 Estados Unidos**

Desde la década de los 70' se empezó a considerar que la migración irregular constituía un problema social serio. En especial, porque el control fronterizo, que en ese tiempo era el principal instrumento para frenarla, había probado ser ineficaz en la detención de las numerosas cantidades de migrantes que a diario cruzaban la frontera de forma irregular. Había preocupación de que el aumento de migrantes irregulares en el país intensificaría la competencia en el último eslabón del mercado de trabajo, ayudando a crear una subclase de gente empobrecida compuesta tanto por nacionales como extranjeros.<sup>163</sup>

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>159</sup> La ley anterior a ésta era de 1938, cuando estaba en el poder el régimen Nazi.

<sup>160</sup> Castles, Stephen, Miller, Mark J., *op.cit.*, nota 23, p. 77.

<sup>161</sup> Reglamento (CEE) no.1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

<sup>162</sup> Martin, Philip, Miller, Mark, *Employer Sanctions: French, German and US Experiences*, OIT, *International Migration Papers*, No. 36, 2000, p. 20, <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp36.pdf>.

<sup>163</sup> Ghosh, Bimal, *Huddled masses and uncertain shores: insights into irregular migration*, The Hague; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 101.

En consecuencia, se tomaron diversas medidas. La primera fue la creación del *Special Targeted Enforcement Program* (STEP) con el fin de incrementar la vigilancia del cumplimiento de los estándares laborales en las industrias de empleo tradicional de los migrantes irregulares: agricultura, servicios y construcción. Se creía que con esta medida se haría menos atractivo el uso de mano de obra irregular y que, combinado con el control fronterizo, se pondría un freno a ésta.<sup>164</sup> Otras medidas fueron la aprobación en 1976 de la *Act of October 20*, la cual autorizó que se denegara el pago del seguro de desempleo a los trabajadores irregulares. Y, en 1978, de la *Act of November 2*, la cual previó la incautación de buques, vehículos y aviones usados para transportar migrantes irregulares.<sup>165</sup>

Después de años de debate en el Congreso, en 1986 se modificó sustancialmente la ley de inmigración y se aprobó la *Immigration Reform and Control Act* (en adelante IRCA) con el objeto de frenar la inmigración irregular, en especial la procedente de México. La IRCA descansó sobre cuatro pilares: la regularización de los migrantes irregulares presentes en el país desde el 1 de enero de 1982; el reforzamiento de las fronteras; la imposición de sanciones a los empleadores que a sabiendas contrataran trabajadores irregulares o continuaran empleándolos tras descubrir su condición migratoria; y el establecimiento de un sistema de verificación de la documentación presentada por los trabajadores.<sup>166</sup>

En los años posteriores a la IRCA siguieron los esfuerzos legislativos para desalentar la migración irregular. Por ejemplo, la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* de 1996 restringió el acceso de todos los migrantes, regulares e irregulares, a prestaciones sociales federales al establecer como requisito para recibir las el ser ciudadano estadounidense. A nivel estatal, California (1997 y 1999), Maine y Massachussets (1996) siguieron esta misma tendencia.<sup>167</sup> Y la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996 previó la expulsión expedita de los solicitantes de asilo que llegaron a los aeropuertos estadounidenses sin documentación.

La ley más significativa de control de la inmigración irregular de la década de los 90' fue la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRIRA) de 1996,<sup>168</sup> la cual estableció una extensiva serie de medidas para tal fin:

Medidas de control en las fronteras, lugares de trabajo y deportación: reforzamiento de las fronteras; endurecimiento de las sanciones por entrada irregular, uso de pasaporte y/o visa fraudulentos y quedarse más tiempo del permitido en la visa; aumento de las inspecciones y redadas en los lugares de trabajo; modernización de los sistemas de verificación de documentos; reforma del procedimiento de deportación y creación de un nuevo proceso de expulsión expedito; aumento del tiempo de detención de los extranjeros sujetos a deportación; impedimento de entrada de 3 a 10 años a los extranjeros que anteriormente hubieran permanecido de modo irregular en el país.

---

<sup>164</sup> Fraser, John, *Illegal immigration in the United States and the limits of sanctions against employers*, en OECD, *Migration and Development*, París: OECD, 1994, p. 75.

<sup>165</sup> USCIS, *Legislation from 1961-1980*, *op.cit.*, nota 110, p. 5-6.

<sup>166</sup> U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), *Legislation from 1981-1996*, p. 2, <http://www.uscis.gov/files/nativedocuments/Legislation%20from%201981-1996.pdf>.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 6-7.

<sup>168</sup> *Ídem*.

Aumento de restricciones para el acceso de prestaciones públicas y servicios sociales: programa piloto para denegar la expedición de la licencia de conducir a migrantes irregulares; exclusión de las prestaciones de la Seguridad Social a los migrantes irregulares; acceso exclusivo de ciudadanos a prestaciones públicas; limitación de prestaciones de educación superior a migrantes irregulares; verificación del estatus migratorio para el acceso a la seguridad social y servicios educativos; limitación de ayuda a extranjeros de instituciones públicas; incremento de sanciones penales por falsificación de sellos oficiales federales con el fin de facilitar una conducta fraudulenta de un migrante irregular.

### 7.5.1.2 Canadá

La *Immigration Act* de 1976 dio importantes poderes al gobierno para controlar la migración irregular.<sup>169</sup> Se previeron sanciones para las aerolíneas que no confirmaran que los pasajeros que trasportaban contaban con la documentación adecuada, se hizo ilegal el empleo de trabajadores irregulares, a sabiendas de su estatus, y se previeron sanciones para los empleadores que contravinieran esta disposición.<sup>170</sup> Esta ley no cambió el hecho de que los migrantes irregulares eran personas con derechos y no se permitió su deportación de forma sumaria por una decisión administrativa. No se destinaron nuevos recursos para el control de la migración irregular y permanecieron benevolentes las disposiciones referentes a las solicitudes humanitarias y compasivas, un recurso usado frecuentemente por los migrantes irregulares que habían sobrepasado el tiempo permitido en sus visados. Y, tanto a nivel federal como provincial, se siguieron otorgando beneficios sociales y de salud a los migrantes irregulares.<sup>171</sup>

En 1982 el gobierno estimó que, a pesar de las amnistías de los años anteriores, había cerca de 200,000 migrantes irregulares en Canadá. Por tal motivo, ordenó la realización de un estudio para determinar la verdadera magnitud del problema. El encargado de realizarlo fue W. G. Robinson, quien concluyó que no existía un problema de “proporciones serias” y que solamente había de 46,000 a 55,000 migrantes irregulares. Se pronunció en contra de una amnistía incondicionada y a favor de una revisión caso por caso y la continuación de las sanciones a los empleadores. Asimismo, señaló como discriminatorias, problemáticas y, posiblemente, hasta ilegales las redadas en los lugares de trabajo. Enfatizó que los oficiales migratorios no tenían facultades de búsqueda ni incautación, y que los empleadores no estaban obligados a mostrarles la documentación de sus empleados. Concluyó que una reforma legal que cambiara tales circunstancias sería desmedida considerando las proporciones de la migración irregular en Canadá.<sup>172</sup>

La respuesta del gobierno fue poner en marcha en 1983 el *Minister's Review Committee*, el cual fue un programa dirigido a regularizar a los migrantes irregulares que llevaran viviendo 5 o más años en Canadá, se hubieran integrado, establecido de forma exitosa y no

---

<sup>169</sup> Entró en vigor en 1978.

<sup>170</sup> *Immigration Act 1976*, sección 97. Véase más al respecto en García y Griego, Manuel, Canada: Flexibility and Control in Immigration and Refugee Policy, en Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L., Hollifield, James F. (eds.), *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 125-134.

<sup>171</sup> Buchignani, Norman, Indra, Doreen, *op.cit.*, nota 45, p. 429.

<sup>172</sup> Robinson, W. G., 1983, *op.cit.*, nota 116, p. xiii, 91.



tuvieran antecedentes penales. El programa estuvo vigente hasta mediados de 1985 y regularizó solamente a 1000 migrantes.<sup>173</sup>

La ley de 1976 creó un complejo sistema para la admisión de refugiados y previó una disposición que inintencionadamente abrió la puerta a migrantes irregulares en la forma de falsos solicitantes de asilo y refugio: otorgó a los refugiados y solicitantes de asilo dentro de Canadá el derecho de no *refoulement*, independientemente de su estatus migratorio y de la forma en que hubieran entrado al país.<sup>174</sup> También la decisión de la Corte Suprema en el caso *Singh v. Minister of Employment and Immigration* (1985) contribuyó a lo anterior: se concedió a todas las personas, incluidos los migrantes irregulares, el derecho de que se tomara en cuenta su solicitud de refugio, además de derechos básicos como el no ser detenidos sin causa, a un proceso rápido, al habeas corpus y a la defensa.<sup>175</sup>

Para 1986, había un rezago de 18,000 solicitudes, una buena parte infundadas, y el número seguía en aumento. Por tal motivo, se tomaron medidas para aminorar el rezago tales como la revisión expedita de solicitudes, permisos y legalizaciones.<sup>176</sup> En 1989 se aprobó la *Refugee Reform Act (Bill C-55 & C-84)* para abordar formalmente el problema desde la legislación y siguieron otras medidas como el establecimiento de mayores penas para los traficantes de refugiados y multas para las compañías que transportaran migrantes sin la debida documentación. Asimismo, se ordenó la detención de todas las personas que llegaran sin papeles hasta que no pudiera determinarse su identidad, así como la deportación de aquéllas que representaran una amenaza para la seguridad nacional.<sup>177</sup>

En 1993 una nueva ley migratoria entró en vigor con el fin de poner un freno al abuso del procedimiento de refugio y, en este sentido, controlar esta faceta de la migración irregular. El *Bill C-86* simplificó el procedimiento de refugio, otorgó amplios poderes al gobierno para administrarlo, introdujo la regla de ‘tercer país seguro’ y autorizó a los oficiales migratorios el decidir en el puerto de entrada sobre la admisibilidad de una solicitud de refugio y su consecuente traslado al *Immigration and Refugee Board* para su evaluación. Asimismo, en un esfuerzo por interceptar a migrantes irregulares, previó el entrenamiento y asistencia técnica de las aerolíneas con el fin de detectar a los pasajeros con documentos falsos y estableció sanciones a las que no tomaran las precauciones necesarias al revisar a los pasajeros.<sup>178</sup>

En los años siguientes, el gobierno canadiense siguió echando mano de pequeños programas para regularizar la situación de grupos específicos de migrantes.<sup>179</sup> En 1998, aprobó el *Deferred Removal Orders Class* para regularizar a los solicitantes de refugio a quienes se les hubiera negado su solicitud y no hubieran sido deportados en 3 años por haberse considerado que la situación en su país era muy peligrosa para enviarlos de regreso.

---

<sup>173</sup> Khandor, Erika, *et.al.*, *op.cit.*, nota 114, p. 24-25.

<sup>174</sup> Buchignani, Norman, Indra, Doreen, *op.cit.*, nota 45, p. 429; Immigration Act 1976, sección 4 (2).

<sup>175</sup> Supreme Court of Canada, *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

<sup>176</sup> Khandor, Erika, *et.al.*, *op.cit.*, nota 114, p. 24-25.

<sup>177</sup> Hawkins, Freda, *op.cit.*, nota 117, p. 388.

<sup>178</sup> *Bill C-86*, secciones 114 y 46.

<sup>179</sup> Por ejemplo, en 1981, por el empeoramiento de la situación política en Haití, regularizó la situación de 4000 haitianos. Khandor, Erika, *et.al.*, *op.cit.*, nota 114, p. 24-25.

Se estima que este programa regularizó 3000 migrantes irregulares, en su mayoría chinos.<sup>180</sup>

## 7.5.2 Europa

### 7.5.2.1 Reino Unido

Como resultado de las restricciones impuestas años atrás a la inmigración de las antiguas colonias británicas, para mediados de los años 70' la migración irregular de estas regiones ya era notoria y empezó a ser motivo de preocupación. En respuesta, en 1974 y 1977 se declararon dos amnistías para regularizar a estos extranjeros, siempre que hubieran entrado de forma irregular entre marzo de 1968 y el 1 de enero de 1973 y no hubieran reingresado al país en violación de una orden de deportación.<sup>181</sup> Se estima que solamente 1809 personas fueron regularizadas en la primera amnistía y 469 personas en la segunda.<sup>182</sup> Couper y Santamaria señalan que su limitado alcance se debió a la confusión que existía sobre qué significaba 'ilegalidad'. En 1978, una vez concluidas las amnistías, la *Home Office* publicó '*Illegal Entrants*' con el fin de clarificar el concepto de ilegalidad el cual, señaló, incluía no sólo el entrar clandestinamente, sino también usando documentos falsos o argumentando tener lazos con personas legalmente establecidas en el Reino Unido.<sup>183</sup>

La elección de Margaret Thatcher como Primera Ministra en 1979 marcó el inicio de una era de severas restricciones migratorias y medidas contra la migración irregular.<sup>184</sup> A partir de 1980 tuvieron lugar intensas redadas en los sitios de trabajo para detectar trabajadores irregulares y se les empezó a excluir de prestaciones sociales y médicas (*Social Security Act, 1980*).<sup>185</sup> Asimismo, en 1981, con la aprobación de la *British Nationality Act*, se modificaron las reglas de adquisición de la nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en el Reino Unido<sup>186</sup> y se establecieron las visas para los nacionales de los países exportadores del mayor número de migrantes irregulares y solicitantes de asilo.<sup>187</sup> Y en 1987 la *Immigration (Carriers' Liability) Act* previó la imposición de multas a las aerolíneas que transportaran a personas sin la documentación adecuada. Esta ley generó considerables críticas pues, como señalan Ruff y Nicholson, tuvo serias implicaciones para

<sup>180</sup> Hawkins, Freda, *op.cit.*, nota 117, p. 388.

<sup>181</sup> La amnistía no incluyó a las personas que conforme a la ley de 1971 hubieran excedido el tiempo establecido en sus permisos de entrada o trabajo.

<sup>182</sup> Levinson, Amanda, Regularisation programmes in the United Kingdom, en *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, Oxford: Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 2005, p. 3, [http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non\\_WP\\_pdfs/Reports\\_and\\_Other\\_Publications/Country%20Case%20UK.pdf](http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non_WP_pdfs/Reports_and_Other_Publications/Country%20Case%20UK.pdf).

<sup>183</sup> Couper, Kristin, Santamaria, Ulysses, *op.cit.*, nota 125, p. 442-443.

<sup>184</sup> Layton-Henry, Zig, *op.cit.*, nota 80, p. 287.

<sup>185</sup> Couper, Kristin, Santamaria, Ulysses, *op.cit.*, nota 125, p. 443-445.

<sup>186</sup> Sólo se otorgó la nacionalidad británica a los hijos de extranjeros con residencia legal y permanente en el Reino Unido.

<sup>187</sup> Para abundar al respecto, véanse Shutter, Sue, *JCWI Immigration and Nationality Law Handbook: A User's Guide to the System of British Immigration, Nationality and Refugee Law*, London: JCWI, 1995, p. 81-82; Amnesty International UK, *A Duty Dodged: The Government's Evasion of its Obligations under the 1951 UN Convention on Refugees*, October 1991, AIBS/RO/4/91; Glidewell Panel, *The Asylum and Immigration Bill 1995: The Report of the Glidewell Panel*, 1996, p. 3.

los refugiados y su derecho de pedir asilo y permitió al Reino Unido restringir o evadir efectivamente sus obligaciones internacionales.<sup>188</sup>

En 1988 entró en vigor una nueva ley de inmigración que reformó algunas partes de la ley de 1971, aunque siguió respetando el marco general establecido por ésta. La *Immigration Act 1988* retiró los beneficios que aún conservaban los ciudadanos del *New Commonwealth*, restringió el derecho de residencia en casos de poligamia y obligó a los extranjeros con derecho de recibirlo a obtener la documentación debida antes de su entrada al Reino Unido.<sup>189</sup> Asimismo, restringió el derecho de apelar una orden de deportación a las personas que hubieran excedido el tiempo establecido en sus visas y permanecido en el Reino Unido por menos de 7 años, e hizo una infracción continua el sobrepasar el tiempo permitido en las visas.<sup>190</sup>

En 1993 entró en vigor la *Asylum and Immigration Appeals Act*, la cual revisó el procedimiento de refugio y otorgó amplios poderes al gobierno para administrarlo con el fin de evitar solicitudes fraudulentas y, por tanto, la inmigración irregular de estas personas. Por ejemplo, autorizó la toma de huellas digitales de los solicitantes, redujo las obligaciones del gobierno de proveer vivienda a los buscadores de asilo y estableció las visas de tránsito.<sup>191</sup> Y en 1996 se aprobó la *Asylum and Immigration Act*, la cual estableció importantes medidas de control de la migración irregular. Tipificó como delitos la entrada irregular a través de engaños, la ayuda a falsos solicitantes de asilo y, por primera vez, el empleo de trabajadores irregulares y estableció severas multas de castigo. Asimismo, facilitó el arresto sin orden judicial de sospechosos de ser migrantes irregulares e incrementó las sanciones por entrada irregular y ayuda a permanecer de forma irregular en el país.<sup>192</sup>

### 7.5.2.2 Francia

En 1974, Francia puso un freno a la migración laboral como consecuencia de los altos niveles de desempleo ocasionados por la recesión económica de la época. En este año se acabaron los “30 gloriosos años de la migración” para dar paso a una nueva fase caracterizada por políticas no sólo de freno a la inmigración laboral regular, sino también a la reunificación familiar<sup>193</sup> y, sobretudo, a la inmigración irregular. Como era de esperarse,

---

<sup>188</sup> Ruff, Anne, *The Immigration (Carriers' Liability) Act 1987: its Implications for Refugees and Airlines*, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 1, No. 4, 1989, p. 481; Nicholson, Frances, *Implementation of The Immigration (Carriers' Liability) Act 1987: Privatising Immigration Functions at the Expense of International Obligations?*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, 1997, p. 586-634.

<sup>189</sup> *Immigration Act, 1988*, secciones 1-3, disponible en [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga\\_19880014\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880014_en_1).

<sup>190</sup> *Ibidem*, secciones 5-6.

<sup>191</sup> *Asylum and Immigration Appeals Act, 1993*, secciones 3,4 y 12, disponible en [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1993/Ukpga\\_19930023\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1993/Ukpga_19930023_en_1).

<sup>192</sup> *Asylum and Immigration Act, 1996*, secciones 4-5, 7-8, disponible en [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga\\_19960049\\_en\\_1#Legislation-Preamble](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960049_en_1#Legislation-Preamble).

<sup>193</sup> La Circular 11-74, de 9 de julio de 1974, prohibió la reunificación de familiares cuyas solicitudes no se hubieran hecho antes del 4 de julio de 1974. No obstante, ante la severidad de esta circular, se emitieron otras que la matizaron y establecieron excepciones: Circular 17-74, de 9 de agosto de 1974; Circular 22-74, de 27 de diciembre de 1974; y Circular 19-75, de 2 de febrero de 1975.

esta restrictiva política tuvo como consecuencia estimular la migración irregular disfrazada de falso turismo, tanto de familiares como de nuevos trabajadores.<sup>194</sup>

Los trabajadores migrantes ya presentes en Francia se dieron cuenta que sería difícil volver a entrar por lo que, en vez de regresar a sus países, se establecieron permanentemente y alentaron a sus familias a viajar como turistas y unírseles. En 1977, cuando el gobierno se percató que tanto el número de trabajadores migrantes como la reunificación de sus familiares continuaban siendo elevados, puso en marcha un plan de ayuda financiera para los trabajadores que regresaran voluntariamente a sus países. La ayuda se condicionó a tener permisos de residencia y trabajo válidos y haber tenido un empleo legal durante los últimos 5 años.<sup>195</sup> Con este mismo fin, también en 1977 se emitió el Decreto 77-1239, de 10 de noviembre, que suspendió la reunificación familiar por 3 años.<sup>196</sup>

A inicios de la década de los 80' se tomaron una serie de medidas importantes para controlar la migración irregular. La ley Bonnet, de 10 enero de 1980, restringió las condiciones de entrada a extranjeros y autorizó la expulsión de los trabajadores irregulares.<sup>197</sup> La Ley 81-941, de 17 de octubre de 1981, tipificó el empleo de migrantes irregulares como delito y lo castigó con multa y prisión. Y, en 1983, se reforzaron las medidas de inspección con el fin de detectar el empleo trabajadores irregulares.<sup>198</sup>

Para 1981 se estimaba que había 300,000 migrantes irregulares en Francia, un 7.3% del total de la población extranjera (4 millones). En vista de estas cifras, el nuevo gobierno de izquierda, mediante la Circular del 11 de agosto de 1981, autorizó un programa de regulación que tuvo vigencia hasta el 29 de febrero de 1983. Se establecieron como requisitos el haber entrado a Francia con antelación al 1 de enero de 1981 y tener un empleo estable, con o sin contrato de trabajo. Se estima que 130,000 migrantes fueron regularizados.<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> Se estima que de 1948 a 1981, 2.35 millones de trabajadores migrantes entraron a Francia, de los cuales el 60% (1.4 millones) lo hizo de forma irregular y su situación fue regularizada una vez que encontró trabajo. French Ministry of Social Affairs and National Security, *The Employment Market and Immigrants in an Irregular Situation: Lessons from the Recent Legalization Exercise in France*, *International Migration Review*, Vol. 18, No. 3, 1984, Special Issue: Irregular Migration: An International Perspective, p. 559.

<sup>195</sup> Plender, Richard, *International migration law*, 2ª ed. rev., Dordrecht; London: Nijhoff, 1988, p. 318.

<sup>196</sup> Este controversial decreto que negaba el derecho de reunificación familiar fue echado abajo en 1978 por la Secretaría de Estado. Puzzo, Catherine, *Instruments of British and French Immigration Policy in the 1970s: a Comparative Analysis*, *Contemporary European History*, Vol. 12, No. 1, 2003, p. 77.

<sup>197</sup> Esta ley causó grandes protestas y manifestaciones a lo largo de todo el país por lo que fue modificada posteriormente. Para ver una reseña de las movilizaciones y sus modificaciones, véase Vie Publique, *La politique d'immigration (1974 - 2005). Chronologie: histoire de l'immigration en dates*, <http://www.vie-publique.fr> ("repères" y "politiques publiques").

<sup>198</sup> Miller, Mark J., *Employer Sanctions in France: From the Campaign Against Illegal Alien Employment to the Campaign Against Illegal Work*, U.S. Commission on Immigration Reform, Research Paper, 1995, p. 14-21, 39.

<sup>199</sup> Levinson, Amanda, *Regularisation programmes in France*, en *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, Oxford: Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 2005, p. 1-2, [http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non\\_WP\\_pdfs/Reports\\_and\\_Other\\_Publications/Country%20Case%20France.pdf](http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non_WP_pdfs/Reports_and_Other_Publications/Country%20Case%20France.pdf).

En 1986, se aprobó la Ley 86-1025, de 9 de septiembre (primera Ley Pasqua), la cual redujo el número de extranjeros que podían ser sujetos de regularización al imponer como requisitos el haber entrado de forma legal, además de no ser una amenaza al orden público, y dio a las autoridades locales la facultad de decidir sobre la expulsión de los inmigrantes irregulares en sus localidades. En 1989, la Ley de 13 de enero clarificó el concepto de ‘trabajo ilegal’, aumentando los supuestos que constituían tal infracción. Y la Ley de 10 de julio de 1989 incrementó las sanciones contra el trabajo irregular y el empleo de trabajadores irregulares, incluido el realizado a través de intermediarios.

La década de los 90’ marcó el inicio de una era extremadamente restrictiva en materia de migración irregular. El 31 de diciembre de 1991 se aprobó una ley que introdujo la aplicación de sanciones a quienes ayudaran a entrar al territorio francés a migrantes irregulares y eliminó la autorización automática que tenían para trabajar los buscadores de asilo.<sup>200</sup> En 1992 se reformó el Código de Trabajo con el fin de autorizar las redadas en los sitios de trabajo en los que se presumiera el empleo de trabajadores irregulares y doblar las multas por el empleo irregular de trabajadores.<sup>201</sup>

En 1993 la derecha llegó al poder e implementó una política de ‘inmigración cero’ que se tradujo en la aprobación de una serie de leyes conocidas como las “Leyes Pasqua”.<sup>202</sup> Estas leyes establecieron requisitos más estrictos para el otorgamiento de visas y redujeron su número, ampliaron las facultades de la policía para combatir la migración irregular, extendieron el período de detención de los migrantes irregulares, removieron el beneficio que tenían los padres de niños nacidos en Francia de ser regularizados, negaron el permiso de residencia a los esposos que hubieran estado en el país de forma irregular previamente a su matrimonio, prohibieron el reingreso por un 1 año a los extranjeros que hubieran sido expulsados y excluyeron de las prestaciones sociales a los migrantes irregulares, con excepción del servicio médico de urgencia y la educación obligatoria, entre otras. También crearon obstáculos para los inmigrantes legales en Francia, por ejemplo, prohibieron a los estudiantes de posgrado aceptar trabajos de empleadores franceses e incrementaron el periodo de espera para la reunificación familiar de 1 a 3 años para trabajadores y estudiantes.<sup>203</sup>

Uno de los resultados de las “Leyes Pasqua” fue disparar la migración irregular y crear un nuevo estatus de migrantes: “los inexpulsables e irregularizables”, que eran las personas que no podían ser expulsadas, pero tampoco eran elegibles para ser regularizadas.<sup>204</sup> Dentro

---

<sup>200</sup> Marie, Claude-Valentin, *From the Campaign against Illegal Migration to the Campaign against Illegal Work*, trad. Mark J. Miller, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 534, 1994, *Strategies for Immigration Control: An International Comparison*, p. 124.

<sup>201</sup> Miller, Mark J., 1995, *op.cit.*, nota 198, p. 39.

<sup>202</sup> Ley 93-933, de 22 de julio de 1993 (*Ley Méhaignerie*); Ley 93-1027, de 24 agosto de 1993 y Ley 93-1417, de 30 de diciembre de 1993 (*Leyes Pasqua*). Algunas de las disposiciones de estas leyes fueron echadas abajo por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, la que estableció el plazo de espera para la reunificación familiar de trabajadores y estudiantes.

<sup>203</sup> Véanse, Geddes Andrew, *The politics of migration and immigration in Europe*, London: SAGE, 2003, p. 62 y ss.; Hamilton, Kim, et al., *The Challenge of French Diversity*, Washington, D.C.: Migration Policy Institute, 2004, [www.migrationinformation.org](http://www.migrationinformation.org).

<sup>204</sup> Ya en 1991 la Circular del 23 de julio había autorizado la regularización de personas en esta situación. Los requisitos fueron estar presentes en Francia con antelación a 1989, haber esperado al menos 3 años la

de esta categoría se encontraban los buscadores de asilo que no podían regresar a sus países y los padres de niños nacidos en Francia. En respuesta, de 1995 a 1997 se empezaron a dar numerosas protestas y movilizaciones que, junto con un agitado debate público, llevaron a la aprobación de tres programas de regularización.<sup>205</sup>

El primero estuvo previsto en las Circulares del 5 y 13 de junio de 1996, las cuales previeron la regularización de los padres de niños franceses. De este modo, se revirtió una de las disposiciones de las Leyes Pasqua que lo había prohibido y, por tanto, colocado a estos padres en una situación de ‘inexpulsables e irregularizables’. El segundo estuvo previsto en la ley 97-396, de 24 de abril de 1997 (Ley Debré). Fue la primera vez que una regularización se estableció a través de una vía legislativa y no de una circular. La regularización se dirigió a padres de niños franceses, esposos de franceses, adultos jóvenes que entraron a Francia antes de los 10 años de edad y a aquellos extranjeros viviendo desde hace más de 15 años en Francia.<sup>206</sup>

El tercero, estuvo previsto en la Circular de 24 de junio de 1997 (Circular *Chevènement*), la cual estableció un procedimiento de regularización del 24 de junio al 30 de abril de 1998 y permitió regularizar a 87,000 migrantes. El programa estuvo dirigido a las personas residentes por 10 años en Francia, a esposos de franceses, extranjeros y refugiados en situación legal, a las familias residentes en Francia por un largo tiempo, padres de niños franceses e hijos de extranjeros regulares que entraron fuera de los esquemas de reunificación familiar.<sup>207</sup>

### 7.5.2.3 Alemania

La política migratoria alemana desde mediados de los años 70’ estuvo marcada por el fin de los programas de ‘trabajadores invitados’, la promoción de la repatriación voluntaria y la introducción de drásticas medidas con el fin de evitar nuevas entradas de migrantes. A partir del 1 de diciembre de 1974 quedó prohibido contratar trabajadores migrantes no calificados, en 1975 se establecieron severas penas de multa y prisión a los empleadores que contrataran trabajadores irregulares y en 1976 inició operaciones una agencia especializada para combatir la entrada irregular de extranjeros.<sup>208</sup>

Con el fin de propiciar el retorno de los trabajadores ya existentes se implementaron diversas medidas: se suspendieron los permisos de trabajo en aquellas áreas con trabajadores alemanes disponibles; se limitó la reunificación familiar al decretarse que no se otorgarían permisos de trabajo a esposas e hijos de trabajadores migrantes; se excluyó de las prestaciones sociales a los hijos de trabajadores migrantes no pertenecientes a la CEE; y

---

respuesta de su solicitud de asilo, haber practicado una profesión por al menos dos años y enseñar como comprobante un contrato de trabajo o un certificado de reclutamiento. Se estima que sólo 15,000 personas fueron regularizadas de las 100,000 que lo solicitaron. Poelemans, Maiténa, Sophie De Sèze, *op.cit.*, nota 152, p. 310.

<sup>205</sup> Guiraudon, Virginie, *Immigration Policy in France*, Washington, D.C.: The Brookings Institution, 2002, [www.brook.edu](http://www.brook.edu).

<sup>206</sup> Poelemans, Maiténa, Sophie De Sèze, *op.cit.*, nota 152, p. 311.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p.311 y ss.; Levinson, Amanda, Regularisation programmes in France, *op.cit.*, nota 199, p. 2.

<sup>208</sup> Martin, Philip, Miller, Mark, 2000, *op.cit.*, nota 162, p. 20.

se prohibió a los trabajadores migrantes residir en ciudades con un porcentaje determinado de extranjeros. Asimismo, en 1983 se aprobó una ley que subsidió el retorno voluntario de trabajadores extranjeros a sus países.<sup>209</sup> También se pusieron trabas a los refugiados; por ejemplo, en 1980 se estableció un plazo de espera de 1 año para que pudieran buscar trabajo (a partir de 1981 el plazo de espera aumentó a 2 años). Finalmente, desde inicios de los 80' se establecieron visas de entrada a varios países, entre ellos Turquía.<sup>210</sup>

La política migratoria llevada a cabo desde mediados de los años 70' orilló inintencionadamente a los extranjeros dentro de Alemania a permanecer en el país de forma irregular debido a que la opción de volver a entrar era inviable. Y a los que se encontraban fuera los llevó a buscar nuevas formas de entrada, tales como la reunificación familiar y el asilo, en especial en el caso de turcos y yugoslavos. La guerra civil en Yugoslavia de inicios de los años 90' orilló a un buen número de yugoslavos a pedir asilo en Alemania. Se estima que para 1992 había 438,000 solicitudes de asilo.<sup>211</sup> Esta situación terminó de colapsar el sistema de asilo alemán, se creó un grande rezago y tuvo como consecuencia que muchas personas vivieran con un inseguro estatus de residencia y con el riesgo permanente de expulsión. Esta categoría de migrantes con vínculos sociales establecidos en Alemania fue considerada como una importante fuente de migración irregular.<sup>212</sup>

En 1990 se aprobó una nueva ley migratoria (*Ausländergesetz*, de 9 de julio) que reemplazó a la de 1965. Esta ley introdujo como un nuevo objetivo la integración de los extranjeros que residieran de forma legal y continuó con la política de evitar la entrada de extranjeros ajenos a la CEE y alentar el retorno de los ya presentes.<sup>213</sup> No obstante, en este mismo año se aprobaron dos esquemas que abrieron la entrada a nuevos trabajadores extranjeros, por un lado a judíos procedentes de la antigua Unión Soviética y, por otro, a trabajadores temporales y bajo contrato.<sup>214</sup>

En 1993 se realizaron importantes reformas que redujeron drásticamente las posibilidades de otorgar asilo a extranjeros ajenos a la Unión Europea con el fin de evitar las muy frecuentes solicitudes fraudulentas. Se reformó la Constitución<sup>215</sup> con el fin de negar el derecho de asilo, por un lado, a los extranjeros procedentes de terceros Estados seguros, como República Checa y Polonia y, por otro, a los extranjeros originarios de Estados considerados seguros.<sup>216</sup> No obstante, como señalan Borkert y Bosswick, la gran mayoría

---

<sup>209</sup> Borkert, Maren, Bosswick, Wolfgang, *op.cit.*, nota 154, p. 5.

<sup>210</sup> Castles, Stephen, Booth, Heather, Wallace, Tina, *op.cit.*, nota 122, p. 78-81.

<sup>211</sup> Borkert, Maren, Bosswick, Wolfgang, *op.cit.*, nota 154, p. 4.

<sup>212</sup> Cyrus, Norbert, Country Report. Germany, en *Clandestino. Undocumented Migration. Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe*, 2008, p. 16-17, [http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2009/02/clandestino\\_report\\_germany\\_final\\_2.pdf](http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2009/02/clandestino_report_germany_final_2.pdf).

<sup>213</sup> Triandafyllidou, Anna, Gropas, Ruby, *European immigration: a sourcebook*, Aldershot, England: Burlington, VT, Ashgate, 2007, p. 128.

<sup>214</sup> Véase Borkert, Maren, Bosswick, Wolfgang, *op.cit.*, nota 154, p.6.

<sup>215</sup> Anteriormente a las reformas de 1993, el artículo 16 de la Constitución otorgaba a cualquier extranjero el derecho de solicitar asilo. Como señala Joppke, el titular del derecho era el extranjero en situación de perseguido político, no el gobierno alemán y su facultad de otorgarlo. Joppke, Christian, *Immigration and the nation-state: the United States, Germany, and Great Britain*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 85 y ss.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 93-94.

de las 811,000 personas que solicitaron asilo entre 1993 y 1997 entraron de forma irregular y ocultaron su ruta de entrada. Una vez dentro, solicitaban asilo en virtud de que la entrada irregular y la inmediata solicitud de asilo no estaban castigadas. Una de las consecuencias de las reformas al sistema de asilo alemán fue el repunte del mercado de traficantes profesionales de personas para cruzar irregularmente la frontera alemana.<sup>217</sup>

Finalmente, en 1997 se reformó la ley de extranjería con el fin de incrementar los requisitos de las visas para los menores no acompañados de padres nacionales de Turquía, la ex Yugoslavia, Marruecos y Túnez, así como para establecer que los hijos de padres de estos países viviendo previamente en Alemania debían obtener un permiso de residencia.<sup>218</sup>

#### **7.5.2.4 Italia**

Desde finales del siglo XIX hasta finales de la década de 1970 Italia fue un país de emigración. Millones de italianos emigraron virtualmente a todos los rincones del planeta en busca de mejores oportunidades de vida.<sup>219</sup> Aún después de la Segunda Guerra Mundial siguieron emigrando. Se estima que 7 millones de italianos emigraron de 1946 a 1975, al mismo tiempo que países tradicionales de inmigración como Alemania y Francia los reclutaban para cubrir la demanda de mano de obra generada por la recuperación económica tras la guerra.

A finales de los años 70' Italia pasó de ser un país de emigración a uno de inmigración, por un lado, por el crecimiento económico que experimentó a partir de esos años y, por otro, por el desvío de inmigrantes de los países del norte de Europa que cerraron sus puertas a partir de 1974 a los del sur, entre éstos Italia.<sup>220</sup> El censo de 1981 mostró como la población había incrementado notoriamente, no sólo por el regreso de los emigrantes italianos, sino también por la llegada de nuevos inmigrantes. El censo también mostró como, por primera vez, el número de personas presentes rebasaba el número de personas registradas como residentes, lo cual sugirió la presencia de migrantes irregulares. En los censos anteriores la tendencia había sido la contraria: el número de personas presentes era menor al número de personas registradas como residentes.<sup>221</sup>

Antes de la década de los 80' sólo dos leyes se ocuparon de tratar los asuntos relacionados con la extranjería. La ley 773 de 1931 (*Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*), la cual estuvo enfocada principalmente a cuestiones de seguridad pública y detección de extranjeros. Y la Ley 125, de 1 de junio de 1949, la cual estableció la forma de obtención

---

<sup>217</sup> Borkert, Maren, Bosswick, Wolfgang, *op.cit.*, nota 154, p. 7-8.

<sup>218</sup> *Ídem.*

<sup>219</sup> Sobre la emigración de italianos de finales del siglo XIX a mediados de la década de 1970, en especial a América, véase Vecoli, Rudolph J., *The Italian diaspora, 1876-1976*, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 114 y ss.

<sup>220</sup> Véanse Venturini, Alessandra, Italy in the context of European migration, *Regional Development Dialogue*, Vol. 12, No. 3, 1991, p. 93-112; Fakiolas, Rossettos, Italy and Greece: from emigrants to immigrants, en Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 313 y ss.

<sup>221</sup> Maciotti, Maria Immacolata, Pugliese, Enrico, *Gli Immigrati in Italia*, Bari: Laterza, 1991, p. 6.



de los permisos de trabajo, después de haber obtenido el permiso de residencia correspondiente.<sup>222</sup>

En 1982, dados los recientes resultados del censo de 1981, se emitió una circular que suspendió el otorgamiento de nuevos permisos de trabajo para los extranjeros ajenos a la CEE con el fin de dar prevalencia a los trabajadores italianos y autorizó la primera regularización para los empleados irregularmente. La regularización tenía que ser hecha por el empleador, quien, además de pagar retroactivamente los impuestos y contribuciones a la Seguridad Social evadidos, tenía que constituir un bono que cubriera el transporte de regreso del trabajador. Por razones obvias el resultado de esta regularización fue un fracaso. De hecho, esta circular tuvo como consecuencia disparar el aumento de trabajadores irregulares al cerrarse el canal legal de inmigración. Como señala La Terza, la medida tomada para evitar que los trabajadores ajenos a la CEE compitieran con los italianos propició la peor competencia posible: numerosos trabajadores dispuestos a aceptar bajos salarios, ahorros en impuestos y Seguridad Social, mayor flexibilidad, etc.<sup>223</sup>

La aprobación de una regulación comprensiva de la migración tuvo lugar hasta 1986. La Ley 943/86, de 30 de diciembre, estableció el marco general de la política migratoria al otorgar por primera vez derechos a los trabajadores<sup>224</sup> y establecer las reglas para emplear a trabajadores migrantes. Removió la suspensión de contratar a trabajadores extracomunitarios, pero la supeditó a la situación nacional de empleo. Se estableció por primera vez que la contratación de trabajadores irregulares constituía una infracción y se castigó con multa y prisión. Finalmente, esta ley aprobó una amnistía para los trabajadores irregulares que estuvo vigente hasta 1989. La regularización podía ser iniciada tanto por los empleadores como por los trabajadores. En caso de ser hecha por el empleador, se le eximía de las multas por haber violado las leyes laborales, pero quedaba obligado a pagar las contribuciones a la Seguridad Social evadidas. En caso de ser hecha por el trabajador, si estaba empleado, tenía que denunciar a su empleador; en caso contrario, era colocado en lista de espera para ser empleado.<sup>225</sup> Se estima que en 1986 había entre 600,000 y 1.2 millones de trabajadores irregulares en Italia. No obstante, con este esquema sólo 107,000 trabajadores pudieron ser regularizados.<sup>226</sup>

En 1990 una nueva ley migratoria entró en vigor. La Ley 39/1990, de 28 de febrero (Ley Martinelli), redefinió las reglas de entrada de extranjeros al establecer cuotas anuales de admisión, introdujo disposiciones tendientes a facilitar la integración social de los migrantes legales extracomunitarios y estableció un nuevo programa de regularización para los trabajadores irregulares viviendo en Italia con anterioridad al 31 de diciembre de 1989. La regularización podía ser hecha por los trabajadores o por los empleadores y, en caso de

---

<sup>222</sup> Calavita, Kitty, Italy and the New Immigration, en Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L., Hollifield, James F., eds., *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 313-314.

<sup>223</sup> La Terza, Maura, Innovazione Legislativa sul Lavoro degli Stranieri Extracomunitari in Italia, *Questione Giustizia*, Vol. 1, 1987, p. 35.

<sup>224</sup> Esta ley traspuso el contenido del Convenio No. 143 de la OIT de 1975 sobre trabajadores migrantes, del cual Italia era parte desde 1981.

<sup>225</sup> Calavita, Kitty, 1994, *op.cit.*, nota 222, p. 314-317.

<sup>226</sup> Onorato, Pierluigi, Per Uno Statuto dello Straniero, *Democrazia e Diritto*, Vol. 6, 1989, p. 307.

ser estos últimos, quedaban eximidos de pagar multas retroactivas por violación de las leyes laborales o contribuciones a la Seguridad Social evadidas.<sup>227</sup> Se estima que alrededor de 235,000 migrantes fueron regularizados.<sup>228</sup>

En 1995 se aprobó el Decreto Ley 489/1995, de 18 de noviembre (Decreto Dini), el cual introdujo severas medidas contra los contrabandistas de migrantes irregulares y novedosas provisiones relativas al tratamiento de los migrantes irregulares. Por ejemplo, autorizó que se les otorgara el servicio médico (no sólo en caso de emergencia o embarazo) y que sus hijos pudieran ser matriculados en las escuelas del Estado.<sup>229</sup> También aprobó un nuevo programa de regularización. Los solicitantes tenían que haber entrado a Italia con 6 meses de anterioridad al 19 de noviembre de 1995, tener un pasaporte o documento de identidad válido, la declaración de un empleador de que serían contratados inmediatamente y de forma legal (o del trabajador mismo de que llevaría a cabo un trabajo con un ciudadano italiano residente en Italia), y de que, tanto empleadores como trabajadores, pagarían por adelantado de 4 a 6 meses de cuotas a la Seguridad Social. Este esquema permitió a 259,000 trabajadores regularizar su estatus migratorio.<sup>230</sup>

En 1998 se aprobó la Ley 40/1998, de 6 de marzo (Ley Turco-Napolitano), la cual descansó sobre cuatro pilares: 1) la gestión ordenada del fenómeno migratorio con base en el establecimiento de cuotas anuales de entrada; 2) la integración social de los inmigrantes; 3) la prevención y el combate de la migración irregular; y 4) el otorgamiento de derechos básicos a los migrantes irregulares.<sup>231</sup> En cuanto al pilar 3), autorizó la detención de los migrantes irregulares en centros especiales mientras se llevaba a cabo su procedimiento de expulsión y previó medidas innovadoras como dar oportunidad a las víctimas de explotación y tráfico de personas, usualmente prostitutas jóvenes, de denunciar a sus explotadores y beneficiarse de un programa especial de asistencia y un permiso de residencia permanente.<sup>232</sup> Asimismo, previó una nueva regularización para los trabajadores presentes en Italia con anterioridad al 27 de marzo de 1998, siempre que tuvieran un sitio para vivir y sus empleadores hubieran pagado los impuestos correspondientes por sus salarios. Se estima que 193,200 trabajadores fueron regularizados.<sup>233</sup> En cuanto al pilar 4)

<sup>227</sup> Calavita, Kitty, 1994, *op.cit.*, nota 222, p. 317-320.

<sup>228</sup> Cillo, Rossana, Italy: Country Report, en Perocco, Fabio (ed.), *Undocumented Worker Transitions, EU Sixth Framework Programme*, Venecia: University Of Venice Ca' Foscari, Laboratorio di Formazione e Ricerca sull'Immigrazione, 2007, p. 6, [http://www.undocumentedmigrants.eu/londonmet/library/t78243\\_3.pdf](http://www.undocumentedmigrants.eu/londonmet/library/t78243_3.pdf)

<sup>229</sup> Zincone, Giovanna, Caponio, Tiziana, Immigrant and immigration policy-making: The case of Italy, *IMISCOE*, Working Paper No. 9, 2006, p. 3-4, [http://www.imiscoe.org/publications/workingpapers/documents/country\\_report\\_italy.pdf](http://www.imiscoe.org/publications/workingpapers/documents/country_report_italy.pdf)

<sup>230</sup> Nascimbene, Bruno, The Regularisation of Clandestine Immigrants in Italy, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 2, No. 3/4, 2000, p. 340-341. Véase también Levinson, Amanda, Regularisation programmes in Italy, en *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, Oxford: Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 2005, p. 2 [http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non\\_WP\\_pdfs/Reports\\_and\\_Other\\_Publications/Country%20Case%20Italy.pdf](http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non_WP_pdfs/Reports_and_Other_Publications/Country%20Case%20Italy.pdf).

<sup>231</sup> Para un análisis detallado de esta ley, véanse Zincone, Giovanna, Illegality, Enlightenment and Ambiguity: Hot Italian Recipe, *South European Society and Politics*, Vol. 3, No. 3, 1998, p. 45-82; Zincone, Giovanna, The Making of Policies: Immigration and Immigrants in Italy', *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 32, No. 3, 2006, p. 347-375.

<sup>232</sup> Zincone, Giovanna, Caponio, Tiziana, *op.cit.*, nota 229, p. 4-5.

<sup>233</sup> Levinson, Amanda, Regularisation programmes in Italy, *op.cit.*, nota 230, p. 3.

reafirmó lo dispuesto por el Decreto Dini en cuanto al otorgamiento de los servicios educativos y de salud a los migrantes irregulares.<sup>234</sup>

### 7.5.2.5 España

Hasta finales de los años 70' España fue un país de emigración. Entre 1850 y 1950 salieron unos 4.75 millones de españoles a países de América (3.5 millones), Europa (500,000) y al protectorado español del norte de Marruecos que se independizó en 1956 (250,000). De 1950 a 1975 las tendencias cambiaron: la emigración a América disminuyó sensiblemente (826,000), mientras que a los países europeos aumentó (más de 2 millones).<sup>235</sup> A partir de 1975, con el fin del régimen franquista, las tasas de emigración empezaron a disminuir<sup>236</sup> y se dio paso a un proceso de democratización y crecimiento económico que sería un factor determinante en la transición del país de emigrantes a inmigrantes.

Durante los primeros años de este período la entrada y establecimiento de extranjeros estuvieron poco regulados y se conseguían con relativa facilidad. La importancia del turismo en la economía española a partir de los años 60', por un lado, y el escaso volumen de inmigración extranjera, por otro, permitieron la existencia de una regulación laxa de los requisitos de entrada al país. De hecho, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 no había una norma general que formulara y sistematizara los principios que debían informar la situación de los extranjeros, sino sólo una proliferación de disposiciones de distinto rango que regulaban los distintos aspectos del Derecho de Extranjería.<sup>237</sup>

Los primeros flujos de extranjeros en España durante este período tuvieron diversos orígenes: uno se originó por la represión política en Latinoamérica (Chile, Uruguay, Argentina); otro fue producto de las restricciones impuestas en los países europeos tradicionales de inmigración (por ejemplo, marroquíes, senegaleses y gambianos permanecieron en España ante la imposibilidad de atravesar la frontera francesa); uno más estuvo compuesto por los rentistas y jubilados procedentes del centro y norte de Europa; y, otro menor estuvo formado por la incipiente presencia de personal directivo ligado a las filiales de las empresas transnacionales establecidas en España.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> Zincone, Giovanna, Caponio, Tiziana, *op.cit.*, nota 229, p. 4-5.

<sup>235</sup> Colectivo Ioé, *Inmigrantes, Trabajadores, Ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España*, Madrid: Colectivo Ioé, 1998, p. 37 y ss., <http://www.nodo50.org/ioe/index.php>. También véase, Vilar Ramírez, Juan Bautista, Las emigraciones españolas a Europa en el siglo XX: algunas cuestiones a debatir, *Migraciones & Exilios: Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricas contemporáneos*, No. 1, 2000, p. 131-159.

<sup>236</sup> Según López de Lera, las salidas de emigrantes se agotaron en el bienio 1973-75 y el flujo de retorno culminó entre 1976-80. López de Lera, D., La inmigración en España a fines del siglo XX. Los que vienen a trabajar y los que vienen a descansar, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 71-72, 1995, p. 225-245.

<sup>237</sup> Para ver la diversidad de disposiciones existentes relativas a la extranjería hasta antes de la primera ley comprensiva de extranjería en 1985, véase el Real Decreto No. 1119/1986 por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. BOE No. 140, de 12 de junio de 1986 y No. 175, de 23 de julio de 1986.

<sup>238</sup> Colectivo Ioé, *Política Migratoria Española en el Marco Europeo*, Madrid: Colectivo Ioé, 2001, p. 4, <http://www.nodo50.org/ioe/index.php>

Más allá del ‘creciente’ número de extranjeros que había a mediados de los 80’ (que rondaba en menos de 300,000 personas),<sup>239</sup> el factor determinante para el establecimiento de las primeras medidas de control a la migración fue la negociación del ingreso de España a la entonces Comunidad Económica Europea (1986), que ponía a la orden del día la posibilidad de un mercado interior europeo y, con ello, la importancia de replantear el control de fronteras comunes exteriores.<sup>240</sup> En este contexto, entre 1984 y 1985 se aprobaron las dos primeras leyes relacionadas con la extranjería: asilo (1984) y extranjería (1985). La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, fue clara en reconocer solamente a los extranjeros en situación *legal* los derechos de circulación, reunión, asociación, educación, así como en considerar como infracción “las acciones y omisiones de aquellas personas o entidades que promovieran, mediaran o ampararan la situación ilegal de extranjeros”. También previó la expulsión de los extranjeros en situación irregular por no contar con permisos de residencia y/o trabajo válidos y la sanción a los empleadores que contrataran trabajadores irregulares.<sup>241</sup>

Desde 1985, año de la aprobación de la primera ley de extranjería, hasta antes de la segunda ley general de extranjería del año 2000, tuvieron lugar tres regularizaciones de migrantes irregulares. La primera estuvo prevista en la disposición transitoria segunda de la ley de 1985, la cual autorizó la regularización de los extranjeros presentes en España con antelación al 24 de julio de 1985. Se estima que sólo fueron regularizados 23,000 extranjeros (de 44,000 que lo solicitaron)<sup>242</sup> y que el burocrático proceso de renovación de los permisos de trabajo establecido por la nueva ley y su reglamento creó una nueva generación de migrantes irregulares que no pudieron renovar tales permisos después de que expiraron.<sup>243</sup>

En 1991 se echó a andar un nuevo programa de regularización dirigido a los trabajadores irregulares presentes en España desde el 15 de mayo de 1991 y a los extranjeros a los que se les hubiera denegado o tuvieran pendiente su solicitud de asilo.<sup>244</sup> Se estima que de 135,393 solicitudes, 109,135 fueron aceptadas. Sin embargo, para 1994 un 25% de los regularizados no pudieron renovar sus permisos de trabajo y se convirtieron nuevamente en migrantes irregulares.<sup>245</sup> En los años que siguieron a esta regularización se echó a andar el

<sup>239</sup> Bruquetas-Callejo, María, *et.al.*, Immigration and Integration Policymaking in Spain, *IMISCOE*, Working Paper, No. 21, 2008, p. 8.

<sup>240</sup> Para una panorámica general sobre este momento, véase Colectivo Ioé, Los inmigrantes en España, *Documentación Social*, No. 66, 1987.

<sup>241</sup> Artículos 6 a 10, 25.3, y 26.1, incisos a), b) y e).

<sup>242</sup> Levinson, Amanda, Regularisation programmes in Spain, en *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, Oxford: Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 2005, p. 2, [http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non\\_WP\\_pdfs/Reports\\_and\\_Other\\_Publications/Country%20Case%20Spain.pdf](http://www.compas.ox.ac.uk/fileadmin/files/pdfs/Non_WP_pdfs/Reports_and_Other_Publications/Country%20Case%20Spain.pdf).

<sup>243</sup> Ortega Pérez, Nieves, *Spain: Forging an Immigration Policy*, 2003, Washington, D.C.: Migration Information Source, [www.migrationinformation.org](http://www.migrationinformation.org).

<sup>244</sup> Para un análisis de este proceso de regularización, véase Posada, Elvira, El marco legal del proceso de regularización de trabajadores extranjeros, *Revista de Treball Social*, No. 123, 1991, p. 59-62; Izquierdo, A. Consecuencias de la regularización de trabajadores extranjeros: 1991-1992, *Papers*, No. 43, 1994, p. 125-131.

<sup>245</sup> Reyneri, Emilio. 2001. *Migrants' Involvement in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union*, Geneva, International Labour Organization, p. 26, [www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp41.pdf](http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp41.pdf)

sistema de cuotas de entrada o contingente (1993) y se establecieron visas de entrada a los países exportadores del mayor número de migrantes, por ejemplo a los países del Magreb (1991), República Dominicana, Perú, Cuba, (1992), etc.<sup>246</sup>

En 1996 se emitió un nuevo reglamento para la ley de 1985. El Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, previó, entre otras disposiciones, la autorización de la estancia, por motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales, de los extranjeros que hubieran entrado de forma irregular (art. 26), así como el internamiento de los migrantes irregulares en centros especiales de detención (art. 109). Asimismo, autorizó la regularización de los migrantes en situación irregular por no haber renovado sus permisos de trabajo y/o residencia obtenidos en las dos regularizaciones previas. Se estableció como requisito el estar trabajando desde el 1 de enero de 1996, tener un permiso de residencia o trabajo emitido después de mayo de 1986, o ser miembro de la familia de un migrante viviendo en España desde antes de 1996. Se estima que 21,300 extranjeros pudieron ser regularizados.<sup>247</sup>

## **B) LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA**

### *i. Norteamérica*

#### **7.6 Estados Unidos**

##### **7.6.1 Panorama general de los migrantes irregulares en Estados Unidos**

Estados Unidos es el país que concentra la mayor población migrante irregular a nivel mundial: hay 11.2 millones<sup>248</sup> (28% del total su población migrante<sup>249</sup> y 3.57% del total de la población de Estados Unidos)<sup>250</sup> de migrantes irregulares, quienes en su mayoría son de México (6.5 millones) y Latinoamérica (1.8 millones), y se concentran principalmente en California (2.5 millones), Texas (1.7 millones), Florida (760,000), Illinois (490,000), Arizona (470,000), Georgia (460,000) y Nueva York (460,000).<sup>251</sup> Se estima que de un

---

<sup>246</sup> Cornelius, Wayne A., Spain: The Uneasy Transition from Labor Exporter to Labor Importer, en Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L., Hollifield, James F., eds., *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p. 350-351 y 364-366.

<sup>247</sup> Levinson, Amanda, Regularisation programmes in Spain, *op.cit.*, nota 242, p. 3.

<sup>248</sup> Esta cifra es a marzo de 2010. Passel, Jeffrey S., Cohn, D'Vera, *Unauthorized Immigrant Population: National and State Trends, 2010*, Pew Hispanic Center, febrero de 2011, p. 9, disponible en: <http://www.pewhispanic.org/files/reports/133.pdf>. Las estimaciones del Departamento de Seguridad Nacional varían ligeramente pues señalan que a enero de 2010 había 10.8 millones de migrantes irregulares. Hoefler, Michael, et al., U.S. Department of Homeland Security, *Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2010*, p. 2, disponible en: [http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois\\_ill\\_pe\\_2010.pdf](http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ill_pe_2010.pdf).

<sup>249</sup> Se estima que había 39.9 millones de migrantes en Estados Unidos en 2010. Passel, Jeffrey S., Cohn, D'Vera, *U.S. Foreign-Born Population: How Much Change from 2009 to 2010?*, Pew Hispanic Center, 9 de enero de 2012, disponible en: <http://www.pewhispanic.org/2012/01/09/u-s-foreign-born-population-how-much-change-from-2009-to-2010/>.

<sup>250</sup> A marzo de 2012, la población de Estados Unidos es de 313,258,111. Más información en: US Census Bureau, <http://www.census.gov/>.

<sup>251</sup> Hoefler, M., 2010, nota 248, p. 4.

27% a un 57% de estas personas entró de forma legal al país, pero sobrepasó el tiempo permitido en su visa o permiso de trabajo, o trabajó teniendo una visa de turismo.<sup>252</sup>

Los migrantes irregulares se encuentran repartidos a lo largo y ancho del mercado de trabajo,<sup>253</sup> pero es claro que se concentran en ciertas ocupaciones e industrias caracterizadas por exigir poca calificación y remuneración, así como alto riesgo: servicios (31% contra 15.8% de nacionales); construcción y extracción (19% contra 6% de nacionales); producción, instalación y reparación (15% contra 10% de nacionales); ventas y asistentes administrativos (12% contra 27% de nacionales); actividades profesionales (10% contra 35% de nacionales); transportación y acarreo de materiales (8% contra 6% de nacionales); y agricultura (4% contra 0.5% de nacionales).<sup>254</sup> Y si se toma en cuenta la fuerza laboral total, su participación no resulta irrelevante pues representan 24% de los trabajadores en la agricultura, 17% de los ocupados en limpieza, 14% de los trabajadores de la construcción, 12% de los ocupados en la industria alimenticia, 36% de los electricistas, 29% de los techadores, 27% de los carniceros, 9% de las empleados en producción y 7% de los transportistas.<sup>255</sup>

Las cifras anteriores arrojan que buena parte de los migrantes irregulares trabajan en el mercado laboral ‘secundario’, caracterizado por concentrar las actividades de mayor explotación y riesgos laborales, así como de menor calificación y remuneración. Se ven orillados a tomar los peores trabajos pues, además de contar con amplias barreras culturales, lingüísticas y de calificación, no tienen autorización para trabajar. En consecuencia, tienen que moverse dentro de una economía informal que, si bien sí los obliga a pagar impuestos,<sup>256</sup> los excluye del ámbito de los derechos, pues los empleadores no tienen incentivos para cumplir con las leyes laborales al contratarlos ilegalmente. Así, y a pesar de que estos trabajadores son particularmente rentables, la falta de una autorización de trabajo los obliga a someterse a ‘condiciones de esclavitud’.

### **7.6.2 Algunos aspectos de la política estadounidense en relación con la migración irregular**

Existen diversos aspectos de la actual política migratoria estadounidense a nivel federal en relación con los migrantes irregulares que se deben mencionar.

---

<sup>252</sup> Pew Hispanic Center, *Modes of Entry for the Unauthorized Migrant Population*, Fact Sheet, 22 de mayo de 2006, disponible en: <http://pewhispanic.org/files/factsheets/19.pdf>; United States Government Accountability Office (GAO), *Overstay Tracking: A Key Component of Homeland Security and a Layered Defense*, Report to the Chairman, Committee on the Judiciary, House of Representatives, mayo de 2004, disponible en: <http://www.gao.gov/new.items/d0482.pdf>.

<sup>253</sup> A marzo de 2010 había 8 millones de trabajadores irregulares en la fuerza de trabajo de Estados Unidos. Passel, Jeffrey S., Cohn, D’Vera, 2011, *op.cit.*, nota 248, p. 17.

<sup>254</sup> Passel, Jeffrey S., *The Size and Characteristics of the Unauthorized Migrant Population in the U.S. Estimates Based on the March 2005 Current Population Survey (2006)*, Pew Hispanic Center, p. ii, iii, 10-11, disponible en: <http://pewhispanic.org/files/reports/94.pdf>.

<sup>255</sup> *Idem.*

<sup>256</sup> Capps, Randy, Fix, Michael, *Undocumented Immigrants: Myths and Reality*, The Urban Institute, 2005, p. 1, disponible en: [http://www.urban.org/uploadedPDF/900898\\_undocumented\\_immigrants.pdf](http://www.urban.org/uploadedPDF/900898_undocumented_immigrants.pdf).

***Inefectividad en la aplicación de sanciones a los empleadores.*** La aplicación de sanciones a los empleadores es un importante eje de la política de control de la migración irregular y está vigente desde la aprobación de la IRCA,<sup>257</sup> la cual obligó a los empleadores a verificar las identidades y autorizaciones de trabajo de todos los trabajadores que contrataran.<sup>258</sup> Se establecieron sanciones civiles por la comisión de errores en la verificación de la documentación y por emplear a un trabajador a sabiendas de su estatus irregular o de continuar empleándolo una vez conocido.<sup>259</sup> Y penales por contratar a 10 o más trabajadores irregulares por un período de 12 meses, a sabiendas de que lo son, o incurrir en un patrón de incumplimiento de la ley migratoria.<sup>260</sup>

Esta rama de la política migratoria no ha estado exenta de críticas pues desde su implantación en 1986 ha probado ser poco efectiva y, por ende, no ha servido de incentivo a los empleadores para dejar de contratar trabajadores irregulares. Algunas de las críticas se refieren a defectos estructurales del sistema de revisión de los documentos presentados por los trabajadores<sup>261</sup> y otras, indudablemente, a la inefectividad de las autoridades migratorias en la aplicación de las sanciones. Algunos especialistas<sup>262</sup> han señalado como causas de la inefectividad la falta de recursos de la agencia encargada de la aplicación de las sanciones, así como que los empleadores siempre pueden alegar que revisaron de ‘buena fe’ los documentos presentados por los trabajadores para evitar incurrir en cualquier tipo de responsabilidad.<sup>263</sup>

También es preciso añadir que por muchos años las autoridades migratorias le han dado poca prioridad a esta vertiente de la política migratoria. De hecho, y contrariamente a lo que se debería esperar, dado el aumento exponencial de la migración irregular en las últimas dos décadas, no ha habido un crecimiento concomitante en el número de sanciones impuestas a los empleadores. De 1986 a 2003, período en que la aplicación de sanciones estuvo a cargo del *U.S. Immigration and Naturalization Services (INS)*, el índice más alto de imposición de sanciones se registró en 1990; después de ese año, y a lo largo de la década de los noventa, la cantidad de sanciones impuestas a los empleadores fue disminuyendo sensiblemente.<sup>264</sup> Desde 2003, la imposición de sanciones quedó a cargo del

---

<sup>257</sup> Aunque lo dispuesto originalmente en las secciones §101-103 de la IRCA ha sufrido modificaciones, sigue siendo la base de la actual regulación del artículo 274A de la INA.

<sup>258</sup> Sólo se les obliga a verificar que a su vista los documentos “parezcan razonablemente genuinos”. *Immigration and Nationality Act* de 1952 § 274A (b)(1)(A)(ii).

<sup>259</sup> INA § 274 A (e).

<sup>260</sup> INA § 274 (a) (3) (A) y § 274 A (f).

<sup>261</sup> Véanse críticas en este sentido en Ryan, Bernard, *Innovations in Employer Sanctions in the United States and Europe*, Institute for the Study of International Migration, Georgetown University, marzo de 2008, p. 2, <http://isim.georgetown.edu/Publications/GMF%20Materials/EmployerSanctionsGMF.pdf>.

<sup>262</sup> Dunne, Elizabeth, The Embarrassing Secret of Immigration Policy: Understanding Why Congress Should Enact an Enforcement Statute for Undocumented Workers, *Emory Law Journal*, Vol. 49, 2000, p. 643, 644.

<sup>263</sup> *Immigration and Nationality Act* de 1952 § 274A (a)(3). Respecto a la facilidad de los empleadores de evadir responsabilidad por contratar migrantes irregulares, véase: Murphy, William J., *Immigration Reform Without Control: The Need for an Integrated Immigration-Labor Policy*, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 17, 1994, p. 177-178.

<sup>264</sup> Brownell, Peter, *The Declining Enforcement of Employer Sanctions*, Migration Policy Institute, September 2005, <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?id=332>; U.S. Citizenship and Immigration Services, *Employer Sanctions Final Orders*, 2005, disponible en: <http://www.uscis.gov/files/article/Aug05empsan.pdf>; <http://www.uscis.gov/files/article/Dec04empsan.pdf>.

U.S. Immigration and Customs Enforcement (ICE) y, al parecer, se ha dado mayor importancia a este ámbito.<sup>265</sup> No obstante, su política es dar prioridad a las operaciones de larga escala en las que es posible detectar grandes cantidades de trabajadores irregulares y la identificación de delitos serios cometidos por empleadores, tales como la protección o albergue de migrantes irregulares o el lavado de dinero.<sup>266</sup> En consecuencia, se han dejado de lado los numerosos casos individuales de empleadores que contratan trabajadores irregulares y la verificación de que los empleadores lleven a cabo correctamente la revisión de la documentación presentada por los trabajadores.<sup>267</sup>

Como se puede ver, las sanciones a los empleadores es una medida con poco potencial pues es difícil que éstas sean efectivas si no son aplicadas uniformemente y con suficiente frecuencia a todos los empleadores infractores. Es claro que una estrategia integral de combate a la migración irregular requiere llevar a cabo una compleja serie de medidas dentro de las cuales deben destacar una aplicación estricta de las leyes laboral y migratoria a los empleadores y, por supuesto, el aseguramiento de las fronteras, que como medida aislada o principal ha probado ser una estrategia muy poco efectiva.

**Condiciones de trabajo peligrosas e inseguras y explotación laboral.** Los trabajadores migrantes, particularmente los que se encuentran en situación irregular, enfrentan, tal y como ha señalado la *American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations* (en adelante AFL-CIO) “una epidemia de accidentes y muertes laborales”.<sup>268</sup> Se ocupan en actividades de alto riesgo y bajo salario o en la economía informal, están dispuestos a trabajar bajo condiciones peligrosas con tal de percibir un salario y no ser deportados a su país, tienen amplias barreras de idioma, desconocen sus derechos laborales y si los conocen no los hacen valer por temor a ser despedidos, no cuentan con capacitación laboral, no se les proporciona el equipo de seguridad necesario para trabajar y se les presiona a hacer el trabajo rápido.<sup>269</sup> Por ejemplo, de 1997 a 2010 la tasa de crecimiento de accidentes fatales en los que estuvieron involucrados trabajadores nacionales disminuyó en un 8%, mientras que la tasa de crecimiento de accidentes en los que estuvieron involucrados trabajadores migrantes ‘hispanos’, en su mayoría mexicanos, fue de un alarmante 57.5%. Y en 2010, del total de accidentes fatales de trabajo un 37% fue sufrido

---

<sup>265</sup> U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Fiscal Year 2008 Annual Report, Protecting National Security and Upholding Public Safety*, p. 16-17, disponible en:

[http://www.ice.gov/doclib/pi/reports/ice\\_annual\\_report/pdf/ice08ar\\_final.pdf](http://www.ice.gov/doclib/pi/reports/ice_annual_report/pdf/ice08ar_final.pdf); *Worksite enforcement cases*, August 2008, disponible en: [http://www.ice.gov/pi/news/factsheets/worksite\\_cases.htm](http://www.ice.gov/pi/news/factsheets/worksite_cases.htm).

<sup>266</sup> U.S. Immigration and Customs Enforcement (ICE), Office of Investigations, *Worksite Enforcement*, 25 de noviembre de 2008, disponible en: <http://www.ice.gov/pi/news/factsheets/worksite.htm>. Véase el último informe de ICE: *Immigration Enforcement Actions: 2010, Annual Report*, junio de 2011, disponible en: <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/enforcement-ar-2010.pdf>.

<sup>267</sup> Ryan, Bernard, 2008, *op.cit.*, nota 261, p. 3.

<sup>268</sup> AFL-CIO, *Immigrant Workers at Risk: The Urgent Need for Improved Workplace Safety and Health Policies and Programs* (2005), disponible en:

<http://www.coshnetwork.org/Immigrants%20at%20Risk%20AFL%20CIO.pdf>.

<sup>269</sup> California Working Immigrant Safety and Health Coalition, *Improving Safe and Healthy Conditions for California's Immigrant Workers*, 2002, p. 5 y ss., <http://www.coshnetwork.org/WISH%20Report.pdf>; North Carolina Occupational and Safety and Health Project, *Immigrant Workers at Risk: A Qualitative Study of Hazards Faced by Latino Immigrant Construction Workers in the Triangle Area of North Carolina*, 2000, p. 1-2, disponible en: <http://www.coshnetwork.org/cpwrstudy.pdf>.



por trabajadores nativos, mientras que un 63% fue sufrido por trabajadores migrantes hispanos.<sup>270</sup>

Los trabajadores migrantes irregulares son los que sufren peores condiciones laborales y, entre éstos, por ser la mayoría, los mexicanos. En 2004 un reporte del *Associated Press* señaló que un trabajador mexicano en Estados Unidos corre 4 veces más el riesgo de morir en un accidente de trabajo que uno estadounidense debido a la ausencia de capacitación laboral y equipo de protección.<sup>271</sup> En concordancia con lo anterior, en 2010 estadísticas del Departamento de Trabajo mostraron que 38% de los accidentes laborales ‘fatales’ de ese año fue sufrido por mexicanos.<sup>272</sup> No es casualidad que buena parte de la población mexicana se concentre en los Estados con mayor índice de accidentes laborales, unos por su colindancia con México, como California y Texas, y otros por ser destino tradicional de mexicanos, como Illinois o Nueva York.<sup>273</sup>

Asimismo, es común que se cometan mayores violaciones de las leyes laborales en las ocupaciones en las que se emplean a migrantes irregulares. Por ejemplo, en 2000 un reporte del Departamento de Trabajo señaló que 100% de las plantas procesadoras de carne de res, cerdo y ave no cumplían con los estándares federales de salario mínimo, jornada de trabajo y pago de horas extras.<sup>274</sup> Igualmente, un estudio de *Human Rights Watch* demostró que esta misma industria no dota de equipamiento mínimo a los trabajadores para evitar que se accidenten o lastimen al trabajar.<sup>275</sup>

Las lesiones y muertes de los trabajadores migrantes irregulares son extremadamente altas y continúan creciendo. En 2010 el porcentaje más alto de accidentes fatales se registró en el sector de la agricultura (26,8%), la cual emplea mayormente a latinos y mexicanos.<sup>276</sup> Y en un estudio realizado en Carolina del Norte sobre esta misma industria se encontró que los empleadores no pagan horas extra y prefieren contratar a trabajadores latinos, quienes son menos propensos a quejarse de las condiciones laborales que se les ofrecen.<sup>277</sup>

---

<sup>270</sup> U.S. Department of Labor, *Census of Fatal Occupational Injuries Charts 1997-2010*, p. 13, disponible en: <http://www.bls.gov/iif/oshwc/cfoi/cfch0009.pdf>.

<sup>271</sup> Justin Pritchard, *Mexican Worker Death Probe Elicits Concern, Call for Better Enforcement of Safety laws*, Associated Press, march 18 2004, disponible en: [http://www.justicejournalism.org/projects/pritchard\\_justin/pritchard\\_031404\\_6.pdf](http://www.justicejournalism.org/projects/pritchard_justin/pritchard_031404_6.pdf).

<sup>272</sup> U.S. Department of Labor, *op.cit.*, nota 270, p. 14.

<sup>273</sup> De 1996 a 2002 estos Estados, junto con Florida y Nueva Jersey, concentraron el 64% del total de accidentes laborales. AFL-CIO, *op.cit.*, nota 268, p. 2.

<sup>274</sup> U.S. Department of Labor, *FY 2000 Poultry Processing Compliance Report*, 2000, disponible en: <http://www.dol.gov/esa/aboutesa/str-plan/esa00rpt.pdf>.

<sup>275</sup> Human Rights Watch, *Blood, Sweat, and Fear Workers' Rights in U.S. Meat and Poultry Plants IV*, 2005, disponible en: <http://www.hrw.org/reports/2005/usa0105/usa0105.pdf>.

<sup>276</sup> U.S. Department of Labor, *op.cit.*, nota 270, p. 16.

<sup>277</sup> North Carolina Occupational and Safety and Health Project, nota 269, p. 1-2. Véase también el caso de los trabajadores migrantes en la reconstrucción de Nueva Orleans tras el huracán Katrina y las deplorables condiciones de trabajo y de explotación que han padecido. ONU, Asamblea General, Reporte del Relator Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes, Misión a los Estados Unidos de América, *Promoción y Protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/7/12/Add.2, 5 de Marzo de 2008, preparado por Jorge Bustamante, p. 20 y ss.

**Los migrantes irregulares son trabajadores, pero sin derechos laborales.** A pesar de que Estados Unidos depende en buena parte de la mano de obra irregular en ciertos sectores, se sigue una política de no reconocerlo, lo cual tiene, al menos, tres consecuencias muy negativas para estos trabajadores. Primero, que se les nieguen las protecciones laborales mínimas o básicas, por no decir la posibilidad de ofrecerles un empleo legal con los derechos y prestaciones inherentes a todo trabajador. Segundo, que se contribuya a que se perpetúe su explotación laboral, en franca contradicción con los estándares internacionales, tanto de derechos humanos como del trabajo. Y, tercero, que se les criminalice y persiga si son denunciados o descubiertos por las autoridades migratorias.

La relación entre las políticas laboral y migratoria se encuentra en una innecesaria y profunda tensión. El asegurar protección laboral básica a los trabajadores irregulares y sancionar efectivamente a los empleadores que los contratan ayudaría a reducir este tipo de migración. Si los empleadores saben que los trabajadores pueden denunciarlos por los abusos laborales en los que incurran y que serán efectivamente sancionados por contratarlos, el incentivo para usarlos como mano de obra barata y de fácil explotación disminuye.

Así, al no hallar rentable su contratación y no contar con mano de obra disponible, harán mayor uso de los programas de trabajo temporal (H-2A-agricultura y H-2B-servicios) que otorgan ciertas garantías a los trabajadores; o, mejor aún, dadas la insuficiencia y desventajas de esos programas,<sup>278</sup> presionarán al gobierno para la firma de acuerdos bilaterales de trabajadores migrantes temporales, por ejemplo con México, país de donde procede la mayoría de trabajadores bajo esos programas.<sup>279</sup> Esto tendría como consecuencia directa la disminución de riesgos y pérdida de vidas a los que se enfrentan los migrantes al cruzar las fronteras de forma irregular, así como de la explotación laboral y abusos a los que son sometidos una vez han encontrado trabajo.

**Aprobación de leyes estatales “antiinmigrantes”.** El 23 de abril de 2010 comenzó la oleada de las llamadas “leyes antiinmigrantes” en Estados Unidos. En esa fecha la gobernadora de Arizona, Jan Brewer, aprobó la legislación migratoria más estricta de Estados Unidos: la Ley SB1070. La Gobernadora Brewer señaló como motivo principal de la firma de la ley la inacción del Congreso federal en el tratamiento del tema de la migración irregular. Cabe señalar que antes de su aprobación, el Presidente Barack Obama había dicho en Washington DC que la ley era “una medida equivocada”, y había pedido al Congreso acelerar el debate de la reforma migratoria, la cual para ser aprobada necesita

---

<sup>278</sup> Los programas H-2A y H-2B son una solución para cubrir parte de la demanda y oferta de mano de obra no calificada en Estados Unidos y México, respectivamente. El problema radica en que el gobierno mexicano no tiene parte en el reclutamiento masivo de sus nacionales: es un asunto que manejan las empresas y los consulados estadounidenses. Además, los trabajadores quedan indefensos y sujetos a los caprichos y condiciones del empleador pues no puedan cambiarse de trabajo bajo ninguna circunstancia (de hecho les retienen sus pasaportes), ni asociarse a ningún tipo de sindicato. Para un análisis a fondo de estos programas véase Durand, Jorge, *Programas de trabajadores temporales. Evaluación y análisis del caso mexicano*, México: CONAPO, 2006, p. 56.

<sup>279</sup> En 2010, de los 139,406 trabajadores contratados bajo el programa H-2A, 127,046 eran mexicanos (91.1%). Y de los 69,395 trabajadores contratados bajo el programa H-2B, 50,736 eran mexicanos (73.1%). U.S. Department of Homeland Security, *Year Book of Immigration Statistics 2010*, p. 65, 86, disponible en: [http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/yearbook/2010/ois\\_yb\\_2010.pdf](http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/yearbook/2010/ois_yb_2010.pdf).

apoyo bipartidista. La aprobación de la Ley se realizó en un momento en el que algunas personas y grupos racistas y xenófobos pretenden controlar el orden público.

La Ley SB1070 se encuentra en vigor de manera parcial desde julio de 2010 y tiene disposiciones que afectan a la población migrante irregular ya que tipificó como delito el no tener papeles de estadía legal en el país, una infracción que en el resto del país sigue siendo una falta de carácter civil no penal. Según esta ley es delito dar alojamiento y transportar en el automóvil a un migrante irregular, aunque sea un familiar, también es delito el detenerse en la calle para contratar a un jornalero. Además, otorga a las policías locales (estatal y municipal) facultades extraordinarias para detener a personas si los agentes tienen sospecha razonable de que se trata de indocumentados. Es decir, abrió la puerta a la discriminación racial, ya que la policía puede utilizar lo que se llama perfil racial (prohibido oficialmente), al poder detener a una persona que habla otro idioma o tiene rasgos latinos o asiáticos o que se viste de cierta manera, etc. Con esta ley se dio una codificación y legitimación encubierta de la discriminación racial, tan condenada y prohibida a nivel nacional e internacional. Cabe señalar que además de la Ley SB1070, en 2011 se aprobaron en Arizona nuevas leyes antiinmigrantes, entre ellas la Ley SB1465 que desconoce la validez de las identificaciones consulares expedidas por gobiernos extranjeros, como el Certificado de Matrícula Consular de Alta Seguridad de los Consulados de México.

Como es natural, la Ley SB1070 ha sido sumamente criticada y demandada por varios actores de la sociedad civil y el gobierno. Destaca la demanda presentada el 6 de julio de 2010 por el Departamento de Justicia de los EEUU, conjuntamente con el Departamento del Interior y el Departamento de Estado, ante la Corte Distrital de Phoenix, Arizona, en la que se pidió a ese tribunal que emitiera una orden judicial que dejara sin efecto, temporalmente, la nueva ley sobre cuestiones de inmigración del estado de Arizona, SB1070. Al adoptar esta acción extraordinaria, el Gobierno Federal enviaba un claro mensaje de que no toleraría que “leyes de los Estados inviten al estereotipo racial o al perfil racial, interfiriendo las políticas y prioridades migratorias federales”. Esta demanda se fundamentó en la inconstitucionalidad de la ley estatal, basada en la supremacía de la Constitución federal sobre cualquier ley de los Estados de la Unión, al otorgarle la Constitución federal el derecho único al Gobierno federal de establecer y hacer cumplir las leyes de inmigración en el país.

La demanda señaló que: “en nuestro sistema constitucional, el gobierno federal tiene autoridad predominante para regular las materias de inmigración. Esta autoridad deriva de la Constitución de los EEUU y de numerosos actos del Congreso. El derecho nacional sobre inmigración refleja un cuidadoso y considerado equilibrio de aplicación del derecho nacional, relaciones internacionales e intereses humanitarios” (párr. 2). “Los Estados Unidos declaran que el Estado de Arizona se preocupa legítimamente de la inmigración ilegal y esta declaración reconoce los esfuerzos para asegurar las fronteras de la nación. El gobierno federal, además da la bienvenida a los esfuerzos de cooperación de los Estados y las localidades para ayudar en la aplicación de las normas migratorias nacionales. Pero la Constitución de los Estados Unidos prohíbe a Arizona suplantarse al gobierno federal en el régimen migratorio, estableciendo una política migratoria específicamente estatal, una política que, en sus propósitos y efectos, interfiere con numerosos intereses que el gobierno federal debe tener presentes cuando aplica y administra las normas sobre inmigración y

rompe el equilibrio actualmente establecido por el gobierno federal. Por lo tanto, la ley S.B. 1070 es inválida según la Cláusula Suprema de la Constitución de los EEUU y debe ser derogada” (párr. 5).

La demanda solicitó una sentencia que estableciera que las secciones 1-6 de la SB 1070 son nulas de pleno derecho y “un mandato judicial contra el Estado de Arizona, sus oficiales, agentes y empleados prohibiendo la aplicación de las secciones 1-6 de la SB 1070”. La demanda federal se sumaba al menos a otras cinco demandas presentadas ante tribunales federales en contra de la entrada en vigor de la Ley SB1070 del Estado de Arizona. La más importante de éstas fue la presentada por las organizaciones American Civil Liberties Union (ACLU) y Mexican American Defense and Educational Fund (Fondo de Defensa y Educacional Mexicano Americano). Cabe señalar que actualmente la Ley SB1070 está bajo escrutinio. El 25 de abril de 2012 será analizada por la Corte Suprema de Estados Unidos y, mientras tanto, varias disposiciones han quedado suspendidas temporalmente, como la de tipificar penalmente la contratación de jornaleros en las calles.

La Ley SB1070 tuvo como efecto poner en el debate público nacional las iniciativas antiinmigrantes. A pesar de las pérdidas que sufrió Arizona a partir de la aprobación de esta ley, en términos de turismo, economía, imagen, entre otros, 36 Estados consideraron adoptar medidas similares, pero temores relacionados con el costo de implementación, las amenazas de demandas judiciales y pérdidas comerciales causaron que sólo lo hicieran los Estados de Utah, Indiana, Georgia, Alabama y Carolina de Sur. Las seis leyes estatales aprobadas enfrentan ahora demandas ante los tribunales de justicia, por lo que no han podido ser puestas en vigor en su totalidad. Mientras estas leyes eran debatidas y aprobadas, el tema de la reforma migratoria siguió estancado en el Congreso estadounidense en el año 2011.

Un reporte del National Council of La Raza de 2012, “*The Wrong Approach: State Anti-Immigration Legislation in 2011*”, señaló que si bien la legislación antiinmigrante fue promovida principalmente por miembros del partido republicano, los republicanos están divididos sobre las implicaciones de las leyes antiinmigrantes como la de Arizona. Esto en virtud de que en 2011 la mitad de los Estados que rechazó legislaciones del estilo estaban controlados por republicanos, incluyendo dos tercios donde tenían mayoría calificada: Florida, Kansas, Oklahoma, New Hampshire, Dakota del Sur, Texas y Wyoming; y Estados con mayoría simple republicana como Maine, Carolina del Norte y Tennessee. Otros Estados que rechazaron estas leyes tuvieron mayoría demócrata: California, Nevada y Washington; o control compartido por ambos partidos: Colorado, Iowa, Kentucky, Louisiana, Missisipi y Virginia. Ohio y Wisconsin aún consideraban tales legislaciones al fin del 2011, mientras que Illinois, Michigan y Pennsylvania la habían rechazado en 2010.

### **7.6.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Estados Unidos desde el año 2000**

#### **7.6.3.1 Derecho Migratorio**

La última reforma importante a la ley federal de migración estadounidense (IRCA), en cuanto a migración irregular se refiere, tuvo lugar en 1996: la *Illegal Immigration Reform*

and *Immigrant Responsibility Act (IIRIRA)*, la cual se analizó en la primera parte de este capítulo.

### 7.6.3.2 Derechos sociales

**Derecho a vivienda/alojamiento.** La ayuda para la vivienda está limitada a los migrantes regulares, de acuerdo con el Título 42, sección 1436 (a) del *United States Code (USC)*. Por ello, los migrantes irregulares no pueden acceder a ninguna ayuda de este tipo.

**Derecho a la salud.** En Estados Unidos no hay un programa de servicio médico universal, pero existe un programa de atención médica dirigido a personas de bajos recursos: *Medicaid*,<sup>280</sup> el cual fue establecido por el gobierno federal en 1965, como parte de la *Social Security Act*. No obstante, los migrantes irregulares no tienen acceso a este programa, pues –entre otros requisitos– se pide que los solicitantes tengan un número de seguro social y una situación migratoria regular, ya que se pide que firmen –bajo pena por perjurio– una declaración de ciudadanía o “estatus migratorio satisfactorio”. El estatus migratorio es verificado a través del *Systematic Alien Verification for Entitlements (SAE)*.<sup>281</sup>

Anteriormente a la aprobación de la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* de 1996, los niños irregulares podían acceder a *Medicaid* puesto que se aceptaba su declaración de estatus migratorio regular sin verificarse, pero con la nueva ley ya no están permitidas este tipo de declaraciones. Sin embargo, existe un programa de atención médica especial para niños en el que pueden ser atendidos los hijos de los migrantes irregulares que hayan nacido en Estados Unidos. Este programa se llama “*State Children’s Health Insurance Program*” y fue establecido en 1997 como parte de la *Balanced Budget Act*.<sup>282</sup> Además, a pesar de que como regla general sólo pueden acceder a *Medicaid* los migrantes regulares,<sup>283</sup> los migrantes irregulares pueden recibir de forma gratuita tratamiento médico en caso de emergencia, la cual se define como “el surgimiento de una condición médica (incluido el parto) que se manifiesta con síntomas agudos de suficiente severidad (incluido dolor severo), en la que la ausencia de tratamiento médico inmediato pueda resultar en: 1) poner la salud del paciente en un riesgo serio, 2) la pérdida seria de las funciones del cuerpo, o 3) la disfunción seria de algún órgano o parte del cuerpo.”<sup>284</sup>

**Derecho a la educación.** Los migrantes irregulares tienen derecho de asistir de forma gratuita a la escuela en sus niveles básicos: kinder, primaria, secundaria y preparatoria. La sentencia del caso *Plyer vs. Doe* de 1982 fue determinante para el acceso gratuito de los

---

<sup>280</sup> La regulación de *Medicaid* puede encontrarse en el Título 42, sección 1396 del *United States Code (USC)*, disponible en: <http://uscode.house.gov/beta.shtml>.

<sup>281</sup> Para mayor información sobre el programa *Medicaid*, en general véanse: *Medicaid: A Primer*, Kaiser Commission on Medicaid and the Uninsured, August 1999; *Medicaid’s Role for People with Aids*, Fact Sheet, The Henry J. Kaiser Family Foundation, December 1996.

<sup>282</sup> Schlosberg, Claudia, *Immigrant Access to Health Benefits. A resource manual*, Washington DC: National Health Law Program, 2000, p. 16.

<sup>283</sup> *United States Code (U.S.C.)*, Título 42, sección 1396 (b)(v)(1).

<sup>284</sup> U.S.C., Título 42, sección 1396(v)(3); *Code of Federal Regulations (C.F.R.)*, Título 42, sección 40.255.

migrantes irregulares a la educación básica. En este caso se declaró que un estatuto de Texas que negaba el acceso a la educación pública gratuita a los migrantes irregulares violaba la cláusula de protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, porque la discriminación sobre la base del estatus migratorio en esta materia no es de interés del Estado.<sup>285</sup> No obstante, recientemente en Estados como Alabama se han aprobado leyes –inconstitucionales– que requieren a los alumnos señalar su estatus migratorio antes de matricularse. Desde que se anunció esta nueva medida, 5% de los niños hispanos del Estado se han ausentado de las escuelas.<sup>286</sup>

En cuanto a educación superior se refiere, la ayuda financiera del Estado está restringida para los migrantes irregulares, de acuerdo con el título 8, capítulo 14, sección 1623(a) de la IRIIRA de 1996.<sup>287</sup> Sin embargo, varios Estados –Texas, California, New York, Utah, Illinois, Washington, Nebraska, New Mexico, Maryland (community colleges), Oklahoma, Wisconsin y Kansas– han aprobado leyes que no restringen el acceso de los migrantes irregulares a tasas preferenciales para la educación superior, si es que asistieron a una preparatoria del Estado por tres o más años. Legislación similar está pendiente en Estados como Florida, Hawaii, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, New Jersey, North Carolina, Oregon, South Carolina, Tennessee y Virginia. Connecticut también tuvo una iniciativa de ley similar, pero el gobernador la vetó. En Nevada, el sistema de educación superior no considera el estatus migratorio para el acceso a las tasas preferenciales para la educación superior, pero sí para poder obtener una beca otorgada por el Estado. Estas leyes tratan de evadir la legislación federal al no preguntar a los estudiantes su estatus migratorio y otorgar un subsidio en el pago de tasas con base en la asistencia previa a una preparatoria del Estado. En el caso de California, la ley AB 540 requiere a los estudiantes firmar un compromiso de que tratarán de legalizar su situación en cuanto sea posible o sean elegibles. Es decir, en este Estado las escuelas dan por sentada la asistencia de migrantes irregulares.

Arizona, Colorado, Georgia y Carolina del Sur prohíben que se otorguen tasas preferenciales a los migrantes irregulares para la educación superior. En Carolina del Sur no se permite el acceso de estas personas a las universidades estatales. En Virginia se aprobó una ley que negaba el acceso de los migrantes irregulares a la educación superior, pero el gobernador la vetó. Se encuentra pendiente la aprobación de leyes que prohíben el acceso de los migrantes irregulares a las universidades estatales en Alabama, Alaska, Florida, Mississippi y North Carolina.<sup>288</sup>

Cabe señalar que desde 2006 está en proceso de aprobación la *Development, Relief and Education for Alien Minors Act* (DREAM Act S.1545), la cual abriría el camino a la ciudadanía estadounidense a estudiantes migrantes irregulares que hubiesen llegado a Estados Unidos siendo menores de quince años. Esta ley derogaría la sección 505 de la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* de 1996, la cual impone

---

<sup>285</sup> *Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202, 1982.

<sup>286</sup> Griffée, Susannah L., Are Children of Illegal Immigrants Entitled to a Public Education? *The New York Times*, 6 de octubre de 2011.

<sup>287</sup> Más información en: <http://www.finaid.org/otheraid/undocumented.phtml>; *Map of States with In-State Tuition Laws*, disponible en: <http://www.numbersusa.com/content/learn/dream-act/map-states-state-tuition-laws.html>.

<sup>288</sup> *Ídem*.

límites a los Estados para proveer ayuda financiera a los migrantes irregulares. Así, se permitiría que estos estudiantes paguen las mismas tasas universitarias que el resto de estudiantes residentes y no los precios que pagan los estudiantes extranjeros, que en algunos casos es hasta el triple. También se les permitiría obtener una visa de residencia temporal y, una vez graduados, optar por la residencial legal permanente.

**Derecho de subsistencia mínima.** Existen diversas leyes que prohíben el otorgamiento de prestaciones sociales a los migrantes irregulares. La *Immigration and Nationality Act-INA* señala que los migrantes irregulares no tienen derecho de recibir prestaciones sociales financiadas por el Estado. No obstante, permite que los Estados establezcan en su legislación el otorgamiento de prestaciones sociales a estas personas, siempre y cuando la legislación de que se trate haya sido aprobada con posterioridad al 22 de agosto de 1996 (sección 1621). La *Social Security Protection Act* de 2004 (P.L. 108-203) prohíbe el pago de prestaciones de la seguridad social a estas personas.<sup>289</sup> Y la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* de 1996 (P.L. 104-193) restringió aún más el ya limitado acceso de los migrantes irregulares a las prestaciones públicas federales, locales y estatales.

Cabe señalar que los hijos de migrantes irregulares, sin importar el estatus migratorio de sus padres, son ciudadanos estadounidenses y, por ello, tienen derecho de recibir las prestaciones sociales del Estado.<sup>290</sup> Esto en virtud de que la sección 1 de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución señala que: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta por ello a tal jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que reside”. En el caso *U.S. vs. Wong Kim Ark* de 1898 la Corte Suprema dejó claro que los hijos de extranjeros nacidos en suelo estadounidense eran ciudadanos de Estados Unidos.<sup>291</sup> Las prestaciones sociales a las que pueden acceder los hijos de migrantes irregulares nacidos en Estados Unidos son el servicio médico (*Medicaid*) y el pago de tasas preferenciales cuando asistan a la universidad. Asimismo, pueden patrocinar a sus padres y hermanos nacidos en el extranjero para que inmigren de forma regular a Estados Unidos, pero hasta que tengan 21 años de edad.<sup>292</sup> Adicionalmente, pueden otorgar beneficios a sus padres en el corto plazo. Por ejemplo, las madres embarazadas o que se encuentran lactando pueden solicitar ayuda para comida a través del programa *Women, Infants and Children (WIC)*. Asimismo, sus padres, en caso de que hayan estado en el país por más de 10 años, pueden solicitar la liberación de su orden de deportación, si bien sólo 4,000 personas al año reciben este beneficio.<sup>293</sup>

---

<sup>289</sup> Actualmente se encuentra en discusión en el Congreso estadounidense la *No Social Security for Illegal Immigrants Act* de 2011 (H.R. 787). Véase más información sobre este tema en: Nuschler, Dawn, Siskin, Alison, *Social Security Benefits for Noncitizens: Current Policy and Legislation*, CRS Report for Congress, Order Code RL32004, 11 de mayo de 2005, p. 19.

<sup>290</sup> United States General Accounting Office (GAO), *Illegal Aliens. Extent of Welfare Benefits Received on Behalf of U.S. Citizen Children*, Report to Congressional Committees, GAO/HEHS-98-3, noviembre de 1997, p. 1.

<sup>291</sup> *United States vs. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898).

<sup>292</sup> US Department of State, *Family Based Immigrants*, disponible en: [travel.state.gov/visa/immigrants/types/types\\_1306.html](http://travel.state.gov/visa/immigrants/types/types_1306.html).

<sup>293</sup> Feere, Jon, *Birthright Citizenship in the United States: A Global Comparison*, Center for Immigration Studies, agosto de 2010, disponible en: <http://www.cis.org/birthright-citizenship>.

**Derecho a la vida familiar.** El derecho de contraer matrimonio es un derecho fundamental de todas las personas y debe ser respetado a los migrantes irregulares. En Estados Unidos se protege este derecho a todas las personas. La primera ley estatal que se impugnó por vulnerar este derecho fue la *Miscegenation Law* de Virginia, la cual prohibía los matrimonios interraciales. Esta ley fue invalidada en el caso *Loving vs. Virginia* (1967), en el cual se señaló que violaba la cláusula de protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución porque discriminaba odiosamente sobre la base de la raza. Además, se señaló que la ley violaba la cláusula del debido proceso de la misma enmienda por ser una interferencia indebida a la libertad fundamental de contraer matrimonio.<sup>294</sup> En *Mathews vs. Diaz* (1976) se dijo que: “existen literalmente millones de extranjeros dentro de la jurisdicción de Estados Unidos. La Quinta Enmienda, así como también la Decimocuarta, protegen a cada una de estas personas de la privación de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso [...] incluso aquéllos cuya presencia en este país es ilegal, involuntaria o transitoria tienen derecho a la protección constitucional”.<sup>295</sup>

De este modo, los migrantes irregulares tienen protegido en la Constitución su derecho de contraer matrimonio. No obstante, la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act (PRWORA)*,<sup>296</sup> una ley federal aprobada en 1996 con el fin de reformar el sistema de prestaciones sociales, requirió que los Estados registraran los números de seguro social de las personas que solicitaran casarse.<sup>297</sup> Esta disposición no señaló el tratamiento que debía darse a los solicitantes que no tuvieran número de seguro social (como los migrantes irregulares), lo cual creó confusión entre los Estados y dio motivo a varias consultas al respecto. En respuesta, en 1999 el Comisionado de la *Federal Office of Child Support Enforcement* aclaró que si bien la disposición referida requería que se registrara el número de seguro social de los solicitantes de matrimonio, no condicionaba el derecho de contraer matrimonio a tenerlo. Recomendó que las personas que no tuvieran dicho número hicieran una declaración, bajo pena de perjurio, señalando que no tenían.<sup>298</sup> Varios Estados se han apegado a esta decisión: Michigan, Virginia, South Carolina, Tennessee, Florida y North Carolina. Otros como Alabama,<sup>299</sup> Ohio y Pennsylvania han

---

<sup>294</sup> *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

<sup>295</sup> *Mathews vs. Diaz*, 426 U.S. 67, 77 (1976), citando *Wong Yang Sung vs. McGrath*, 339 U.S. 33, 48-51, (1950); *Wong Wing vs. United States*, 163 U.S. 228, 238, (1896); *Russian Volunteer Fleet vs. United States*, 282 U.S. 481, 489 (1931). Véase también *Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202, 210 (1982), citando *Shaughnessy vs. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953); *Wong Wing vs. United States*, 163 U.S. 228, 238 (1896); *Yick Wo vs. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886).

<sup>296</sup> Véase una reseña de la ley en: The Office of Child Support Enforcement, *The Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*, disponible en:

<http://www.acf.hhs.gov/programs/cse/pubs/1996/news/prwora.htm>.

<sup>297</sup> U.S.C., Título 42, sección 666 (a).

<sup>298</sup> PIQ-99-05, 14 de julio de 1999. Disponible en:

<http://www.acf.hhs.gov/programs/cse/pol/PIQ/1999/piq-9905.htm>.

<sup>299</sup> Robinson, Carol, SPLC fights for right to marry for illegal immigrants, *The Birmingham News*, 17 de noviembre de 2011, disponible en:

[http://blog.al.com/spotnews/2011/11/splc\\_fights\\_for\\_right\\_to\\_marry.html](http://blog.al.com/spotnews/2011/11/splc_fights_for_right_to_marry.html)



aprobado leyes que niegan a las personas que no tengan número de seguro social el derecho a casarse. En algunos casos estas leyes han sido impugnadas, en otros no.<sup>300</sup>

En conclusión, los migrantes irregulares tienen derecho a casarse legalmente en Estados Unidos, la Constitución protege este derecho fundamental. Sin embargo, existen leyes estatales que violan este derecho al prohibir el acceso a las personas que no tengan número de seguro social, lo cual es inconstitucional y debe ser impugnado. El derecho de casarse es un derecho humano básico que debe ser protegido a todas las personas.

***Derecho a la asistencia legal.*** La Legal Services Corporation es la institución encargada de proporcionar asistencia legal de forma gratuita a las personas en Estados Unidos. Sin embargo, los migrantes irregulares están excluidos de la ayuda que esta institución les pueda prestar por su estatus migratorio, según lo señala la sección 1626.3 del *US Code of Federal Regulations (CFR)*.<sup>301</sup> Existen, sin embargo, algunas circunstancias en las que los migrantes irregulares pueden obtener asistencia legal gratuita: si ellos o sus hijos han sido víctimas de maltrato en los Estados Unidos por su pareja, padre o miembro de la familia que viva en la misma casa (sección 1626.4 CFR).

### 7.6.3.3 Derechos laborales

Los derechos laborales fundamentales<sup>302</sup> de los trabajadores migrantes irregulares en Estados Unidos a nivel federal se encuentran en una serie de leyes:

La *National Labor Relations Act* de 1935 (en adelante NLRA) regula las relaciones laborales entre la mayoría de empleadores y trabajadores en Estados Unidos. Protege los derechos de sindicación, asociación profesional y negociación colectiva y sanciona la discriminación en su ejercicio. Los trabajadores migrantes irregulares se encuentran protegidos por esta ley debido a que su definición de ‘empleado’ no los excluye,<sup>303</sup> si bien sí lo hace con algunas de las ocupaciones en las que comúnmente se emplean, como la agricultura y el servicio doméstico.<sup>304</sup>

En 1984, la Corte Suprema confirmó en el caso *Sure-Tan Inc. v. NLRB* que la NLRA tiene aplicación a los migrantes irregulares en caso de prácticas laborales injustas del empleador, como es su denuncia ante las autoridades migratorias en represalia por sus actividades sindicales<sup>305</sup>:

“[...] por cualquiera que sea la razón, el Congreso no ha adoptado provisiones en la *Immigration and Nationality Act* que hagan ilegal para un empleador contratar a un extranjero en Estados Unidos sin la

---

<sup>300</sup> Catholic Legal Immigration Network, Inc., *Undocumented Immigrants and the Right to Marry*, disponible en: <http://www.archchicago.org/Immigration/pdf/Immigration/UndocumentedMarriage.pdf>.

<sup>301</sup> Véase más información sobre este tema en: Heeren, Geoffrey, *Illegal Aid: Legal Assistance to Immigrants in the United States*, *Cardozo Law Review*, Vol. 33, No. 2, 2011, p. 619 y ss.

<sup>302</sup> De acuerdo a la Declaración de la OIT de 1998, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: libertad sindical, prohibición de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil y la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

<sup>303</sup> *National Labor Relations Act* de 1935 § 2(3), 29 U.S.C. § 152 (2006).

<sup>304</sup> *Ídem*.

<sup>305</sup> *Sure-Tan. vs. NLRB*, 467 U.S. 883, 894 (1984).

autorización apropiada, por lo que si la relación de trabajo entre un empleador y un extranjero indocumentado no es ilegal bajo las provisiones de la INA, no hay razón alguna para concluir que la aplicación de la NLRA [...] a las prácticas laborales que afecten a esos extranjeros entre necesariamente en conflicto con los términos de la INA”.

Así, y hasta antes de la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB* (2002), el *National Labor Relations Board* (en adelante NLRB), encargado de supervisar la aplicación de la NLRA, podía ordenar a los empleadores tres remedios en caso de prácticas laborales injustas contra los migrantes irregulares: 1) la orden de cese y desistimiento en sus violaciones de la NLRA; 2) el pago de los salarios que el trabajador dejó de percibir al ser despedido ilegalmente (*backpay*), en adelante ‘salarios vencidos’,<sup>306</sup> y 3) la orden de publicar un comunicado especificando que en el futuro no se repetiría la conducta ilícita. Después de *Hoffman*, los trabajadores irregulares ya no tienen derecho al pago de salarios vencidos,<sup>307</sup> sin duda el remedio más efectivo, y han quedado desprotegidos, aún cuando el NLRB ha reafirmado que la NLRA los sigue protegiendo, eso sí, sin este remedio.<sup>308</sup>

La *Fair Labor Standards Act* de 1938 (en adelante FLSA) regula derechos básicos de los trabajadores como el salario mínimo, el pago de horas extras, la seguridad e higiene en el trabajo y el trabajo infantil. Los trabajadores migrantes irregulares se encuentran dentro de su ámbito de aplicación porque su definición de ‘empleado’ no los excluye.<sup>309</sup>

En el ámbito judicial existe cierto consenso de que la FLSA tiene aplicación a los trabajadores irregulares, aún después de la resolución del caso *Hoffman*. Resultan ilustrativos los casos *Zeng Liu v. Donna Karan International Inc.* (2002) y *Singh v. Charanjit Jutla et al.* (2002), en los que dos Cortes Federales de Distrito señalaron que la FLSA tiene aplicación a los trabajadores migrantes irregulares, en especial para remediar la falta de pago por trabajo efectivamente realizado.<sup>310</sup> No obstante, otra Corte de Distrito determinó en *Ulloa v. Al's All Tree Service, Inc.* (2003) que un trabajador irregular sólo tiene derecho al pago del salario mínimo y no al que se le haya ofrecido inicialmente y que, en caso de existir alguna prueba de que es ilegal o que obtuvo el empleo con documentación falsa, *Hoffman* la obligaría a no otorgar remedio alguno.<sup>311</sup>

En consecuencia, los derechos de los trabajadores irregulares bajo la FLSA se encuentran asegurados pero sólo en cierta medida pues siempre se está a lo que decida el tribunal en turno. El Departamento de Trabajo, encargado de vigilar la aplicación de la FLSA y la

<sup>306</sup> En México estos salarios se denominan ‘salarios vencidos’, véanse los artículos 48 y 50, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo (también se les conoce comúnmente como ‘salarios caídos’). En España se denominan ‘salarios de tramitación’, véase el artículo 56, apartado 1, inciso b), del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

<sup>307</sup> *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S. 137, 148-149 (2002).

<sup>308</sup> National Labor Relations Board, *Procedures and Remedies for Discriminatees Who May Be Unauthorized Aliens after Hoffman Plastic Compounds, Inc.*, Memorandum Gc 02-06 (2002), <http://www.lawmemo.com/nlrb/gc02-06.htm>.

<sup>309</sup> Fair Labor Standards Act de 1938 § 3 (e), 29 U.S.C. § 203 (2006).

<sup>310</sup> *Zeng Liu v. Donna Karan Int'l, Inc.*, 207 F. Supp. 2d 191, 192 (S.D.N.Y. 2002); *Singh v. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Cal. 2002).

<sup>311</sup> *Ulloa v. Al's All Tree Service, Inc.* 2003 WL 22762710 (N.Y. Dist. Ct. 2003).

*Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act* (en adelante MSPA),<sup>312</sup> ha señalado que ambas leyes son de aplicación a los migrantes irregulares, pues sus estándares y el otorgamiento de remedios en caso de salarios no pagados por trabajo efectivamente realizado no contrarían lo dispuesto por *Hoffman*, que “sólo quita a los trabajadores indocumentados el pago de salarios vencidos”.<sup>313</sup>

Existen tres leyes que protegen a los trabajadores en contra de la discriminación en el empleo: la *Americans with Disabilities Act* de 1990 (en adelante ADA) que protege a los trabajadores con discapacidades; el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 que protege contra la discriminación por razones de raza, color, religión, sexo y origen nacional; y la *Age Discrimination in Employment Act* de 1967 (en adelante ADEA) que protege contra la discriminación por motivos de edad. Estas leyes tampoco excluyen de su definición de ‘empleado’ a los trabajadores irregulares, por lo que les son aplicables.<sup>314</sup>

En la práctica, la exigibilidad de los derechos protegidos en estas leyes por los migrantes irregulares es incierta. Por ejemplo, en *López v. Superflex, Ltd.* (2002), el tribunal negó al empleador que el trabajador revelara su estatus migratorio en la demanda que entabló contra él por violaciones de la ADA. No obstante, advirtió que si el trabajador buscaba el pago de salarios vencidos y se encontraba que era ‘indocumentado’, entonces sí sería relevante su estatus migratorio.<sup>315</sup> Y en *Escobar v. Spartan Security Service*<sup>316</sup> (2003) el tribunal, con base en *Hoffman*, negó el pago de salarios vencidos a un trabajador irregular que fue despedido por negarse a los ofrecimientos sexuales de su empleador en virtud de que “dichos salarios no pudieron haber sido percibidos de forma legal”.

En sentido contrario, en *Rivera et al., v. Nibco, Inc.*<sup>317</sup> (2004) el tribunal señaló que en términos generales *Hoffman* no era aplicable a todos los casos de trabajadores irregulares y que su aplicación a reclamaciones bajo el Título VII de la *Civil Rights Act* era dudosa. Además, en 2005 la Corte Suprema negó el recurso de *certiorari* o ‘revisión’ de este mismo caso, con lo cual quedó como precedente lo decidido por el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito en 2004.<sup>318</sup>

La *Equal Employment Opportunity Commission* (en adelante EEOC), encargada de vigilar la aplicación de las leyes contra la discriminación en el empleo, ha reafirmado su voluntad de aplicarlas a todos los trabajadores sin considerar la condición migratoria de éstos. Eso sí,

---

<sup>312</sup> A pesar de que esta ley regula a los migrantes temporales en la agricultura, no protege a los trabajadores contratados bajo el programa H-2A (agricultura). *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act* de 1983 § 3 (8) (B) (ii), 29 U.S.C. § 1802 (2006).

<sup>313</sup> U.S. Department of Labor, Wage and Hour Division, *Fact Sheet #48: Application of U.S. Labor Laws to Immigrant Workers: Effect of Hoffman Plastics decision on laws enforced by the Wage and Hour Division* (2007), <http://www.dol.gov/esa/regs/compliance/whd/whdfs48.pdf>.

<sup>314</sup> *Americans with Disabilities Act* de 1990 § 12111 (4), 42 U.S.C. § 12111 (2006); Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 § 701 (f), 42 U.S.C. § 2000e (2006); *Age Discrimination in Employment Act* de 1967 § 630 (f), 29 U.S.C. § 630 (2006).

<sup>315</sup> *López vs. Superflex, Ltd.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 15538 (S.D.N.Y. August 21, 2002).

<sup>316</sup> *Escobar vs. Spartan Security Service*, 281 F. Supp.2d 895 (S.D. Tex. 2003).

<sup>317</sup> *Rivera et al., vs. Nibco, Inc.*, 364 F.3d 1057 (9th Cir. 2004).

<sup>318</sup> U.S. Supreme Court, *Order List: 544 U.S. Certiorari Denied* (March 7, 2005), <http://www.supremecourt.us/orders/courtorders/030705pzor.pdf>.

ha reconocido que de acuerdo con *Hoffman* los trabajadores irregulares no podrán reclamar el pago de salarios vencidos.<sup>319</sup>

Como se acaba de advertir, la contradicción de posturas que existe entre los tribunales de Estados Unidos ilustra la inseguridad jurídica que enfrentan los trabajadores irregulares a la hora de hacer valer sus derechos laborales fundamentales. Esto genera una aplicación arbitraria y discriminatoria de la ley pues un trabajador irregular puede tener cierto derecho en una jurisdicción, pero en otra no. Esta disparidad no puede ser tolerada cuando los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación están en juego.

#### **7.6.3.4 *Hoffman Plastic Compounds vs. NLRB***

##### **7.6.3.4.1 El caso**

El caso se refiere al conflicto entre la empresa *Hoffman Plastic Compounds* y José Castro, trabajador mexicano que dicha empresa contrató en mayo de 1988 y despidió en enero de 1989, junto con otros tres trabajadores, por realizar actividades sindicales.<sup>320</sup> A raíz del despido injustificado, el señor Castro y los demás trabajadores presentaron una queja ante el NLRB alegando que la empresa había violado su derecho de libertad sindical. El NLRB consideró procedente la queja y ordenó a la compañía: 1) el cese y desistimiento en sus violaciones de la NLRA; 2) la reinstalación de los trabajadores y el pago de salarios vencidos; y 3) que publicara un comunicado especificando que en el futuro no se repetiría la conducta ilícita.<sup>321</sup>

En 1993, en el curso de una audiencia administrativa para fijar la cuantía adeudada a cada trabajador, José Castro reconoció que no tenía autorización para trabajar y que había usado documentos falsos para obtener el empleo. En consecuencia, el Juez Administrativo le negó la reinstalación y el pago de salarios vencidos.<sup>322</sup> El NLRB revocó su decisión y ordenó que se pagaran al trabajador los salarios correspondientes al período transcurrido entre su despido y la fecha en que había reconocido que no tenía autorización para trabajar. El NLRB indicó que “la forma más eficaz de adaptar y perfeccionar las políticas de inmigración es garantizar a los trabajadores irregulares las mismas protecciones y medidas de reparación que el NLRB contempla para los demás trabajadores”.<sup>323</sup> A raíz de esto, la empresa apeló la decisión del NLRB, pero en 2001 el Tribunal de Apelaciones la confirmó. *Hoffman* recurrió entonces a la Corte Suprema, la cual en marzo de 2002 anuló las decisiones del NLRB y el Tribunal de Apelaciones, negando al trabajador el pago de salarios vencidos como remedio por su despido ilegal.<sup>324</sup>

---

<sup>319</sup> U.S. Equal Employment Opportunity Commission, *EEOC Reaffirms Commitment To Protecting Undocumented Workers From Discrimination* (2002),

[http://www.nilc.org/immsemplymnt/emprights/EEOC\\_Reaffirms\\_Commitment.pdf](http://www.nilc.org/immsemplymnt/emprights/EEOC_Reaffirms_Commitment.pdf)

<sup>320</sup> *Hoffman*, 535 U. S., p. 140.

<sup>321</sup> *Ídem*, p. 140.

<sup>322</sup> *Ídem*, p. 141.

<sup>323</sup> *Ídem*, p. 141-142.

<sup>324</sup> *Ídem*, p. 142.

La Corte sostuvo que la legislación migratoria prohíbe el empleo de migrantes irregulares y que tiene preeminencia sobre la legislación laboral, que protege el derecho de libertad sindical. Así, aún cuando el empleador hubiera incurrido en violaciones serias de la NRLA, prevalecería la política migratoria.<sup>325</sup> Señaló que los otros remedios existentes bajo la NRLA seguían siendo aplicables a los trabajadores irregulares,<sup>326</sup> pero que el pago de salarios vencidos era impropio e iba en contra de la IRCA, pues la intención del Congreso al promulgarla no podía haber sido la de otorgar salarios vencidos a un trabajador responsable penalmente por obtener un empleo con documentos falsos.<sup>327</sup>

El voto disidente del juez Breyer, al que se adhirieron los jueces Stevens, Souter y Ginsburg, buscó un punto de equilibrio entre las dos políticas en conflicto: la laboral y la migratoria. Señaló que la orden del NLRB no sólo no interfería con la política migratoria, sino que ayudaba a disuadir los comportamientos ilegales en ese ámbito, que tanto leyes laborales como migratorias tratan de impedir y combatir.<sup>328</sup> Enfatizó que en ninguna parte de la legislación migratoria se señala cómo las infracciones en esta materia han de afectar la aplicación de otras leyes, como las laborales. Por ello, si nada se encuentra en la literalidad de la ley, tampoco en su finalidad que justifique la retirada de un remedio pecuniario por violación de las leyes laborales.<sup>329</sup>

El voto disidente también consideró que la decisión de la mayoría era “una cruda y obvia violación de las leyes laborales” pues al dejar al NLRB sin la posibilidad de ordenar el pago de salarios vencidos, remedio ‘críticamente importante’ tanto para compensar al trabajador por la violación de sus derechos como para disuadir al empleador de la violación de las leyes laborales, se daba incentivos a los empleadores para violar impunemente la ley laboral, al menos una vez, y contratar ‘perversamente’ trabajadores irregulares con el fin de obtener ventajas económicas.<sup>330</sup>

Y esto contradice la propia doctrina de la Corte en el caso *Sure-Tan*, en el que había señalado que el Derecho Laboral debe aplicarse igualmente a los migrantes irregulares para garantizar “que no habrá ventajas empresariales de índole laboral por contratar trabajadores indocumentados”.<sup>331</sup> Por eso en 1986 el Congreso señaló “inequívoca y explícitamente” que la IRCA “no socava ni resta importancia a las protecciones que existen en el Derecho Laboral ni limita los poderes del NLRB o de las juntas estatales o federales del trabajo de ofrecer remedios en caso de prácticas ilícitas en contra de los trabajadores indocumentados”.<sup>332</sup>

---

<sup>325</sup> Con esta decisión se decidió la contradicción de tesis que existía entre los Tribunales Federales de Apelaciones del 2° y 11° Circuito y del 7° y 4° Circuito. Véanse los casos *NLRB vs. APRA Fuel Oil Buyers Group Inc.*, 28 F.3d 103 (2d Cir. 1994); *Patel vs. Quality Inn South*, 846 F.2d 700, (11th Cir. 1988); *Del Rey Tortillería Inc. vs. NLRB*, 976 F.2d 1115 (7th Cir. 1992); *Egbuna vs. Time-Life Libraries, Inc.*, 153 F.3d 184, 186-87 (4th Cir. 1998).

<sup>326</sup> *Hoffman*, 535 U. S., p.152.

<sup>327</sup> *Ídem*, p. 146-150.

<sup>328</sup> *Hoffman*, 535 U. S., p.153 (voto particular del Juez Breyer).

<sup>329</sup> *Ídem*, p.154-155.

<sup>330</sup> *Ídem*, p.156.

<sup>331</sup> *Sure-Tan, vs. NLRB*, 467 U.S. 883, 893 – 894 (1984).

<sup>332</sup> *Hoffman*, 535 U. S., p.157 (voto particular del Juez Breyer).

#### 7.6.3.4.2 Efectos de Hoffman sobre los derechos laborales de los migrantes irregulares: derechos laborales deteriorados y jurisprudencia posterior con resultados inconsistentes

Con *Hoffman*, se creó un precedente negativo que trata de modo desigual a los trabajadores irregulares y a aquellos autorizados para trabajar. El pago de salarios vencidos era el único costo económico en que incurría un empleador por despedir ilegalmente a un migrante irregular por sus actividades sindicales, pues el otro remedio efectivo, la reinstalación, no es posible dada la situación irregular del trabajador. Así, y a pesar del ‘limitado’ alcance que según el Gobierno<sup>333</sup> de Estados Unidos tiene *Hoffman* sobre los derechos laborales de los migrantes irregulares, ahora estos trabajadores se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad y desprotección: han disminuido los derechos que pueden ejercer y se les ha desalentado en el ejercicio de otros derechos.<sup>334</sup>

*Hoffman* también ha propiciado que empleadores sin escrúpulos tomen represalias en contra de los trabajadores irregulares que denuncian violaciones de sus derechos laborales<sup>335</sup> y que traten de generalizar el razonamiento de esta decisión a fin de suprimir todas las medidas significativas de reparación a las que puedan aspirar. Por ejemplo, en *Martinez v. Mecca Farms, Inc.*<sup>336</sup> (2002), el empleador alegó que de conformidad con *Hoffman* un trabajador irregular no tenía derecho a recibir compensación alguna bajo la *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act*, puesto que dicha ley no tiene aplicación a trabajadores ‘ilegales’. Y en *Flores v. Niessen*<sup>337</sup> (2002) el empleador argumentó que *Hoffman* impedía que se otorgara a un trabajador irregular el pago de salarios vencidos como parte de la compensación que le correspondería por haber sufrido un accidente de trabajo según la *Occupational Safety and Health Act*.

Los resultados de los casos posteriores a *Hoffman* son variados y el balance no es totalmente negativo. Sin embargo, las inconsistencias muestran que esta decisión ha tenido como efecto dificultar, aún más, la reivindicación de los derechos laborales de los migrantes irregulares en Estados Unidos. A continuación, se presentan ciertos casos significativos que demuestran lo anterior:

**Casos en los que se ha seguido a Hoffman.** En *Morejon v. Terry Hinge and Hardware*<sup>338</sup> (2003) una trabajadora irregular solicitó a su empleador un permiso de trabajo para que le

<sup>333</sup> Véanse los comunicados del NLRB, DOL y EEOC, notas 308, 313 y 319, *supra*.

<sup>334</sup> Véanse las historias de varios migrantes irregulares después de *Hoffman* en Sensiba, Anais, Yavrom, Shaun, comp. y ed., *Employment Rights are Human Rights. Stories of Undocumented Workers: The Denial of Employment Rights due to Immigration Status*, American University Washington Collage of Law, 2004, <http://www.wcl.american.edu/clinical/workersrights.pdf?rd=1>.

<sup>335</sup> Véase lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT en su informe no.332 referente a la queja presentada por la AFL-CIO y la CTM a raíz del caso *Hoffman*. OIT, *Informe del Comité de Libertad Sindical no.332. Caso no. 2227 (Estados Unidos), 2003. Quejas contra el Gobierno de Estados Unidos presentadas por la Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO) y la Confederación de Trabajadores de México (CTM)* 575, disponible en:

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=032003332227@ref>.

<sup>336</sup> *Martinez vs. Mecca Farms, Inc.*, 213 F.R.D. 601, 603 (S.D. Flo. 2002).

<sup>337</sup> *Flores vs. Nissen*, 213 F. Supp. 2d 871 (N.D.Ill. 2002).

<sup>338</sup> *Morejon vs. Terry Hinge and Hardware*, 2003 WL 22482036 (Cal.App, 2 Dist. 2003).

practicaran una cirugía. En respuesta el empleador la despidió, por lo que la trabajadora lo demandó y le reclamó el pago de salarios vencidos. El Tribunal que resolvió el caso le negó, por ser irregular, el derecho a ser reinstalada y a recibir indemnización alguna, aún cuando el empleador también había violado la ley migratoria al emplearla, pues de antemano sabía de su estatus irregular.

*De Uribe v. Aviles*<sup>339</sup> (2004) versó sobre un migrante irregular que trabajaba como barrendero y fue atropellado por un conductor ebrio mientras hacía su trabajo. El trabajador solicitó al conductor una indemnización por el tiempo que no pudo trabajar a causa del accidente, pero éste argumentó que por ser irregular y de acuerdo con *Hoffman* no tenía derecho a ningún tipo de compensación. El Tribunal estuvo de acuerdo y le negó cualquier tipo de indemnización.

*Majlinger v. Casino Contracting Corp.*<sup>340</sup> (2003) trató sobre un trabajador irregular que sufrió un accidente laboral y demandó a su empleador el pago de la indemnización correspondiente y los salarios que dejó de percibir a causa del accidente. El Tribunal decidió que después de *Hoffman* los trabajadores irregulares no tenían derecho a ser indemnizados por un trabajo que no hubiera sido efectivamente realizado.

***Casos en los que se ha seguido Hoffman, pero se ha limitado su alcance.*** *Sanchez v. Eagle Alloy*<sup>341</sup> (2003) versó sobre dos migrantes irregulares mexicanos que sufrieron un accidente laboral y que en el momento de solicitar la consecuente indemnización fueron despedidos. La compañía alegó que no era responsable de indemnizarlos debido a su estatus irregular y el Tribunal estuvo parcialmente de acuerdo pues resolvió que sólo tenían derecho a una parte de la indemnización en virtud de que habían incurrido en una conducta sancionada penalmente al usar documentos falsos para obtener el empleo.

*Sanango v. 200 East 16th Street Housing Corporation*<sup>342</sup> (2004) versó sobre un trabajador irregular que sufrió un accidente al caer de una escalera de 5 metros mientras realizaba su trabajo. El jurado le otorgó \$90,000 dólares de indemnización, pero el Tribunal le denegó el pago completo de ésta por su situación migratoria y sólo autorizó el pago que hubiera obtenido en su país por un accidente similar.

***Casos en los que Hoffman se ha declarado inaplicable.*** En *Zeng Liu v. Donna Karan International Inc.*<sup>343</sup> (2002) la compañía dio a conocer el estatus irregular de uno de sus trabajadores al ser demandada en un caso de salarios no pagados por trabajo efectivamente realizado. La compañía alegó que de acuerdo con *Hoffman* el trabajador, por ser 'ilegal', no tenía derecho a recibir salarios no pagados por trabajo realizado. El Tribunal no estuvo de acuerdo y señaló que el estatus migratorio no era relevante para decidir un caso de salarios no pagados por trabajo efectivamente realizado.

---

<sup>339</sup> *Uribe vs. Aviles*, 2004 WL 2385135 (Cal. App. 2 Dist. 2004).

<sup>340</sup> *Majlinger vs. Casino Contracting Corp.*, 766 N.Y.S.2d 332 (N.Y. Sup. 2003).

<sup>341</sup> *Sanchez vs. Eagle Alloy*, 658 N.W.2d 510 (Ct. Apps. Mich. 2003).

<sup>342</sup> *Sanango vs. 200 East 16th Street Housing Corporation*, 2004 N.Y. App. Div. LEXIS 15637 (2004).

<sup>343</sup> *Zeng Liu vs. Donna Karan Int'l, Inc.*, 207 F. Supp. 2d 191, 192 (S.D.N.Y. 2002).

*Singh v. Charanjit Jutla et al.*<sup>344</sup> (2002) versó sobre un empleador que denunció a un trabajador irregular ante las autoridades migratorias luego de que éste lo demandara ante las autoridades laborales por no haber recibido ningún salario durante tres años. El Tribunal resolvió que *Hoffman* no evitaba que se otorgara cualquier remedio o compensación a los trabajadores irregulares y menos por trabajo efectivamente realizado.

#### 7.6.3.4.3 La internacionalización de *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB*

**OC 18/2003.** La Opinión Consultiva 18/2003 (en adelante OC 18/2003) fue emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en virtud de que el gobierno de México, evidentemente a raíz de la decisión del caso *Hoffman*, le pidió que se pronunciara sobre las leyes y prácticas laborales de derecho interno que afectan a sus nacionales en estatus irregular en Estados Unidos.

La OC 18/2003 tuvo dos importantísimas aportaciones en materia de derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares: la primera, la categorización del principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*; y la segunda, estrechamente ligada a la anterior, que los trabajadores migrantes irregulares, independientemente de su estatus migratorio, son titulares de derechos humanos laborales una vez que han entablado una relación laboral. Esto es, si bien los Estados y sus empleadores no están obligados a emplear trabajadores migrantes irregulares, una vez que éstos entablan una relación laboral, se convierten en titulares de los derechos humanos laborales que corresponden a todos los trabajadores y los Estados son responsables de que se les respeten tales derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, independientemente de su legislación interna y de los tratados internacionales que hayan suscrito.<sup>345</sup>

La CIDH llegó a tal razonamiento en virtud del carácter fundamental de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, así como también de su actual evolución, codificación y aceptación general de que es inadmisibles cualquier acto jurídico o trato discriminatorio en perjuicio de cualquier persona o grupo de personas. De este modo, los Estados “no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.<sup>346</sup> Es decir, este principio general e imperativo debe respetarse y garantizarse a todas las personas, incluidos los migrantes irregulares.

La protección de los derechos humanos laborales de los migrantes irregulares encuentra su justificación en que estas personas se encuentran en una marcada situación de vulnerabilidad respecto a los demás y, además, en que existe una común desigualdad en la relación laboral, siendo el trabajador la parte más débil y la que necesita una mayor protección. En virtud de esto, la CIDH sostuvo que “los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores,

---

<sup>344</sup> *Singh vs. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Cal. 2002).

<sup>345</sup> CIDH, Opinión Consultiva 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (17 de septiembre), párr.100-101, 134-136.

<sup>346</sup> *Ídem*, párr.172.



independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial o condición migratoria”.<sup>347</sup>

***Quejas de la AFL-CIO y la CTM ante la OIT.*** La AFL-CIO y la Confederación de Trabajadores de México, las dos federaciones de sindicatos más grandes de Estados Unidos y México, presentaron en octubre de 2002 una queja ante la OIT alegando que la decisión del caso *Hoffman* era contraria a los Convenios 87 y 98 de la OIT y a la Declaración de 1998, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. La queja enfatizó que la decisión violaba flagrantemente los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, los cuales deben poder ser ejercidos por todo trabajador, y que el hecho de que el pago de salarios vencidos ya no estuviera disponible para los trabajadores irregulares configuraba una práctica de discriminación en la protección de tales derechos a todos los trabajadores.<sup>348</sup>

Las quejas apoyaron su alegato en una decisión del Comité de Libertad Sindical de la OIT en la que se recomendó al Gobierno de España que ajustara su legislación al Convenio no.87, en el sentido de que *todos* los trabajadores, sin distinción alguna, deben tener derecho a la libertad sindical.<sup>349</sup> Sin embargo, el Comité señaló que los casos en comento diferían porque en España la legislación prohíbe literalmente a los trabajadores extranjeros irregulares el ejercicio del derecho de sindicación y en el caso de Estados Unidos no es así,<sup>350</sup> si bien ya lo ha hecho veladamente una decisión judicial.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT concluyó que los remedios de los que dispone el NLRB no son suficientes para remediar la discriminación en el ejercicio del derecho de libertad sindical por los migrantes irregulares<sup>351</sup> y recomendó al gobierno de Estados Unidos que explorara todas las soluciones posibles para asegurar que *todos* los trabajadores estuvieran protegidos en caso de discriminación sindical a causa de la decisión del caso *Hoffman*.<sup>352</sup>

#### **7.6.3.4.4 Responsabilidad internacional de Estados Unidos y algunas estrategias posibles desde la óptica del Derecho Internacional Público**

Los derechos de libertad sindical y negociación colectiva son derechos laborales consagrados en buena parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos y, dentro del ámbito de la OIT, son considerados como ‘derechos laborales fundamentales’ debido a la importancia que tienen en el aseguramiento de la dignidad humana en el mundo

---

<sup>347</sup> *Ídem*, párr. 149.

<sup>348</sup> OIT, *Informe del Comité de Libertad Sindical no. 332. Caso no. 2227 (Estados Unidos), 2003. Quejas contra el Gobierno de Estados Unidos presentadas por la Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO) y la Confederación de Trabajadores de México (CTM)*, p. 555, 559, 564, 565, 575, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=0320033322227@ref>.

<sup>349</sup> OIT, *Informe del Comité de Libertad Sindical no.327. Caso no. 2121 (España), 2001. Queja contra el Gobierno de España presentada por la Unión General de Trabajadores en España*, p. 562, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=0320023272121@ref>.

<sup>350</sup> OIT, *op.cit.*, nota 348, p. 603.

<sup>351</sup> *Ídem*, p. 608, 610.

<sup>352</sup> *Ídem*, p. 611, 612 y 613.

laboral.<sup>353</sup> Sin embargo, a pesar de que de conformidad con la normativa internacional vigente estos derechos deben poder ejercerse *sin excepción alguna* por todos los trabajadores, en Estados Unidos se quitó con Hoffman la posibilidad de hacerlo a los trabajadores irregulares.

Lo anterior, indudablemente, tiene consecuencias legales para Estados Unidos. La primera y de importantísima transcendencia es la violación de la norma imperativa de Derecho Internacional general o de *jus cogens* que consagra los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación, lo cual le genera responsabilidad internacional como Estado infractor. Y la segunda, también de gran relevancia, la violación de los siguientes instrumentos internacionales respecto de los cuales se encuentra obligado y que consagran la universalidad de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva y de igualdad ante la ley y no discriminación:

Obligación	Derechos de libertad sindical y negociación colectiva	Derechos de igualdad ante la ley y no discriminación
Por su ratificación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Carta de la ONU (1945): artículo 55, a</li> <li>• Carta de la Organización de los Estados Americanos (1951): artículo 45, incisos c) y g)</li> <li>• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1992): artículo 22</li> <li>• Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (1993): artículo 4.2, inciso b)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Carta de la ONU (1945), artículos 1.3, 55 y 56</li> <li>• Carta de la Organización de los Estados Americanos (1951): artículo 3, inciso 1</li> <li>• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1992): artículos 2.1 y 26</li> </ul>
Porque su contenido se ha convertido en Derecho Internacional Consuetudinario aceptado por todas las naciones civilizadas y por su pertenencia a la ONU	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración Universal de Derechos Humanos: artículos 20.1 y 23.4</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración Universal de Derechos Humanos: artículos 2 y 7</li> </ul>
Por ser signatario y estar obligado por el artículo 8, a) de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados de 1969 a abstenerse de actos que frustren el objeto y fin de un tratado que ha firmado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1977): artículo 8</li> <li>• Convención Americana de Derechos Humanos (1977): artículo 16, apartados 1 y 2</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1977): artículos 2 y 3</li> <li>• Convención Americana de Derechos Humanos (1977): artículos 1.1 y 24</li> </ul>
Por su pertenencia a la OIT y por el carácter fundamental de los derechos consagrados	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Convenio no.87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación de 1948: artículo 2</li> <li>• Convenio no.98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949:</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Convenio no.111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1973</li> </ul>

<sup>353</sup> Véase la Declaración de 1998 de la OIT, sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

	artículo 1.1	
Por su pertenencia a la Organización de los Estados Americanos (1951)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración Americana de Derechos Humanos: artículo XXII</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración Americana de Derechos Humanos: artículo II</li> </ul>

Estados Unidos está incurriendo en responsabilidad internacional al no haber llevado a cabo hasta la fecha ninguna acción, ni ejecutiva ni legislativa, tendiente a corregir los efectos de la decisión tomada por su Corte Suprema en la que se priva del derecho de libertad sindical a los trabajadores irregulares. En consecuencia, está violando flagrantemente la norma de *jus cogens* que consagra el principio de igualdad y no discriminación, además de los instrumentos internacionales respecto de los que se encuentra obligado y que consagran tal principio y la universalidad del derecho de libertad sindical.

Desde la óptica del Derecho Internacional Público, existen, por lo menos, cuatro estrategias posibles que pueden ayudar a evitar la violación sistemática de los derechos humanos laborales de los trabajadores migrantes irregulares en Estados Unidos.

La primera proviene del ámbito universal y está referida a la promoción de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CIDTM), la cual prevé un amplio catálogo de derechos para *todos* los trabajadores migratorios, entre ellos los derechos laborales fundamentales.<sup>354</sup> Es cierto que Estados Unidos no tiene planeado ratificarla, pero entre más Estados lo hagan, más probabilidad habrá de que se convierta en un instrumento autorizado y reconocido de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes. Esto, a su vez, impactará gradualmente la resolución judicial de los casos en que estén involucrados los derechos de los migrantes irregulares. Por ello, es necesario que se continúen las campañas de ratificación de la Convención, especialmente en los Estados desarrollados y receptores de migrantes.

La segunda estrategia proviene del ámbito regional. Es necesario que se cree dentro del seno de la OEA un instrumento específico de protección para estos trabajadores, pues a la fecha sólo existe un relator especial en la materia. Sería conveniente que dicho instrumento reafirmara lo señalado por la CIDH en la OC 18/2003 respecto al carácter imperativo del principio de igualdad ante la ley y no discriminación y, además, que previera un núcleo básico de derechos aplicables a todos los trabajadores migrantes.

La tercera estrategia proviene del ámbito bilateral. Es necesario avanzar hacia un acuerdo bilateral entre México y Estados Unidos que prevea la canalización ordenada de los miles de mexicanos que se ocupan cada año en ese país. Los programas unilaterales de trabajadores temporales H-2A y H-2B no son suficientes para cubrir las necesidades de mano de obra no calificada que enfrentan los empleadores en Estados Unidos, además de que no aseguran de un modo adecuado los derechos de los trabajadores. Es necesario un acuerdo bilateral que proporcione seguridad y derechos laborales mínimos a millones de

---

<sup>354</sup> Véase la parte III de la Convención (arts. 8 a 35).

trabajadores no calificados y no les deje en el desamparo y a merced de los empleadores. Acuerdos bilaterales como el extinto ‘Programa Bracero’<sup>355</sup> son un efectivo freno para la migración irregular, por lo que un acuerdo de este tipo ayudaría a frenar a los migrantes mexicanos que día tras día ponen en peligro sus vidas al cruzar la frontera y que, una vez en ese país, ven convertido su ‘sueño americano’ en una pesadilla de explotación laboral, discriminación y persecución.

Y la cuarta estrategia está referida al ejercicio de los mecanismos de queja o denuncia, jurisdiccionales o no, existentes en todos los ámbitos: universal, regional y bilateral (o trilateral en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte). Ejemplo de esto son las Opiniones Consultivas 16/1999 y 18/2003 de la CIDH solicitadas por México; el Caso Avena<sup>356</sup> ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), aunque en un plano distinto al laboral, pero estrechamente relacionado con el respeto de los derechos de los extranjeros en otro Estado; las quejas ante la OIT presentadas por la AFL-CIO y la CTM; los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para denunciar violaciones de derechos humanos; las quejas presentadas en el marco del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte; etc.

Es muy importante que se ventilen y denuncien en el plano internacional las acciones de Estados Unidos contra los derechos humanos de los migrantes irregulares. Sólo si se ponen bajo el escrutinio internacional se conseguirá que Estados Unidos reconsidere gradualmente su postura respecto a estas personas, quienes al igual que los demás trabajadores contribuyen a su progreso y tienen derecho a que se les respeten los derechos inherentes a su dignidad y calidad humanas.

## 7.7 Canadá

---

<sup>355</sup> Para un análisis a fondo del ‘Programa Bracero’, véase Durand, Jorge, *Programas de trabajadores temporales. Evaluación y análisis del caso mexicano*, México: CONAPO, 2006, p. 32.

<sup>356</sup> Este caso ha generado nutrida controversia aún después de decidido en 2004 en virtud de que Estados Unidos se ha negado reiteradamente a revisar y reconsiderar los casos de los mexicanos incluidos en el caso, tal y como lo ordenó la sentencia. A raíz de esto, en junio de 2008 México solicitó a la CIJ que interpretara su decisión de 2004 con el fin de que declarara que había impuesto a Estados Unidos una obligación de resultado de llevar a cabo las medidas necesarias para revisar y reconsiderar los casos de los mexicanos incluidos en el caso antes de su ejecución. Es de destacarse que en marzo de 2008 la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que la sentencia del Caso Avena no era directamente exigible bajo el derecho doméstico y que no vinculaba a las cortes estatales sin un acto legislativo previo. Asimismo señaló que las sentencias de la CIJ sólo imponían a los Estados un compromiso de tomar acción futura a través de sus ramas políticas para cumplir con lo que señalan. Véase *Medellin vs. Texas*, 552 U.S. 1358, 2008) (ya en 2006 había señalado que las sentencias de los casos La Grand y Avena sólo merecían “*respectful consideration*”, *Sánchez-Llamas vs. Oregon*, 548 U. S. 21, 2006; *Breard vs. Greene, Warden*, 523 U. S. 371, 375, 1998). Como resultado de esta sentencia (*Medellin v. Texas*), el gobierno de Texas ordenó la ejecución del señor Medellín el 5 de agosto de 2008, conllevando el incumplimiento de Estados Unidos, por un lado, a la sentencia de la CIJ de 2004 y, por otro, a la orden de medidas provisionales de julio de 2008 en la que la CIJ ordenaba la no ejecución de cinco mexicanos (entre éstos el señor Medellín) hasta que no se pronunciara sobre la petición de México. En enero de 2009 la CIJ emitió su decisión sobre el caso y, lamentablemente, no determinó las consecuencias legales por los referidos incumplimientos internacionales, tal y como lo enfatiza el Juez Sepúlveda-Amor en su voto discrepante. Véase *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals* (Mex. vs. USA), 2009 C.I.J. 3 (19 de enero) (voto discrepante del Juez Sepúlveda-Amor).

### 7.7.1 Algunos aspectos de la política canadiense en relación con la migración irregular

A pesar de que la migración irregular en Canadá no es comparable con la de Estados Unidos o algunos países europeos como España, Alemania o el Reino Unido, ha tendido a crecer en los últimos años.<sup>357</sup> Por ello, el gobierno canadiense, al igual que los de otros países desarrollados y receptores de migrantes, al tratar temas de migración y seguridad, ha tomado medidas estrictas en la última década para evitar que migrantes irregulares entren y/o permanezcan en su territorio. Hay medidas preventivas que ha puesto en marcha desde la década de los 80', como el requerimiento de visas a los ciudadanos de Estados que producen grandes cantidades de solicitantes de asilo. Esta medida fue complementada en el año 2002 con un acuerdo realizado entre los gobiernos de Canadá y Estados Unidos, el *Smart Border Agreement*,<sup>358</sup> con el cual han armonizado sus requisitos para solicitar visa a los nacionales de 175 países.<sup>359</sup> Si bien el establecimiento de visas no tiene por objeto primario el parar los flujos de solicitantes de asilo, el vínculo ha sido claro, por ejemplo con la imposición de visa a los solicitantes de asilo en Canadá procedentes de Hungría en 2002, México y República Checa en 2009, entre otros. De esta forma, Canadá puede denegar la visa a los ciudadanos de estos países que considere que solicitarán asilo.

Canadá tiene una frontera inmensa y porosa; sin embargo, la entrada clandestina por sus fronteras no es considerada importante. Reportes de la *Canada Border Services Agency* afirman el hecho de la relativa insignificancia del cruce no autorizado de fronteras. La mayor parte de la vigilancia migratoria tiene lugar en las grandes ciudades y no en las fronteras, y está dirigida –principalmente– a perseguir a criminales fugitivos, más que a migrantes sin papeles que no han cometido (otros) delitos.<sup>360</sup> De hecho, la vigilancia en las fronteras ha tendido más a centrarse en tráfico de drogas y armas que en la gente. La aparente falta de preocupación del Estado se ha reflejado en la relativa ausencia del tema en los medios de comunicación.<sup>361</sup>

En cuanto a regularizaciones se refiere, la ley migratoria vigente en Canadá, la *Immigration and Refugee Protection Act 2001 (IRPA)*, permite a los oficiales de migración (secciones 23 y 24.1) otorgar un permiso temporal –que puede ser cancelado en cualquier momento– a los migrantes que no cumplan con todos los requisitos de admisión, dentro de los cuales caben

---

<sup>357</sup> Algunas estimaciones señalan que puede haber medio millón de migrantes irregulares en Canadá. Papademetriou, D. G., *The global struggle with illegal migration: no end in sight*, 1 de septiembre de 2005, disponible en: <http://www.migrationinformation.org/feature/display.cfm?ID=336>; Soave Strategy Group (SSG), *The impact of undocumented workers on the residential construction industry in the GTA*, Prepared for: Laborers' International Union of North America (LIUNA), Toronto: SSG, 2006.

<sup>358</sup> La *Canada-US Smart Border Declaration* fue firmada el 12 de diciembre de 2001 por John Manley, Ministro de Asuntos Exteriores y Comercio Exterior de Canadá y Tom Ridge, Director del Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos. Entró en vigor el 9 de septiembre de 2002. Véase una síntesis del acuerdo en: [http://www.dhs.gov/xnews/releases/press\\_release\\_0024.shtm](http://www.dhs.gov/xnews/releases/press_release_0024.shtm).

<sup>359</sup> Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), *Smart Border Action Plan Status Report*, 17 de diciembre de 2004, disponible en: <http://www.dfaitmaeci.gc.ca/can-am/main/border/status-en.asp>.

<sup>360</sup> Corelli, Rae, Manhunt: police have nabbed 3,600 alien fugitives - with 9,000 on the lam, *Macleans*, 1996; Raymont, Peter, Tracey, Lindalee, *The Undefended Border*, Film/Video, White Pine Pictures, 2002.

<sup>361</sup> Goldring, Luin, Berinstein, Carolina, Bernhard, Judith, Institutionalizing Precarious Immigration Status in Canada, *Early Childhood Education Publications and Research Early Childhood Education*, Vol. 1, No. 1, paper 4, 2007, p. 8.

los refugiados cuya solicitud haya sido rechazada, siempre que haya pasado 1 año desde que su solicitud fue negada (sección 24.4). Asimismo, la sección 25 de la IRPA señala que “*por razones humanitarias o consideraciones compasivas*” los extranjeros en estatus irregular que corran el riesgo de enfrentar privaciones o penalidades extremas en caso de regresar a su país de origen, pueden solicitar la regularización de su situación y obtener la residencia permanente. Se tiene que pagar una cuota de aplicación y las probabilidades de éxito son muy remotas. Hasta ahora es incierto cuantas personas se han beneficiado de este programa.

### 7.7.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Canadá

A diferencia de países como Estados Unidos en los que la migración irregular se asocia principalmente al cruce clandestino de fronteras, en Canadá la mayor parte de los migrantes irregulares entró a través de uno de los canales autorizados de admisión, incluidos los solicitantes de asilo, los migrantes patrocinados por alguien en Canadá, o los individuos con una visa válida de turismo, trabajo o estudio.<sup>362</sup> En algunos casos los migrantes pagan grandes sumas de dinero para ser introducidos en Canadá.<sup>363</sup>

Varias razones, incluida el trabajar cuando no se cuenta con un permiso de trabajo o cambiar de empleador sin autorización, crean trabajadores irregulares. La burocracia canadiense también contribuye al paso de los migrantes de regulares a irregulares, a su “irregularización”.<sup>364</sup> De este modo, los migrantes pueden convertirse en irregulares por: 1) entrar de forma legal en Canadá, pero no respetar los términos y condiciones de su visa, sobrepasar el tiempo permitido en su visa, o usar documentación fraudulenta; y 2) entrar irregularmente a Canadá, incluidos aquéllos que son introducidos en el país por traficantes.<sup>365</sup>

El convertirse en un migrante irregular en Canadá es, por tanto, un proceso complejo, entretelado por un sistema migratorio defectuoso<sup>366</sup> y reforzado por la estratificación racial y de género<sup>367</sup> y la discriminación.<sup>368</sup> La mala combinación entre la oferta de trabajo y el tipo de migrantes que califica para ser aceptados en Canadá es un factor determinante para

---

<sup>362</sup> Oxman-Martinez, Jacqueline, Hanley, Jill, Lach, Lucyna, Khanlou, Nazilla, Weerasinghe, Swarna, Agnew, Vijay, Intersection of Canadian Policy Parameters Affecting Women with Precarious Immigration Status: A Baseline for Understanding Barriers to Health, *Journal of Immigrant Health*, Vol. 7, No. 4, 2005, p. 247-258; Calavita K., Gender, migration, and law: crossing borders and bridging disciplines, *International Migration Review*, Vol. 40, No. 1, 2006, p. 104-132.

<sup>363</sup> Through the back door: Canada is such a wonderful country in which to live that many people, from all over the world, sometimes take enormous risks to get here. Many come here illegally to work and contribute to society in every way. When they are found to be here illegally their removal from Canada is usually heart-breaking, *Canada and the world background*, diciembre de 2006, Vol. 72, No. 3, p. 7-21.

<sup>364</sup> Goldring, Luin, Berinstein, Carolina, Bernhard, Judith, *op.cit.*, nota 361.

<sup>365</sup> Papademetriou, D. G., 2005, *op.cit.*, nota 357.

<sup>366</sup> Through the back door, *op.cit.*, nota 363; Boyd, M., Gender aspects of international migration to Canada and the United States, en *International symposium on international migration and development*, Turin: Department of Economic and Social Affairs, United Nations, 2006.

<sup>367</sup> Goldring, Luin, Berinstein, Carolina, Bernhard, Judith, *op.cit.*, nota 361.

<sup>368</sup> Santos O., Undocumented workers-an issue of particular relevance to Canadian residents of Portuguese origin, *Portuguese Canadian National Congress*, 2005.

convertirse en un migrante irregular.<sup>369</sup> En 2006, la industria de la construcción representó el 9.5% del PIB total de Canadá, pero provincias como Ontario y Alberta no tuvieron suficientes trabajadores canadienses para cubrir estas demandas de trabajo.<sup>370</sup> Muchos trabajadores extranjeros calificados y no calificados pueden cubrir estas ofertas laborales, pero no aprueban el sistema canadiense de puntos que favorece la migración de trabajadores con experiencia en ciertos campos, con un manejo de los idiomas del país y con educación universitaria.<sup>371</sup>

### 7.7.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Canadá desde el año 2000

#### 7.7.3.1 Derecho Migratorio

La *Immigration and Refugee Protection Act* (S.C. 2001, c. 27), en adelante IRPA, entró en vigor el 28 de junio de 2002 y ha sido modificada en numerosas ocasiones desde esa fecha: fue reformada en 2003 (1 de enero y 2 de julio); en 2004 (6 de mayo y 28 de junio); en 2005 (1 de abril, 4 de abril y 12 de diciembre); en 2006 (12 de diciembre); en 2008 (22 de febrero y 18 de junio); en 2010 (29 de junio); y en 2011 (30 de junio).<sup>372</sup> A continuación se señalan las disposiciones más importantes que atañen a los migrantes irregulares.

**Sanciones.** Entre las medidas que establece esta ley para prevenir la migración irregular están las sanciones a los transportistas como aerolíneas, trenes y compañías de carga en general por transportar a extranjeros que no cuenten con la documentación adecuada. De esta forma, el control de la migración es transferido a los transportistas quienes, si desean evitar multas sustanciales o la incautación o detención de sus medios de transporte, deben tomar decisiones sobre la autenticidad de los documentos presentados por los viajeros. La IRPA contiene diversas disposiciones al respecto, haciendo responsables a los transportistas de los costos de deportación de los pasajeros que lleguen a Canadá sin la documentación apropiada (sección 148).

Las secciones 117 a 121 castigan el tráfico de migrantes irregulares. Si se trata del tráfico de hasta 10 personas, la pena es multa y/o prisión de 10 a 14 años; en caso de que sean más de 10 personas, la pena es multa y/o cadena perpetua. Si bien Canadá ratificó los Protocolos de Palermo<sup>373</sup> el 13 mayo de 2002<sup>374</sup> que tipifican tal conducta, la IRPA prevé sanciones

---

<sup>369</sup> *Ídem*; Through the back door, *op.cit.*, nota 363.

<sup>370</sup> *Ídem*.

<sup>371</sup> Jimenez, M., 200,000 illegal immigrants toiling in Canada's underground economy, *The globe and Mail*, 15 de noviembre de 2003, p. A1.

<sup>372</sup> Información disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/PITIndex.html>.

<sup>373</sup> La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en su Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada (Convención de Palermo) y dos Protocolos que la complementan: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. La Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, de conformidad con el artículo 38 de la misma. A septiembre de 2011, la han ratificado 163 Estados. Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lang=en).

<sup>374</sup> Información disponible en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en),

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en).

excesivas por la comisión del delito de tráfico de migrantes. Por ejemplo, el ayudar a 10 o más personas a cruzar la frontera, sin ninguna amenaza a éstas o su propiedad (es decir, no realizando el tráfico de migrantes con fines de esclavitud o prostitución) es un delito castigado con cadena perpetua. De forma contraria a lo que señala el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, la IRPA requiere que exista de por medio el pago de una remuneración o beneficio. De este modo, si una persona ayuda a un miembro de su familia que está huyendo de persecución, se le puede negar una audiencia de asilo o puede perder su residencia permanente, sin la posibilidad de apelar la decisión.<sup>375</sup> El efecto disuasivo de dicha pena excesiva es dudoso, especialmente porque los migrantes irregulares y la mayoría de los solicitantes de asilo deben usar algún tipo de ayuda para poder entrar en los Estados.<sup>376</sup>

Por otro lado, la IRPA castiga en las secciones 122 y 123 a los migrantes irregulares en lo individual por la posesión de documentación falsa con fines de entrar y/o permanecer en el territorio canadiense con una pena de prisión de hasta 5 años y, en caso de negociar con dicha documentación, hasta con 14 años de prisión. En tercer término, la sección 124 (1) (c) sanciona a los empleadores que ocupen a trabajadores migrantes irregulares con una pena que incluye una multa y/o prisión de máximo 2 años, en caso de tratarse de una acusación formal; y con una multa y/o prisión de máximo 6 meses, en caso de tratarse de un proceso sumario. Por último, la sección 129 castiga a los oficiales migratorios que acepten sobornos y/o acepten documentación falsa con el fin de dar entrada a migrantes irregulares con una multa y/o prisión de máximo 5 años, en caso de tratarse de una acusación formal, y con una multa y/o prisión de máximo 6 meses, en caso de tratarse de un proceso sumario.

**Detención, arresto y deportación.** Las secciones 44 y 54 a 59 prevén la detención, arresto y deportación de los migrantes irregulares. Cabe señalar que la sección 60 señala que en el caso de los menores de edad, la detención sólo será admisible en caso de que ésta sea el último recurso disponible de la autoridad migratoria para evitar su estancia irregular dentro del territorio canadiense.

La IRPA otorga amplias facultades a los oficiales migratorios para arrestar y detener a los extranjeros por razones de seguridad nacional. En este sentido, la sección 55 (1) señala que un oficial migratorio puede emitir una orden para detener a un extranjero si tiene *motivos razonables para creer* que es inadmisibles y un peligro para el público, o es poco probable que se presente para que lo examinen, a una audiencia de admisibilidad o para su deportación de Canadá. Por otro lado, el apartado (2) permite arrestar y detener a los extranjeros sin ninguna orden de por medio por los mismos motivos que el apartado anterior si el oficial migratorio no está satisfecho con la identidad del extranjero. El apartado (3) va más lejos al permitir el arresto y la detención de extranjeros a su entrada a Canadá si el oficial migratorio tiene *motivos razonables para sospechar* que son inadmisibles por motivos de seguridad nacional o por violar los derechos humanos o internacionales.

---

<sup>375</sup> Sobre este tema, véase: Crépeau, François, Jiménez, Estibalitz, *Foreigners and the Right to Justice in the Aftermath of 9/11*, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 27, 2004, p. 609-626.

<sup>376</sup> Morrison, John, Crosland, Beth, *The Trafficking and Smuggling of Refugees: The End Game of European Asylum Policy?*, *Independent Expert Report/UNHCR*, Working Paper 38, 2001.



Cabe señalar que la revisión de la detención (dentro de 48 hrs.) no es hecha por un juez, sino por una autoridad administrativa de la División de Migración (sección 57 (1)). De hecho, la detención puede continuar, entre otras causas,<sup>377</sup> si la División de Migración “está tomando las medidas necesarias para investigar, dentro de una sospecha razonable, que los extranjeros son inadmisibles por razones de seguridad nacional o por violar derechos internacionales o humanos” (sección 58 (1) (c)). Esta detención sin una orden judicial puede continuar por un tiempo indefinido, con una revisión cada 30 días. El poder de arrestar y detener a un extranjero sin una orden judicial, cuando un agente migratorio tiene *motivos razonables para sospechar* que un extranjero es “inadmisibles por razones de seguridad nacional” (sección 34 (1)) o por “violación de derechos internacionales o humanos” (sección 55 (3) (b)) es muy problemática. El nivel normal de evidencia en dichas materias es que el agente migratorio tiene *motivos razonables para sospechar* que una actividad criminal será cometida.

Al respecto, el *Caso Jacques*,<sup>378</sup> llevado ante la Corte Suprema de Canadá, ha dado alguna luz al respecto. En dicho caso el *Citizenship and Immigration Canada* diferenció los dos estándares: “*motivos razonables (para creer)* son una serie de hechos y circunstancias que convencería a una persona prudente e informada. No son sólo meras sospechas. La opinión debe tener una base objetiva. *Motivos razonables para sospechar*, un estándar más bajo que creer, son una serie de hechos y circunstancias que llevarían ordinariamente a una persona prudente y precavida a tener un presentimiento o una sospecha”.<sup>379</sup>

La adopción del criterio “*motivos razonables para sospechar*” tiene consecuencias dramáticas para los migrantes. Por ejemplo, en 2003 20 estudiantes migrantes procedentes de la India y Pakistán fueron arrestados sin orden judicial. El hecho se anunció sensacionalistamente al señalar que tales personas podían constituir una célula de Al-Qaeda toda vez que estaban registrados en dos direcciones distintas con el fin de pagar menos impuestos. La mayoría de estas personas fue liberada después de unos cuantos meses. El miembro del *Immigration and Refugee Board* que autorizó su liberación señaló que tales conductas no eran inusuales en nuevos migrantes.<sup>380</sup>

Por otro lado, la IRPA también considera la emisión de “certificados” de inadmisibilidad de extranjeros con base en motivos de seguridad nacional, violación de derechos humanos o internacionales, comisión de crímenes serios o crimen organizado (sección 77 (1)). Cabe señalar que todo proceso en el que esté involucrado el extranjero es suspendido, incluida una solicitud de refugio o protección. Estos certificados son referidos posteriormente a un juez federal y, si éste confirma la decisión, el extranjero es deportado (sección 78). Se puede hacer una apelación de la decisión judicial, pero sólo si el juez considera que una cuestión trascendente de importancia general está en juego (sección 79). Una vez emitido el

---

<sup>377</sup> Como: que es inadmisibles y un peligro para el público; que es poco probable que se presente para que lo examinen, a una audiencia de admisibilidad o para su deportación de Canadá; o que su identidad no haya sido establecida (sección 58 (1) (a, b, d)).

<sup>378</sup> Corte Suprema de Canadá, *R. vs. Jacques*, 1996 3 S.C.R. 312 (1996).

<sup>379</sup> *Citizenship and Immigration Canada*, ENF 20: Detention, en *CIC, Enforcement Manual*, p. 17, disponible en <http://www.cic.gc.ca/manuals-uides/english/enf/enf20e.pdf>.

<sup>380</sup> Canadian Council for Refugees, *CCR Denounces Detention Based on Suspicion*, Press release 2 de septiembre de 2003, disponible en: <http://www.web.net/%7Eccr/20detained.html>.

certificado, los Ministerios de Justicia y Ciudadanía e Inmigración pueden emitir la orden de arresto y detención en contra del extranjero si tienen *motivos razonables para creer* que el extranjero es un peligro para la seguridad nacional, para la seguridad de cualquier persona o si es poco probable que se presente al procedimiento para su deportación (sección 81). Esta detención está sujeta a revisión judicial, de acuerdo con la sección 82, dentro de las 48 hrs. después de realizada la detención (aparatado 1), y está sujeta a una revisión obligatoria –hasta que un juez confirme lo señalado por el certificado- cada 6 meses (aparatados 2 y 3). No hay límite de tiempo para que un extranjero sujeto a un certificado pueda estar detenido.

De este modo, los extranjeros que son considerados por los oficiales de migración como inadmisibles pueden ser detenidos sin que exista una orden judicial de por medio. La detención de las personas que no cuentan con la documentación debida es preocupante. Por ejemplo, los solicitantes de asilo son forzados a dejar su país sin la documentación adecuada porque es precisamente su identidad la que los pone en riesgo.<sup>381</sup> Aún más, uno de los mayores criterios de detención en este contexto es la satisfacción del oficial migratorio con la cooperación del migrante –tan pronto como entra en territorio canadiense- en establecer su identidad, lo cual es muy cuestionable en el caso de los solicitantes de asilo si se considera que se encuentran en una situación de mucho estrés, dada su experiencia en su país, y que aún pueden tener un alto grado de desconfianza de las autoridades. De hecho, los solicitantes de asilo pueden no querer cooperar para establecer su identidad porque el solicitar su documentación a las autoridades de su país puede poner en riesgo de persecución a su familia o amigos que aún están ahí.

Como señalan Crépeau y Nakache,<sup>382</sup> si bien los solicitantes de asilo no son obligados a solicitar a sus embajadas documentos de identidad, sí se les exhorta fuertemente a ello y, el hecho de que lo hagan, es tomado como un signo claro de cooperación. En ese contexto, ¿cómo se puede evaluar la no cooperación de una persona que está asustada de que su acción puede perjudicar a su familia o amigos en su país de origen? Esto es preocupante a nivel general, pero más en el caso de Canadá, que a marzo de 2011 fue el quinto país desarrollado de destino de los solicitantes de asilo, precedido por Suecia, Alemania, Francia y Estados Unidos.<sup>383</sup>

En el caso de los solicitantes de refugio, la sección 133 de la IRPA hace una excepción al señalar que dichas personas, siempre que procedan del país del cual solicitan refugio, no cometerán ninguna infracción bajo las secciones 122, 124 (1) (a), 127, 57, 340 (c), 354, 366, 368, 374 o 403 del Código Penal cuando su solicitud de refugio esté en proceso o, en caso de que ésta sea concedida.<sup>384</sup>

---

<sup>381</sup> Gauvreau, Catherine, Williams, Glynis, Detention in Canada: Are We on the Slippery Slope?, *Refuge: Canada's periodical on refugees*, Vol. 20, No. 3, 2002, p. 68.

<sup>382</sup> Crépeau, François, Nakache, Delphine, Controlling Irregular Migration in Canada. Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection, *Choices*, Vol. 12, No. 1, 2006, p. 16.

<sup>383</sup> UNHCR, *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2010, Statistical Overview of Asylum Applications Lodged in Europe and non European Selected Countries*, Ginebra: UNHCR, 2011, p. 7.

<sup>384</sup> La regulación de los refugiados se encuentra en la Parte 2 de la IRPA. En este apartado no se hace un estudio de dichas reglas por salirse del objeto de estudio de esta investigación.

Por último, la IRPA contiene en su división 8 (secciones 72-75) el recurso judicial en contra de cualquier orden emitida bajo la IRPA, por lo que, al menos, se cumple con este derecho que tiene toda persona detenida por una autoridad administrativa.

### 7.7.3.2 Derechos sociales

Aunque la mayoría de trabajadores irregulares contribuye al desarrollo de la economía canadiense y de su sociedad, su estatus irregular los deja a ellos y sus familias en una situación de acceso precario a sus derechos sociales básicos: salud, educación, servicios sociales, y los derechos que son básicos para promover y proteger su salud.<sup>385</sup> A continuación se señalan los derechos sociales más importantes a los que tienen acceso estas personas a nivel federal,<sup>386</sup> los cuales se encuentran una diversidad de instrumentos:

**Derecho a vivienda/alojamiento.** Los migrantes irregulares están excluidos de cualquier tipo de ayuda para la vivienda en Canadá.<sup>387</sup> La *Social Housing Reform Act 2000* estableció una serie de cambios en esta materia que han tenido una repercusión muy negativa en el bienestar de las familias de migrantes irregulares. Todos los solicitantes de algún tipo de ayuda para vivienda necesitan algún tipo de identificación que pruebe que han solicitado la residencia permanente en Canadá o se encuentran en el proceso de determinación del estatus de refugiado. De acuerdo con la ley, cada doce meses su elegibilidad necesita ser revisada, por lo que si algún miembro de una familia pierde el estatus regular toda la familia queda fuera del sistema de ayuda.<sup>388</sup>

**Derecho a la salud.** A pesar de que la salud es un derecho humano fundamental, los migrantes irregulares en general no tienen acceso a este derecho.<sup>389</sup> Esto es de particular relevancia en Canadá, un país con un sistema universal de salud y de ingresos altos que ha mantenido sectores vitales de su economía gracias al trabajo irregular de extranjeros.<sup>390</sup> A pesar de esto, cabe señalar que los migrantes irregulares pueden ser elegibles para recibir atención básica en el centro de salud de su comunidad y pueden recibir atención médica de urgencia en los hospitales pero tienen que pagar por el servicio. De acuerdo con la *Canada Health Act* (R.S.C., 1985, c. C-6), tienen derecho al servicio médico sin costo todas las personas “aseguradas”, que son los residentes de Canadá, incluidos los extranjeros regulares que han permanecido al menos tres meses en el país (o menos dependiendo de la regulación de cada provincia). La sección 2 del Acta señala que son residentes las personas

---

<sup>385</sup> Omidvar R., Richmond T., Immigrant settlement and social inclusion in Canada, *Working Papers Series*, Toronto: Laidlaw Foundation, 2003.

<sup>386</sup> Canadá es una Federación de 10 provincias y dos territorios. Hay tres niveles de gobierno: el federal, el provincial o territorial y el local. Los poderes están distribuidos entre las provincias y la federación.

<sup>387</sup> Para abundar sobre este tema, véase: Paradis, Emily, Novac, Sylvia, Sarty, Monica, Hulchanski, J. David, *Better Off in a Shelter? A Year of Homelessness & Housing among Status Immigrant, Non-Status Migrant, & Canadian-Born Families*, en , Hulchanski, J . David, *et.al.*, eds., *Finding home. Policy options for addressing homelessness in Canada*, Toronto: Cities Centre, University of Toronto, 2009.

<sup>388</sup> Berinstein, Caroline, ‘Access Not Fear’, *Non - Status Immigrants & City Services*, Preliminary Report, febrero de 2006, p. 7-8.

<sup>389</sup> World Health Organization, International migration, health, and human rights, *Health and human rights publication series*, No. 4, 2003, disponible en: <http://www.who.int/hhr/activities/en/FINAL-Migrants-English-June04.pdf>.

<sup>390</sup> Jimenez, M., 2003, *op.cit.*, nota 371; Santos O., 2005, *op.cit.*, nota 368.

admitidas legalmente para permanecer en Canadá, que hacen del país su hogar y permanecen ordinariamente en una provincia canadiense, pero no incluye a turistas, visitantes o residentes temporales.

De este modo, están excluidos del servicio médico los “no asegurados”, entre los que se encuentran los migrantes irregulares. Sin embargo, hay provincias como Ontario en las que se otorga el servicio médico a estas personas, si bien es limitado, sujeto a largas listas de espera, hay varias personas rechazadas y usualmente los médicos tienen que decidir a quien atienden.<sup>391</sup> En otras provincias como Toronto no existe una política oficial sobre el trato que se debe dar a los migrantes irregulares. El estatus de estas personas hace que se dificulte su remisión a otros médicos o que se proporcione atención médica adicional; incluso algunos médicos pueden negarse a atender a determinadas personas por su estatus. Por ello, no se puede decir que el servicio médico para los migrantes irregulares en Canadá sea confiable o consistente.<sup>392</sup>

Así, en términos generales, los migrantes irregulares tienen que pagar por el servicio médico en caso de que lo necesiten o comprar un seguro de gastos médicos, si bien los costos del aseguramiento privado son muy elevados y se encuentran destinados a la atención de emergencia, más que a la preventiva.<sup>393</sup> El problema de esto es que la atención de emergencia puede ser inadecuada para personas con condiciones como el embarazo o sida. De hecho, se ha encontrado que en provincias como British Columbia el reconocimiento de seguros privados en clínicas y hospitales es limitado y se pide el pago por adelantado para poder ser atendido, lo cual es una barrera importante para los migrantes irregulares.<sup>394</sup> Los migrantes irregulares tienen grandes dificultades para poder acceder al servicio médico en Canadá, incluso si sus hijos son nacidos ahí pues temen pedir su documentación por miedo a que los deporten. Esto tiene graves consecuencias, de hecho cada año se cuentan muertes<sup>395</sup> por la falta de servicio médico, lo cual, sin duda, vulnera los derechos más fundamentales de estas personas.

**Derechos laborales.** Los migrantes irregulares no tienen derecho a trabajar, pero si encuentran un empleo en la economía informal pueden, en teoría y bajo ciertas circunstancias, acceder a algunas compensaciones que se deben otorgar a los trabajadores. La mayoría de las leyes laborales son aplicables a los trabajadores irregulares,<sup>396</sup> pues no

---

<sup>391</sup> Bernhard, Judith K., Living with Uncertain Legal Status in Canada: Implications for the wellbeing of children and families, *Refuge*, Vol. 24, No. 2, 2007, p. 105.

<sup>392</sup> Elgersma, Sandra, *Immigration Status and Legal Entitlement to Insured Health Services*, Library of Parliament, PRB 08-28E, 28 de octubre de 2008, p. 6.

<sup>393</sup> Oxman-Martinez, Jacqueline, Hanley, Jill, Lach, Lucyna, Khanlou, Nazilla, Weerasinghe, Swarna, Agnew, Vijay, 2005, *op.cit.*, nota 362, p. 254.

<sup>394</sup> Fairey, David, *Cultivating Farmworker Rights: Ending the Exploitation of Immigrant and Migrant Farmworkers in BC*, Canadian Centre for Policies Alternatives, Justice for Migrant Workers and the BC Federation of Labour, junio de 2008, p. 47.

<sup>395</sup> Ruiz-Casares, Mónica, *et. al.*, Right and access to healthcare for undocumented children: Addressing the gap between international conventions and disparate implementations in North America and Europe, *Social Science & Medicine*, Vol. 70, 2010, p. 333.

<sup>396</sup> Committee for Accessible AIDS Treatment (CAAT), *Status, access & health disparities: a literature review report on relevant policies and programs affecting people living with HIV/AIDS who are immigrants, refugees or without status in Canada*, Toronto: CAAT, 2006.

los excluyen de su ámbito de aplicación: el *Human Rights Code*, la *Employment Standards Act*, la *Workplace Safety and Insurance Act*, la *Occupational Health and Safety Act*, entre otras. Por ejemplo, la *Employment Standards Act* de Ontario establece que todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, tienen derecho de recibir el monto total del pago por el trabajo realizado. Asimismo, bajo la *Occupational Health and Safety Act* los trabajadores migrantes irregulares pueden hacer denuncias anónimas sobre condiciones de trabajo inseguras en su lugar de empleo.<sup>397</sup>

El *Canada Labour Code (R.S.C., 1985, c. L-2)* regula la mayoría de relaciones laborales en Canadá, protege los derechos de sindicación, asociación profesional<sup>398</sup> y negociación colectiva y sanciona la discriminación en su ejercicio. Los trabajadores migrantes irregulares se encuentran protegidos por esta ley debido a que su definición de ‘empleado’ no los excluye.<sup>399</sup> Además, como Canadá ha ratificado la mayoría de convenios de la OIT que protegen los derechos fundamentales en el trabajo, se encuentra obligada a garantizar los referidos derechos a todos los trabajadores en su territorio.<sup>400</sup>

La *Employment Equity Act (S.C. 1995, c. 44)* sólo cubre a los empleadores que tengan contratados 100 o más trabajadores en alguna de las actividades reguladas a nivel federal (por ejemplo, empleados de bancos y ferrocarriles). Esta ley requiere a las empresas de cierto tamaño que desarrollen planes de empleo equitativos, objetivos y programas encaminados a eliminar barreras sistemáticas a grupos con desventajas (como las mujeres, los discapacitados, minorías visibles y aborígenes) e incrementar su representación en su centro de trabajo. De acuerdo con la sección 2, “el propósito de esta Acta es alcanzar la equidad en el lugar de trabajo, de modo que a ninguna persona se pueda negar oportunidades de empleo o beneficios por motivos que no estén relacionados con su habilidad y, en el alcance de ese objetivo, el corregir las condiciones de desventaja en el empleo, experimentadas por las mujeres, los aborígenes, los discapacitados y los miembros de minorías visibles, al dar efecto al principio de que la equidad en el empleo conlleva más que tratar a las personas de la misma manera, el implementar medidas especiales y la acomodación de diferencias”. Y esta ley es aplicable a los trabajadores migrantes irregulares, toda vez que la definición de fuerza laboral canadiense no los excluye al señalar

---

<sup>397</sup> Community Social Planning Council of Toronto (CSPC-T), *Davenport Perth Neighborhood Centre. Access to services without fear immigration campaign: Toronto community services resource guide*, Toronto: CSPC-T and Davenport Perth Neighbourhood Centre, 2007.

<sup>398</sup> También está protegido por la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cuya sección 2 (c) y (d) garantiza a todas las personas los derechos de libertad de reunión pacífica y de asociación.

<sup>399</sup> *Canada Labour Code (R.S.C., 1985, c. L-2)*, secciones 3.1, 8, 69.2, 94.3 (a), 95.i, 99.1 (c), 256.1 (c).

<sup>400</sup> *Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*: Convenio no. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, ratificado por Canadá el 23 de marzo de 1972. *Abolición efectiva del trabajo infantil*: Convenio no. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999, ratificado por Canadá el 6 de junio de 2000. *Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio*: Convenio no. 105, sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957, ratificado por Canadá el 14 de julio de 1959; Convenio no. 29, sobre el trabajo forzoso de 1930, ratificado por Canadá el 13 de junio de 2011. *Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*: Convenio no. 100, sobre igualdad de remuneración de 1951, ratificado por Canadá el 16 de noviembre de 1972; Convenio no. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por Canadá el 26 de noviembre de 1974. Información disponible en: <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>.

que: “significa todas las personas en Canadá en edad de trabajar y que están dispuestos y pueden trabajar” (sección 3).

**Derecho a la educación.** Todos los niños en Canadá tienen derecho de acceder a la educación básica (primaria y secundaria), la cual se extiende hasta los dieciséis años en la mayoría de las provincias (en otras hasta los diecisiete o dieciocho años). Los padres están sujetos a multas en caso de que no los lleven a la escuela. De este modo, se puede decir que los hijos de los migrantes irregulares también tienen derecho a la educación. De hecho, en provincias como Ontario se ha establecido la prohibición de denegar el acceso a la escuela a los hijos de migrantes irregulares (sección 49.1 de la *Education Act* de Ontario).

No obstante, en la práctica se niega este derecho a algunos niños irregulares. Esto ha llevado a la puesta en marcha de programas como el de “*Don’t Ask, Don’t Tell*”, el cual fue aprobado en 2007 por el *Toronto District School Board*.<sup>401</sup> Después de la educación básica, los migrantes irregulares no tienen derecho a recibir ningún tipo de educación por parte del Estado, ni siquiera pueden recibir clases de inglés o francés financiadas por el Estado para los migrantes.

**Derecho de subsistencia mínima.** Los migrantes irregulares en Canadá tienen un acceso muy limitado a los servicios sociales. Los centros de servicios sociales frecuentemente piden identificación a las personas para determinar su elegibilidad, lo cual es muy problemático para los migrantes irregulares. Prefieren no solicitar el servicio que necesitan por miedo a ser denunciados al *Citizenship and Immigration Canada* y ser deportados.<sup>402</sup> Los centros de servicios sociales que llegan a atender migrantes irregulares tienen largas listas de espera, por lo cual la ayuda a estas personas no es consistente ni confiable.

Una persona es elegible para asistencia social cuando realiza una solicitud para permanecer en Canadá por “razones humanitarias y compasivas”. Sin embargo, el tener este tipo de ayuda pone en riesgo su solicitud pues dificulta probar que se ha establecido exitosamente en el país. Una persona sujeta a una orden de deportación no es elegible para recibir este tipo de ayuda, a menos que pueda probar que no puede abandonar el país por situaciones fuera de su control (por ejemplo que sea de un país al que Canadá no esté deportando gente, o si no se han hecho los arreglos necesarios para que su deportación tenga lugar).<sup>403</sup>

**Derecho a la vida familiar.** La *Civil Marriage Act 2005* establece el derecho de contraer matrimonio de todas las personas, incluso las del mismo sexo. Por ello, los migrantes irregulares pueden contraer matrimonio de forma legal en Canadá.<sup>404</sup>

**Derecho a la asistencia legal.** Desde 1982 los derechos y libertades fundamentales han sido formalmente expuestos en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades,<sup>405</sup>

---

<sup>401</sup> Koehl, Albert, *Unlocking the School Door: Immigrant Status and the Right to Learn, Education Canada*, Vol. 47, 2007, p. 58-59.

<sup>402</sup> Goldring, Luin, Berinstein, Carolina, Bernhard, Judith, 2007, *op.cit.*, nota 361, p. 26-27.

<sup>403</sup> *Ídem*.

<sup>404</sup> Más información sobre esta ley en:

[http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills\\_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1](http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1).

estableciendo el marco conceptual esencial en los asuntos asilo y migración. Hay dos disposiciones<sup>406</sup> de la Carta que atañen a dos derechos de suma importancia para los extranjeros:

**Sección 7 - se debe otorgar justicia fundamental a los extranjeros.** La Corte Suprema en el caso *Singh* sostuvo que los solicitantes de refugio tienen derecho de solicitar protección bajo la sección 7 de la Carta, la cual establece que toda persona debe gozar de la seguridad de su persona. Esto incluye “la libertad de la amenaza de castigo o sufrimiento físico, así como también la libertad de tal castigo en sí mismo”. Específicamente, el caso *Singh* estableció que la evaluación del riesgo de la seguridad de la persona significa una evaluación de la amenaza de cualquiera de los tres derechos garantizados a un refugiado: el derecho a la determinación de un estatus, el derecho de apelar una orden de deportación o remoción y el derecho de protección en contra de la devolución. Asimismo, enfatizó que el deterioro de estos derechos amenaza la seguridad de la persona, toda vez que son “los caminos abiertos [a solicitud del refugiado] bajo la Carta para escapar del [...] miedo y la persecución”.<sup>407</sup> Por ello, la Corte determinó que el procedimiento usado en Canadá para decidir una solicitud de refugio (esto es, una constancia escrita del examen ante un oficial de migración) no cumplía con los principios de justicia fundamental porque no proveía una oportunidad adecuada a los solicitantes de presentar su caso y responder a evidencias en su contra (el derecho a una audiencia oral). La decisión de la Corte en *Singh* ha tenido un impacto significativo en el Derecho de los Refugiados en Canadá toda vez que presionó al gobierno federal a crear el Consejo de Inmigración y Refugio (*Immigration and Refugee Board*) en 1989, con el fin de otorgar a los solicitantes de asilo una audiencia oral.

La Sección 7 tiene aplicación a “todos”, por lo que la Corte señaló que no había razón para excluir a los solicitantes de asilo o refugio de su ámbito protector. En esencia, la Corte Suprema de Canadá estableció una teoría de reciprocidad de derechos y obligaciones; es decir, si un solicitante de asilo está sujeto a las leyes canadienses, entonces también lo está a los estándares canadienses de respeto de la dignidad humana.<sup>408</sup> Desde *Singh*, la Corte Suprema ha tenido ocasión de examinar los derechos de los extranjeros en la Carta en una variedad de casos de protección de migración y refugio.

Un enfoque más restrictivo ha caracterizado los casos relacionados con la seguridad nacional o la soberanía del Estado. Con respecto al derecho de no devolución, la protección de la Carta u otros remedios han sido negados, esencialmente sobre la base de que los extranjeros apenas tienen reconocidos los derechos a la vida, la libertad o la seguridad de

---

<sup>405</sup> Cabe señalar que la Carta sólo aplica a los actos del gobierno. Forma parte de la Constitución de Canadá y sólo puede ser derogada por mandato constitucional.

<sup>406</sup> Estas dos disposiciones están sujetas a lo dispuesto por la sección 33 que dota al legislador provincial con el poder de dejarlas sin efecto al señalar expresamente que los estatutos provinciales operan a pesar de lo señalado en la Carta.

<sup>407</sup> Corte Suprema de Canadá, *Singh vs. Canadá (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 1 S.C.R. 177, p. 206.

<sup>408</sup> Galloway, Donald, Strangers and Members: Equality in an Immigration Setting, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 7, 1994, p. 149-72; Eliadis, F. Pearl, The Swing from Singh: The Narrowing Application of the Charter in Immigration Law, *Immigration Law Review*, Vol. 2, 1995, p. 131.

sus personas, los cuales podrían ser violados con su deportación de Canadá.<sup>409</sup> A la fecha, los tribunales canadienses han defendido esta postura sobre la base de que los detenidos bajo las leyes migratorias tienen un nivel de protección disminuido en la Carta. Estas decisiones constituyen un retroceso de la decisión tomada en *Singh* y han sido descritas como “el punto bajo de la jurisprudencia canadiense en relación con la protección de los extranjeros”.<sup>410</sup>

**Sección 15 - derecho a la igualdad.** La sección 15.1 de la Carta garantiza a los individuos la igualdad ante la ley y el derecho a “una igual protección y beneficio de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación basada en la raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o incapacidad mental o física”. Los tribunales canadienses aún tienen complicaciones con esta sección toda vez que tiene aplicación a los extranjeros. Hasta la fecha, el caso más importante que provee lineamientos sobre la interpretación de la sección 15 es el de *Andrews vs. Law Society of British Columbia* (1989). En este caso, la Corte Suprema señaló que la sección 15 prohíbe la discriminación sobre la base análoga de la ciudadanía. Así, afirmó que las garantías institucionales y procedimentales otorgadas a los ciudadanos canadienses deben ser disponibles en situaciones similares a los extranjeros. Sin embargo, esto no ha pasado realmente.<sup>411</sup> En *Chiarelli*, la Corte Suprema rechazó que la IRPA violara la sección 15 de la Carta al autorizar solamente la deportación de extranjeros. No obstante, esto no significa que la forma de tomar la decisión de deportación pueda ser arbitraria en algún sentido.

En *Baker y Suresh*, la Corte delineó los principios que gobiernan el contenido del deber de justicia que aplica en los casos de una orden de deportación, incluidos los derechos de participación, pero el análisis no llegó al concepto de la igualdad ante la ley.<sup>412</sup> Lo señalado en *Andrews* fue revisado en el caso *Law* y fue hecho más exigente, añadiendo el requerimiento de que la discriminación debe constituir una violación de la dignidad humana.<sup>413</sup> En los casos donde los derechos de los extranjeros han estado en riesgo, desde el caso *Law*, y aún más desde el 9/11, los tribunales han confirmado, casi sistemáticamente, las distinciones hechas por el gobierno o las leyes entre ciudadanos, residentes permanentes

---

<sup>409</sup> En *Chiarelli*, la Corte Suprema enfatizó que “el principio más fundamental del derecho migratorio es que los extranjeros no tienen un derecho calificado para entrar o permanecer en el país”. De aquí se infiere la distinción entre derecho y privilegio (derivada del *Common Law* y de la jurisprudencia del *Bill of Rights*), de lo cual es fácil concluir que los principios de justicia fundamental requieren muy poco de los actores estatales a la hora de decidir la deportación de los extranjeros, a menos que la persona en cuestión esté en riesgo de muerte o tortura. En *Ahani vs. Canadá* (T.D.), [1995] 3 F.C. 669, y de nuevo en *Charkaoui* (Re), 2003 F.C. 1419, una corte federal señaló que los imperativos de la política de migración deben gobernar el contexto. Por ejemplo, en *Charkaoui* [F.C.], el derecho del Estado de salvaguardar información protegida por razones de seguridad nacional y en *Charkaoui* [F.C.] de nuevo, el derecho de un residente permanente de ser adecuadamente informado de las acusaciones en su contra para que se pueda defender a sí mismo. En ambos casos, se enfatizó el hecho de que los extranjeros no tienen un derecho incondicional de entrar o permanecer en el país.

<sup>410</sup> Waldman, L., *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992, párr. 2.72.48

<sup>411</sup> Corte Suprema de Canadá, *Andrews vs. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>412</sup> Corte Suprema de Canadá, *Chiarelli vs. Canadá (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Baker vs. Canadá*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh vs. Canadá*, [2002] 1 S.C.R. También véase *Cardinal vs. Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

<sup>413</sup> Corte Suprema de Canadá, *Law vs. Canadá (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.



y extranjeros. No han encontrado una violación de la dignidad humana en el trato diferenciado de los extranjeros.<sup>414</sup> Así, toda vez que el argumento de la sección 15 frecuentemente no ha sido bien sustanciado por los abogados, dejando espacio para otros desarrollos, a juicio de algunos autores, actualmente es claro que la “sección 15...con su promesa de igualdad ante la ley, no tiene fuerza cuando se trata de la dimensión de exclusión del derecho de migratorio”.<sup>415</sup>

De este modo, a pesar de que los derechos de todos los migrantes no se encuentran definidos en la IRPA, la jurisprudencia relativa a la Carta Canadiense de Derechos y Libertades ha tratado de reconciliar los dos paradigmas en conflicto en la migración irregular: la soberanía de los Estados en controlarla y los derechos humanos de los migrantes irregulares. El uso del Derecho Internacional para interpretar las leyes canadienses ha sido aceptado por la Corte Suprema de Canadá en su jurisprudencia. Aún más, la adopción de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades ha llevado a los tribunales canadienses a un intenso proceso de definir y defender mejor los derechos humanos de los migrantes. A través de los años, la Corte Suprema de Canadá ha resaltado el importante papel del Derecho Internacional en la interpretación de la Constitución,<sup>416</sup> y ha elaborado ciertos lineamientos, especialmente en materia migratoria.

La mayoría de la jurisprudencia relativa al uso de los estándares internacionales en el Derecho interno es del área administrativa, y varios de esos casos se refieren a algún aspecto de migración o refugio.<sup>417</sup> Una de las razones de esta situación es que, tradicionalmente, las autoridades canadienses han tratado a los extranjeros con poderes - casi por completo- discrecionales. De acuerdo con el principio de que es un privilegio y no un derecho la entrada de extranjeros al país, los extranjeros no tenían ningún derecho de oponerse a ninguna decisión que los perjudicara, si ésta era hecha por las autoridades competentes. Con el advenimiento de la protección constitucional de los derechos humanos y el reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como fuente de interpretación, esta situación ha cambiado considerablemente en Canadá. Un ejemplo de esta tendencia puede ser visto en cómo el Derecho Internacional es usado para interpretar la IRPA, la cual contiene la definición de refugiado y las disposiciones de exclusión

---

<sup>414</sup> Corte Suprema de Canadá, *Lavoie vs. Canadá*, [2002] 1 S.C.R. 769. También véase: *Charkaoui (Re)*, 2004 F.C.A. 421; *M.A.O. vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 F.C. 1406; *Canadá (Minister of Citizenship and Immigration) vs. Obodzins*, 2003 F.C. 1080; *Chen vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 F.C. 1059; *Khorasani vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 F.C.T. 936; *Mazuryk vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 F.C.T. 257; *Sieradzki vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 F.C.T. 225.

<sup>415</sup> Al respecto, véase: Macklin, Audrey, Introduction, *Journal of Law and Equality*, Vol. 3, No. 1, 2004.

<sup>416</sup> Bastarache, Michel, The Interpretation of Human Rights: The Challenge, *University of New Brunswick Law Journal*, Vol. 50, No.3, 2001, p. 9-10; La Forest, V. G., The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 34, 1996, p. 89-101. También véase la decisión de la Corte Suprema de Canadá: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, 1987 1 S.C.R. 313, p. 349-50, en la que el Juez Dickson señaló que las normas del Derecho Internacional “establecen una relevante y persuasiva fuente de interpretación de las disposiciones de la Carta, especialmente cuando surgen como resultado de las obligaciones internacionales de Canadá bajo los tratados de derechos humanos”.

<sup>417</sup> Al respecto, véase Macklin, Audrey, The Application of International Human Rights Law by Administrative Decision-Makers, en Coughlan, Stephen G., Russell, Dawn, (ed.), *Citizenship and Citizen Participation in the Administration of Justice*, Montreal: Éditions Thémis, 2002.

contenidas en la Convención de 1951. De hecho, es frecuente que el *Immigration and Refugee Board* use en sus decisiones estándares de derechos humanos elaborados en los instrumentos internacionales con el fin de determinar si el solicitante tiene miedo de ser perseguido.<sup>418</sup>

Algunos casos de la Corte Suprema de Canadá confirman esta tendencia. Por ejemplo, en el caso *Pushpanathan* la mayoría sostuvo que el propósito de incorporar el artículo 1F(c) de la Convención de 1951 en la IRPA era implementar la Convención, lo cual constituye una interpretación consistente con las obligaciones de Canadá bajo dicha Convención.<sup>419</sup> En *Baker*, la Corte Suprema señaló que, aunque Canadá no había incorporado la Convención de los Derechos del Niño en su Derecho interno, el oficial de migración que ejerza su poder discrecional en casos de deportación estaba, no obstante, obligado a considerar los “valores” expresados en dicha Convención, especialmente el principio de “los mejores intereses del niño”.<sup>420</sup> Este caso tuvo gran importancia para el Derecho Administrativo toda vez que instruyó a mirar esos valores del derecho convencional de los derechos humanos que concuerdan con los valores fundamentales de la sociedad canadiense con el fin de identificar consideraciones relevantes que delimitan el poder discrecional de los oficiales de migración.

En *Suresh*, un caso decidido después del 9 de septiembre de 2001, la Corte, reconociendo que Canadá tiene un interés legítimo y apremiante en combatir el terrorismo, pero también está comprometida con la justicia fundamental, decidió que expulsar a un sospechoso de terrorismo a un país en el que corre el riesgo de tortura violaba el principio fundamental de justicia protegido por la sección 7 de la Carta Fundamental y confirmó la absoluta prohibición de la tortura y del principio de no devolución, “incluso cuando intereses de seguridad nacional estén en riesgo”.<sup>421</sup>

En conclusión, hay importantes pronunciamientos judiciales en el ámbito interno donde se aplican los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien mucho depende de las circunstancias particulares del caso, se puede ver que en las decisiones de la Corte Suprema de Canadá el peso de los estándares internacionales es importante. Esto es

---

<sup>418</sup> Macklin, Audrey, *Borderline Security*, en Daniels, Ronald, Macklem, J. Patrick, Roach Kent, (ed.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, Toronto: University of Toronto Press, 2001, p. 326

<sup>419</sup> Corte Suprema de Canadá, *Pushpanathan vs. Canadá*, [1998] 1 S.C.R. 982.

<sup>420</sup> Corte Suprema de Canadá, *Baker vs. Canadá*, [1999] 2 S.C.R. 817. Baker era una migrante irregular que había vivido en Canadá por varios años y dado a luz a 4 niños. Con el fin de evitar su deportación y la consecuente separación de sus hijos canadienses, solicitó la excepción por motivos humanitarios y compasivos de la regla que señala que se debe solicitar la residencia permanente fuera de Canadá.

<sup>421</sup> Corte Suprema de Canadá, *Suresh vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3. A pesar de esta conclusión, la Corte dejó una pequeña ventana abierta para el test del balance o ponderación (*balancing test*) en “circunstancias excepcionales”, sin indicar exactamente cuáles eran éstas. Aún más, los tribunales canadienses han rechazado acatar las medidas interinas solicitadas por el Comité de Derechos Humanos sobre la base de que “ni el punto de vista del Comité ni sus solicitudes de medidas interinas son obligatorias para Canadá en Derecho Internacional, mucho menos en su derecho interno”, un señalamiento que contradice plenamente la jurisprudencia relevante del Comité de Derechos Humanos. Véase: *Ahani vs. Canadá*, (2002) 58 O.R. (3d) 107 (C.A.), permiso para apelar rechazado, [2002] 1 S.C.R. 72. Véase una crítica de esto en: Harrington, Joanna, *International Human Rights Law in Canada's Courts: The Ahani Case*, *Canadian Council on International Law Bulletin*, Vol. 29, No. 2, 2003, p. 7-8.

especialmente relevante cuando se trata de limitar la naturaleza discrecional de las decisiones del gobierno relativas a los extranjeros que son sospechosos de realizar actividades terroristas. El derecho canadiense contiene estándares valiosos para los extranjeros en general y los solicitantes de asilo en particular. Sin embargo, tiene sus limitaciones, las cuales son exacerbadas por el contexto de migración presente, el cual se caracteriza por un énfasis en la seguridad y una lectura limitada de los derechos e intereses de los extranjeros, en especial de los menos favorecidos, tales como los migrantes irregulares.

## *ii. Europa*

### **7.8 Reino Unido**

#### **7.8.1 Algunos aspectos de la política británica en relación con la migración irregular**

El discurso público y político sobre migración irregular ha cambiado sustancialmente en los últimos diez años en el Reino Unido. A finales de los 90' el pánico sobre los solicitantes de asilo, que empezó a principios de los 90', aún estaba presente y era un elemento dominante en ambos discursos. Las preocupaciones se dirigieron a la explotación del sistema de migración del Reino Unido y frecuentemente se retrató a los solicitantes de asilo como "falsos solicitantes de asilo" o "solicitantes de asilo económicos". Estas dos preocupaciones se volvieron sinónimos de migración irregular. El cambio que tuvo lugar a fines de los 90' fue la criminalización reforzada de este grupo de la población. El hecho de infringir la ley migratoria se volvió cada vez más y más "criminal".<sup>422</sup>

A partir del año 2000, la globalización y el terrorismo dieron lugar a un nuevo cambio: elementos como la seguridad y la amenaza comenzaron a ser cada vez más dominantes en el discurso político. Los sucesos del 11 de septiembre de 2001 fueron decisivos para ello. Políticos influyentes acrecentaron la imagen negativa de los migrantes irregulares; los medios de comunicación también contribuyeron en el proceso de estigmatización de este grupo. Entonces, la habilidad de controlar la migración *per se*, especialmente la entrada irregular, se convirtió en el *status quo* para los gobiernos. La tendencia creciente de la legislación y las medidas policiales para controlar la migración se pasaron cada vez más al dominio de la seguridad.<sup>423</sup> Un despliegue creciente de herramientas fue utilizado para controlar la entrada de migrantes, yendo de los métodos tradicionales como el requerimiento de visa, a otros más sofisticados como los pasaportes biométricos.

De este modo, tuvo lugar un endurecimiento de las medidas de control de la migración, entre las que se incluye la introducción de tarjetas de identidad que contienen datos biométricos y que son obligatorias para todos los extranjeros que no son nacionales de la

---

<sup>422</sup> Düvell, F., *Undocumented Migration Workers in the UK, Research Project Report No.1*, Exeter: University of Exeter, 1998; Koser, K., *Out of the frying pan and into the fire: a case study of illegality amongst asylum seekers*, en Koser, K. and Lutz, H., (eds.), *The New Migration in Europe: Social Constructions and Social Realities*, London: Macmillan, 1998.

<sup>423</sup> Palosaari, T., *Beyond normal politics: Integration, EU Enlargement and Securitization Theory*, *Paper at SGIR-ECPR Conference "Constructing World Orders"*, La Haya, 2004; Widgren, J., Jandl, M., Hofmann, M., *Inmigración y Seguridad en Europa tras los Atentados de Madrid*, *Migraciones*, No. 17, Junio 2005.

Unión Europea.<sup>424</sup> Este enfoque tan restrictivo ha sido motivado por el deseo de mejorar la confianza de la sociedad en el sistema de control de la migración y en la preocupación del gobierno por los altos números de inmigrantes; asimismo, ha sido alimentado por algunos medios de comunicación.<sup>425</sup> De hecho, es común diferenciar entre “buenos” migrantes (percibidos como benéficos para la economía británica) y “malos” migrantes (aquellos que abusan del sistema), quienes son equiparados a aquellos sin permiso de residir o trabajar. El objetivo es “ensanchar la brecha entre la experiencia de los migrantes legales y los *ilegales*” en el Reino Unido, al hacer más fácil para los migrantes regulares su acceso al país, y para algunos su establecimiento permanente, y más difícil la estancia de los migrantes irregulares al negarles servicios y ayudas públicos.<sup>426</sup>

En 2007, la estructura de las organizaciones encargadas del régimen de control migratorio en el Reino Unido fue reestructurada completamente. Nació una nueva agencia, la *Border and Immigration Agency (BIA)*, a la cual se dotó de poderes para desarrollar políticas, operaciones y administración en materias como asilo, control fronterizo y cumplimiento de la ley. Sin embargo, la BIA sólo funcionó como un “puente institucional”, porque a inicios de 2008 fue reemplazada por la *UK Border Agency*. Esta nueva agencia incorporó las funciones de la BIA, *UK Visas* y el trabajo de la *HM Revenue and Customs* en las fronteras. La agencia fue dotada de sofisticadas herramientas como “*e-Borders and greater use of biometrics*”, la cual envuelve una revisión cruzada automática de datos a grande escala de los pasajeros. Otras estrategias de control y vigilancia fueron implementadas en la *Immigration Asylum and Nationality Act 2006*. De hecho, con las nuevas disposiciones, la responsabilidad de revisar la documentación de los trabajadores migrantes recayó sobre los empleadores.

Por otro lado, en cuanto a regularización de los migrantes irregulares se refiere, los programas de regularización o amnistías se volvieron un asunto ampliamente discutido. En 2007 hubo una activa campaña para apoyar la regularización de los migrantes irregulares viviendo en el país (“*Strangers into Citizens*”),<sup>427</sup> y movimientos civiles tomaron fuerza. No obstante, a la fecha no se ha implementado ningún programa de regularización a larga escala.<sup>428</sup> El marco legal permite regularizaciones individuales en la forma de “concesiones” otorgadas por motivos de compasión. Las amnistías normalmente se otorgan colectivamente, pero el Reino Unido no está dentro de los países que las han puesto en marcha. No obstante se deben mencionar cuatro casos.

El primero se dio en 2003, una “amnistía familiar”, cuando el gobierno otorgó la regularización a los solicitantes de asilo que tuvieran un hijo menor de edad, independientemente del estatus de su solicitud de asilo, como el estar pendiente o haber sido rechazada. Como resultado 16,870 familias fueron beneficiadas. El segundo caso se

---

<sup>424</sup> UK Home Office, *Borders, Immigration and Identity Action Plan*, London: Home Office, 2006.

<sup>425</sup> Ensor, J., Shah, A., *Current Immigration Debates in Europe: A Publication of the European Migration Dialogue - The United Kingdom*, Brussels: Migration Policy Group, 2005.

<sup>426</sup> UK Home Office, *Enforcing the rules: A strategy to ensure and enforce compliance with our immigration laws*, London: Home Office, 2007, p. 5.

<sup>427</sup> Strangers into Citizens, *Press Release*, 24 de abril de 2007.

<sup>428</sup> Vollmer, Bastian, *Undocumented Migration Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe. Country Report: UK*, Oxford: COMPAS, University of Oxford, December 2008 (revised July 2009), p. 21.

dio también en 2003, al establecerse una regla que permite la regularización de los migrantes irregulares que hayan permanecido 14 años sin ser descubiertos.<sup>429</sup> El tercer caso se refiere a la amnistía hecha en 2004, cuando se otorgaron 4,080 residencias permanentes por motivos compasivos.<sup>430</sup>

Finalmente, en 2004 se otorgó la libre circulación a los nacionales del A8 (Polonia, Lituania, Estonia, Latvia, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría y República Checa), y se introdujo un esquema de *Registro de Trabajadores* que pudo inintencionadamente regularizar a un número de personas que no sólo hubieran ido a trabajar al Reino Unido en el momento en que se lanzó el esquema, sino también a los nacionales del A8 que ya se encontraran residiendo en el Reino Unido, independientemente de su estatus. De hecho, el diario *The Guardian* se refirió a este programa como una amnistía para los trabajadores de Europa del Este.<sup>431</sup> Como consecuencia, las embajadas del Reino Unido en los países del A8 anunciaron que habría sanciones retroactivas para los trabajadores que anteriormente estuvieran empleados de forma irregular, los cuales sumaban al menos 70,000.<sup>432</sup>

### 7.8.2 Panorama general de los migrantes irregulares en el Reino Unido

Cholewinski, Düvell y Jordan,<sup>433</sup> entre otros, señalan que la mayoría de migrantes irregulares en el Reino Unido son migrantes que excedieron el tiempo permitido en sus visas o incumplieron alguna de las condiciones de trabajo de sus visas. De este modo, la mayoría entra de forma legal y se mueve al estatus irregular. El grupo más pequeño, por tanto, lo constituyen las personas que cruzan clandestinamente las fronteras o que viajan con documentos falsos.<sup>434</sup> Así, aunque la imagen popular del migrante irregular en el Reino Unido es la de aquél que se esconde dentro de camiones, trenes o contenedores – frecuentemente difundida por los medios de comunicación–, esto no es encontrado en la investigación cuantitativa y cualitativa.<sup>435</sup>

Otro factor que distorsiona la realidad es que se retrata a estas personas como “invasores ilegales”, lo cual no sólo tiene el efecto de distorsionar el entendimiento público del fenómeno, sino también de las agencias migratorias. De hecho, la UK Border Agency ha señalado que más del 75% de los migrantes irregulares cruzan clandestinamente las

---

<sup>429</sup> Al respecto, véase: Immigration Matters, *Thousands of illegal immigrants win right to stay in Britain under 14 year rule*, 22 de febrero de 2010. Disponible en: <http://www.immigrationmatters.co.uk/thousands-of-illegal-immigrants-win-right-to-stay-in-britain-under-14-year-rule.html>.

<sup>430</sup> Immigration and Nationality Directorate (IND), *Asylum Statistics: United Kingdom*, London: Home Office, 2005.

<sup>431</sup> *The Guardian*, 25 de febrero de 2004.

<sup>432</sup> Düvell, F., Die Erweiterung der EU und die Entwicklung der Migration, en Bommers, M., Schiffhauer, W., *Migration Report 2006*, Frankfurt: Campus Verlag, 2006, p. 63- 112.

<sup>433</sup> Cholewinski, R., *Irregular Migrants: Access to Minimum Social Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005; Jordan, B., Düvell, F., *Irregular Migration: The dilemmas of Transnational Mobility*, Cheltenham: Edward Elgar, 2002.

<sup>434</sup> Vollmer, Bastian, *op.cit.*, nota 428, p. 20.

<sup>435</sup> *Ídem.*

fronteras, usando la ayuda de traficantes, lo cual ha sido desmentido por investigaciones serias como la hecha por Clandestino.<sup>436</sup>

Por mucho tiempo, las autoridades del Reino Unido lidiaron de una forma liberal con los migrantes irregulares que excedían el tiempo permitido en su visa o incumplían con las condiciones de trabajo, en contraste con los migrantes irregulares que cruzaban clandestinamente las fronteras o usan documentos falsos. No obstante, esto ha cambiado y puede que cambie de una forma más drástica en el futuro cercano. No sólo por la introducción de las tarjetas de identidad para los extranjeros no comunitarios, sino también por los rigurosos controles internos que han sido implementados con el fin de controlar a los solicitantes de asilo para que no se den a la fuga, ya los migrantes que exceden el tiempo permitido en sus visas, o a otros migrantes que contravienen las leyes migratorias. Además, se han suscrito convenios de colaboración entre la policía y la UK Border Agency con el fin de identificar y arrestar a los migrantes que violan las leyes migratorias.<sup>437</sup>

Cabe señalar que existen zonas grises de aplicación de la ley en las que hay prácticas de cierta tolerancia con la migración irregular. Por ejemplo, en el pasado se han dado casos en los que las autoridades han pasado por alto irregularidades a la hora de implementar los controles para hacer cumplir la ley. De acuerdo con Duvell y Jordan,<sup>438</sup> en algunos casos de redadas a los lugares de trabajo en los que había trabajadores irregulares sólo se daba una advertencia a los infractores. Se argumentaba que dichas prácticas eran realizadas por razones operacionales y recursos limitados. Asimismo, las agencias migratorias trabajaban de acuerdo con prioridades establecidas, las cuales pueden haber cambiado actualmente toda vez que ha aumentado el número de oficiales migratorios y el poder que ostentan. Sin embargo, no se saben las nuevas prioridades, pero es notorio que las agencias migratorias buscan una efectividad “simbólica”, por ejemplo a través de deportaciones que pueden ser presentadas al público. Esto concuerda con las cifras que sostiene la UK Border Agency de que el 75% de los migrantes irregulares lo son por haber entrado clandestinamente al país o por haber tratado de entrar con documentación falsa.<sup>439</sup>

Los tipos más relevantes de migrantes irregulares en el Reino Unido son:

*i. Migrantes irregulares por entrada.* La *Immigration Act* de 1971 estableció en su sección 3 que: “Salvo que se disponga otra cosa bajo esta ley, si una persona no es ciudadana británica a) no deberá entrar en el Reino Unido, a menos que tenga permiso para ello bajo esta ley”. Por lo que se puede asumir que toda la inmigración *per se* está prohibida, a menos que esté explícitamente permitida. En este sentido, la *Asylum and Immigration Act* de 1996 dispone que una persona sujeta a control migratorio está requerida a obtener un permiso para entrar en el Reino Unido (sección 2.4). De hecho, esta misma ley define en su sección 33 como un “migrante ilegal por entrada” a la persona que: 1) entra ilegalmente o busca entrar en contravención de una orden de deportación, o de las leyes migratorias, y 2) entra o busca entrar valiéndose de engaños, aún sin su conocimiento o guardando silencio.

---

<sup>436</sup> *Ídem.*

<sup>437</sup> *Ídem.*

<sup>438</sup> Jordan, B., Duvell, F., *op.cit.*, nota 433.

<sup>439</sup> Vollmer, Bastian, *op.cit.*, nota 428, p. 20-21.

Por ejemplo, *R. vs. SSHD*<sup>440</sup> versó sobre un migrante al que se le había otorgado una visa de estudios por dos años, sin posibilidad de trabajar. Tiempo después, aún dentro del tiempo permitido de su visa, el migrante volvió a entrar en el Reino Unido, pero mintió sobre sus verdaderas razones para entrar en el país, por lo que se convirtió en un “migrante ilegal por entrada”. En 2005, una nueva forma de engaño fue introducida: el no contar con pasaporte o documento de identidad y viaje.<sup>441</sup> De este modo, entrar en el Reino Unido a través de engaños puede abarcar desde usar documentos falsificados hasta no decir la verdad al oficial migratorio sobre las verdaderas razones de entrada.

*ii. Migrantes irregulares por incumplir con las condiciones del permiso de entrada o trabajo*

La *Immigration Act* de 1999 hizo que los migrantes que incumplieran con las condiciones de su permiso de entrada fueran susceptibles de deportación y les confirió el mismo trato que a los migrantes irregulares por entrada. En *R. vs. IAT*<sup>442</sup> se señaló que las personas que permanecieran más tiempo del permitido en su visa “aniquilaban” su estatus de entrada y se convertían en “migrantes ilegales por entrada”. Como señaló uno de los jueces en dicho caso: “siempre que él [migrante] obedezca las condiciones no es un migrante irregular [...] Pero su derecho de estar aquí es condicional y una violación de las condiciones [...] destruye la presunción de que dicha persona ha entrado físicamente [...] y, en esas circunstancias, tal como entiendo la ley, se convierte en un migrante irregular por entrada, dada su falla de cumplir con las condiciones de permiso temporal de entrada”.<sup>443</sup>

En 2005, el razonamiento de *R. vs. IAT* fue revivido una vez más en *Yilmaz vs. SSHD*,<sup>444</sup> caso en el que un migrante reclamó no ser tratado como migrante irregular por entrada, toda vez que las autoridades ejercieron su poder discrecional para deportar a las personas que excedieran el tiempo permitido en su permiso de entrada. No obstante, de acuerdo con las *Immigration Rules HC 395*, existen ciertos factores a considerar antes de proceder a deportar a un migrante irregular por haber excedido el tiempo establecido en su permiso de entrada (párr. 395 C), tales como: la edad, la duración de su residencia en el Reino Unido, la fortaleza del vínculo que tenga con el país, circunstancias domésticas, antecedentes criminales y la naturaleza del delito, circunstancias de compasión, y cualquier tipo de representación recibida a nombre de la persona (párr. 346).

De hecho, después de haber residido 14 años en el Reino Unido de forma irregular es posible regularizar la situación migratoria, a discreción de la Secretaría de Estado, tal y como se señaló en *R. vs. S of S, ex Ofori*.<sup>445</sup> No obstante, tampoco es una garantía, a pesar de que en *Gyeabour (Domfeh)*<sup>446</sup> se dijo que un migrante irregular con más de 11 años de residencia en el Reino Unido puede tener esperanzas legítimas de ser autorizado para permanecer en el Reino Unido.

---

<sup>440</sup> *R. vs. Secretary of the State for the Home Department* es p Kuteesa, 1997, Imm AR 194.

<sup>441</sup> Véase *R. vs. Bei Bei Wang*, 2005, EWCA Crim 293.

<sup>442</sup> *R. vs. IAT*, ex p Akhtar, 1993, Imm AR 424.

<sup>443</sup> *Ídem*.

<sup>444</sup> *Yilmaz vs. Secretary of the State for the Home Department*, 2005, EWHC, 1068 Admin.

<sup>445</sup> *R. vs. S of S, ex Ofori*, 1995, Imm AR 34.

<sup>446</sup> *Gyeabour (Domfeh)*, 1989, Imm AR 94.

De este modo, se pueden imponer condiciones al permiso de entrada que, en caso de ser violadas, dan lugar a que se encasille a la persona como migrante irregular. Tales condiciones incluyen el ceñirse a determinado empleo u ocupación; el tener los medios económicos para solventar los gastos de los familiares, sin ningún cargo a recursos públicos; y el registrarse con la policía. En el caso *Sabir*<sup>447</sup> se determinó que la violación de tales condiciones, incluso aquéllas que tuvieron lugar en el pasado, daba lugar a la deportación del migrante y de sus familiares. La deportación de los familiares fue incluida en la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002, la cual fue establecida dentro de la infracción general de la migración irregular (sección 73).

Una violación común es la de no permanecer en el mismo empleo u ocupación o sobrepasar el número de horas permitidas de trabajo, por ejemplo en el caso de los estudiantes o *au pair*. Las sanciones dependen del tipo de violación y del tipo de permiso otorgado inicialmente al migrante. Los estudiantes que trabajan más del tiempo permitido en su visa también son susceptibles de deportación.<sup>448</sup> Algunas violaciones menores pueden constituir el cambio de un empleador a otro. En este caso, el propósito original de la visa sería terminado y constituiría una violación de la condición de no cambiar de empleo. Lo mismo aplica para las personas que entran en el Reino Unido para vacacionar y trabajan. Todas pueden ser consideradas migrantes irregulares y ser deportadas.

Aquellos extranjeros que contraen matrimonio fraudulento con fines de obtener permiso para residir en el Reino Unido también son considerados migrantes irregulares y son susceptibles de deportación. La *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants) Act* de 2004 (secciones 19-25) abordó este tema y estableció que los matrimonios en los que una de las partes está sujeta a control migratorio, el registrador supervisor debe quedar satisfecho de que el propósito de su estancia en el Reino Unido es solamente el matrimonio con el nacional británico. No obstante, este esquema fue reformado en 2005<sup>449</sup> y se determinó que el matrimonio ya no conferiría automáticamente beneficios migratorios. Ahora se tiene que solicitar el permiso para permanecer en el Reino Unido como esposo por la vía tradicional (a).

Otra forma de “ilegalidad” fue creada con la reforma de las *Immigration Rules en 2006 (Official Papers Cm 6918)*: se estableció el vencimiento del estatus de refugiado en caso de haberse otorgado. Cabe señalar que ya el plan “*Five Year Strategy for Asylum and Immigration*”, publicado en febrero de 2005, había señalado que la mayoría de categorías de inmigrantes debía estar sujeta al requisito de un mínimo de 5 años de residencia antes de ser elegible para obtener la residencia permanente. Esto también incluyó a los refugiados.<sup>450</sup> En 2006 las *Immigration Rules* extendieron esta disposición al señalar que se podía “revocar o negar la renovación de la concesión de asilo” (párr. 339). De este modo, las personas que obtuvieron el estatus de refugiados deben probar que aún existen las condiciones bajo las cuales se les autorizó la referida condición de refugiados en primera

---

<sup>447</sup> *Sabir*, 1993, Imm AR 477.

<sup>448</sup> Al respecto, véase *Ex p Amoa*, 1992, Imm AR 218.

<sup>449</sup> UK Home Office, *Directorates' Instructions*, capítulo 1, sección 15.

<sup>450</sup> UK Home Office, *Controlling our borders: Making migration work for Britain, the Government's five year strategy for asylum and immigration, Press Notice (028/05)*, 7 February 2005.



instancia, de otra forma se les revoca dicha concesión o no se les renueva (párr. 334). En especial, si la Secretaría de Estado está satisfecha de que: 1) la persona puede regresar a su país de residencia habitual porque las circunstancias por las que se le otorgó el estatus de refugiado han dejado de existir (339A, vi); 2) la persona se ha reestablecido voluntariamente en el país que dejó por miedo a persecución (339A, iv); 3) existe una falsa representación u omisión de los hechos que previamente llevaron al otorgamiento del asilo (339A, viii). Así, una vez que han pasado cinco años, el estatus de refugiado debe ser otorgado una vez más, lo cual nuevamente pone en riesgo a la persona de cometer una infracción migratoria. Esta valoración buscada por las autoridades migratorias y sus implicaciones de alcanzar una evaluación conclusiva representa una zona gris adicional de irregularidad.<sup>451</sup>

Cabe señalar que esta zona gris se ha expandido con los años. En *Yassin vs. SSHD*,<sup>452</sup> se estableció que los solicitantes de asilo pueden convertirse en migrantes irregulares si: 1) engañan conscientemente a las autoridades del Reino Unido en el país donde la visa se trata de obtener; 2) obtienen una visa falsificada; 3) hacen escala en el Reino Unido al obtener un pasaje de avión con destino en un tercer país. En *Yassin* se señaló que el Estado quiere “prevenir (a la persona de) la entrada no autorizada”; por lo que, si bien en el caso presente no había infracción, podía ser “esperada” su comisión en el futuro. De modo similar, en *Saadi*<sup>453</sup> la *anticipación* de las autoridades fue suficiente para estar en contravención con la ley. Se señaló que “[las personas] fueron detenidas porque había el riesgo de que se dieran a la fuga”. Por tanto, se decidió que la detención era necesaria. No cabe duda que es cuestionable dónde comienzan la “legalidad” y la “ilegalidad”. Los oficiales migratorios tienen cada vez más poder para prevenir la migración irregular o “anticiparse” a la migración irregular.

### **7.8.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones del Reino Unido desde el año 2000**

#### **7.8.3.1 Derecho Migratorio**

Desde 2001 ha habido una intensa labor legislativa en materia migratoria en el Reino Unido. La *Immigration Act* de 1971, la ley vigente en la materia, ha sido reformada y enmendada varias veces. A continuación se señalan los cambios más relevantes en materia de migración irregular:

***Nationality, Immigration and Asylum Act 2002***. Esta ley definió el concepto de “presencia irregular o en contravención de las leyes migratorias” en su sección 11, la cual consiste en estar presente en el Reino Unido sin tener derecho de residencia, visa –a menos que sea nacional del Espacio Económico Europeo o su familiar-, o esté sujeto a alguna excepción (11.2). Por otro lado, las secciones 62 a 67 de la *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* regulan la detención de los migrantes y autorizan el uso razonable de la fuerza para controlar la entrada de migrantes no autorizados en el Reino Unido (63), e incluso dentro de

---

<sup>451</sup> Vollmer, Bastian, *op.cit.*, nota 428, p. 19.

<sup>452</sup> *Yassin vs. Secretary of the State for the Home Department*, 1990, Imm AR 354, p. 359.

<sup>453</sup> *R. vs. Secretary of the State for the Home Department ex p Saadi and Others*, 2002, UKHL 41.

propiedad privada si se cuenta con una orden judicial para detener a los migrantes irregulares (64). Además, esta ley incrementó las multas para los transportistas que transporten a migrantes irregulares a £4000 por cada migrante irregular, además de un esquema adicional para poner mayor presión sobre las aerolíneas (sección 124).

Por otro lado, bajo la *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, los migrantes irregulares no tienen ningún acceso a los servicios públicos en el Reino Unido. Esto incluye acceso a suplementos al ingreso, beneficios para los niños y para la vivienda. El acceso a los servicios de salud también se encuentra muy limitado. Sin embargo, hay atención gratuita de emergencia en los hospitales (de rutina y básica), de ciertas enfermedades contagiosas, de enfermedades transmitidas sexualmente para personas con sida, así como el tratamiento gratuito obligatorio que señala la *Mental Health Act* de 1983 para enfermos mentales. Otra zona gris de acceso a los servicios sociales por parte de los migrantes irregulares es el acceso de los hijos de estas personas a la educación. En algunas escuelas se sigue la política de no preguntar el estatus de los padres antes de inscribir a los niños y en otras sí. En sentido formal, la práctica de las primeras va en contra de ley de Derecho interno que niega los servicios sociales a los migrantes irregulares. Un reporte del Comité Selecto sobre Asuntos Económicos de la Casa de los Lores fue muy cauteloso al hablar de los costos de la “migración irregular”, puesto que en vez de abordar el asunto se refirió a la vulnerabilidad de estas personas en el mercado laboral.<sup>454</sup>

***Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004.*** Esta ley introdujo principalmente un nuevo sistema de apelación, pero también contiene varias disposiciones referentes a la deportación y detención, así como también más delitos relacionados con la inmigración y poder para arrestar a los migrantes. Específicamente tuvo por objeto prevenir la práctica de destruir los documentos de identidad o de viaje. Se tipificó la entrada de extranjeros en el Reino Unido sin un pasaporte vigente que establezca satisfactoriamente su identidad y nacionalidad o ciudadanía (sección 2) y la de sus dependientes, aún en el caso de los solicitantes de asilo (1 y 2). No obstante, no se comete delito alguno si el extranjero presenta el pasaporte dentro de los 3 días siguientes (3). Y constituye una defensa que pruebe que él o sus dependientes son: nacionales de la Unión Europea (o familiares) y que están ejerciendo un derecho establecido en los tratados de la Unión Europea de entrar o residir en el Reino Unido; que tienen un motivo razonable para no estar en posesión de su pasaporte; y el presentar un documento migratorio falso y probar que lo hayan usado en su trayecto hacia el Reino Unido, o que entraron en el Reino Unido sin posesión de un documento migratorio (4).

Por otro lado, el hecho de que el pasaporte haya sido deliberadamente destruido no es un motivo razonable para no contar con uno, a menos que haya sido por una causa razonable o haya estado fuera de su control. No se considera un motivo razonable el retrasar la resolución de una solicitud, el aumentar las probabilidades de éxito de una solicitud, o cumplir con las instrucciones dadas por una persona que les haya ofrecido consejo o ayuda

---

<sup>454</sup> UK House of Lords Select Committee on Economic Affairs, *The economic and fiscal impact of immigration*, A Cross-Departmental Submission to the House of Lords Select Committee on Economic Affairs, Presented to Parliament, by the Secretary of State for the Home Department, by Command of Her Majesty, October 2007, Official Papers Cm 7237, p. 39-40.

para entrar en el Reino Unido (7). Una persona culpable de no contar con un pasaporte tiene como sanción una pena de prisión de hasta 2 años y una multa; en caso de ser un proceso sumario la prisión no excederá de 1 año (9). De hecho, si un oficial migratorio tiene una “sospecha razonable” de que un extranjero no cuenta con un pasaporte puede arrestarlo sin una orden judicial (10).

La sección 4 tipifica el tráfico de personas y lo sanciona con multa y o prisión de hasta 14 años. En la sección 9 se dispone el retiro de toda ayuda a los solicitantes de asilo cuya petición haya sido rechazada. La sección 14 da poder a los oficiales migratorios de detener a los migrantes sin una orden judicial si tienen una “sospecha razonable” de que han cometido un delito. La sección 16 establece la obligación de los transportistas de otorgar una copia de la información de los pasajeros a los oficiales migratorios. La sección 17 autoriza retener los documentos de aquellos migrantes que puedan ser sujetos de una orden de deportación, con el fin de facilitar su salida. Las secciones 19 a 25 establecen que todos los extranjeros que no sean nacionales de la Unión Europea y que deseen casarse con una persona que sí lo es están sujetos a control por parte de las autoridades migratorias.

***Immigration, Asylum and Nationality Act 2006.*** En su mayoría, esta ley contiene disposiciones relacionadas con el endurecimiento de las medidas de control de la migración ejercidas por los oficiales migratorios y de las sanciones a los empleadores. Autorizó la deportación de extranjeros por razones de seguridad nacional en su sección 6. Asimismo, canceló la ayuda financiera del Estado a ONG's que tenían el propósito de otorgar ayuda a los migrantes. Las secciones 11 a 16 establecieron un nuevo esquema de sanciones civiles para los empleadores que contraten migrantes irregulares, incluidos aquéllos que entraron de forma legal pero sobrepasaron el tiempo permitido y aquéllos que incumplieron con cualquier condición a su visa. Asimismo, intensificó las sanciones penales a los empleadores, ya establecidas en la *Immigration Act* de 1996, castigando a los empleadores con multa y prisión.

La sección 15 establece que es contrario a la ley el empleo de migrantes irregulares y castiga a los empleadores con una multa. No obstante, el empleador queda excusado de dicha multa si demuestra que cumplió con todos los requisitos relativos a su contratación. Tal excusa, sin embargo, no tendrá lugar si tuvo conocimiento de la irregularidad de su trabajador en cualquier momento de la relación de trabajo. Además, los empleadores pueden objetar y apelar las multas que se les impongan por el empleo de migrantes irregulares (secciones 16 y 17). En caso de que el empleo de migrantes sea con conocimiento de causa, la sanción será multa y/o prisión de hasta 2 años. Finalmente, la sección 23 extiende el poder de los oficiales migratorios de retener los pasaportes u otros documentos “por cualquier causa” hasta que sea decidida su entrada en el Reino Unido.

La ***Criminal Justice and Immigration Act 2008*** estableció el marco general para tratar asuntos criminales y migratorios. Y la ***Borders, Citizenship and Immigration Act 2009*** otorgó funciones aduanales a la Secretaría de Estado en relación con asuntos migratorios, asilo y nacionalidad.

### **7.8.3.2 Derechos sociales**

A continuación se señalan los derechos sociales a los que pueden acceder los migrantes irregulares en el Reino Unido y que se encuentran en una diversidad de legislaciones.

**Derecho a vivienda/alojamiento.** La elegibilidad para solicitar ayuda para vivienda requiere -si se es extranjero- estar de forma regular en el Reino Unido. Así, las secciones (1) y (2) de la *Housing Act 1996* y la sección 115 de la *Immigration and Asylum Act 1999* descalifican de obtener ciertos beneficios sociales -entre los que se encuentra la ayuda para vivienda- a las personas que están “sujetas a control migratorio”. Entre estas personas se encuentran todos los extranjeros no comunitarios que requieren permiso para entrar en el Reino Unido, pero no lo tienen, es decir, los migrantes irregulares, los extranjeros que han excedido el tiempo señalado en sus permisos de entrada o los solicitantes de asilo (sección 115 (9)). De hecho, si un extranjero tuvo alguna vez este beneficio social mientras estaba de forma regular, pero perdió dicho estatus, le sigue la pérdida de la ayuda. Más recientemente, la *Housing Benefit Act 2006* ha excluido de beneficios sociales a todos los extranjeros -sujetos a control migratorio o no- que no residan habitualmente en el Reino Unido (sección 10 (1)). A pesar de lo anterior, hay que notar que es legal que una persona arriende una vivienda a un migrante irregular puesto que no existe un sistema de registro que señale el estatus migratorio de las personas a las que se les arrienda una vivienda.

**Derecho a la salud.** En el Reino Unido tienen derecho a los servicios del *National Health Service (NHS)* todos los extranjeros que hayan residido de forma regular en el país por 12 meses. Además, tienen derecho al servicio, libre de cargo, los menores no acompañados y los solicitantes de asilo rechazados que reciban algún tipo de ayuda de la *UK Border Agency*. El servicio es accesible para los migrantes irregulares en casos de emergencia. Si bien para poder ser atendido de forma cotidiana en una clínica familiar es necesario ser admitido por el médico titular de ésta, de quien depende si admite o no al migrante irregular.<sup>455</sup> Para otros servicios en el hospital, el migrante irregular debe pagar el costo de la atención.<sup>456</sup>

**Derechos laborales.** Las leyes laborales del Reino Unido no excluyen expresamente a los migrantes irregulares de su ámbito protector, por lo que se puede decir que son aplicables y, por tanto, protegen a estas personas. Por ejemplo, la *Disability Discrimination Act 1995* protege a las personas discapacitadas en relación con el empleo y ampara a los migrantes irregulares toda vez que su definición de persona discapacitada no los excluye (sección 1.3). Otras leyes que contienen el resto de derechos humanos laborales también protegen a los trabajadores migrantes irregulares al no excluirlos explícitamente de su aplicación. Entre tales regulaciones se encuentran: la *Employment Rights Act 1996*, la *Employment Rights (Disputes Resolution) Act 1998*, la *Human Rights Act 1998* y la *Employment Relations Act 1999*. En la práctica, sin embargo, los trabajadores irregulares son los más desfavorecidos en el mercado laboral. Es muy difícil que hagan valer sus derechos en el

---

<sup>455</sup> *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 2011*, de 21 de junio de 2011. Entró en vigor el 1 de agosto de 2011,

<sup>456</sup> Financial Planning & Allocations Directorate, Department of Health, *Access to the NHS by foreign nationals – Government response to the consultation*, 18 de marzo de 2011, p. 13, disponible en: <http://www.dh.gov.uk/publications>.

trabajo, si bien ONG's<sup>457</sup> concuerdan que pueden demandar los salarios retenidos por su empleador y puede ser parte de un sindicato.<sup>458</sup>

**Derecho a la educación.** Los hijos de migrantes irregulares pueden asistir a la escuela primaria y secundaria, ya que esta educación no está sujeta a control migratorio y es obligatoria para todos los niños entre 5 y 16 años, de acuerdo con las secciones 7 y 8 de la *Education Act 1996*.<sup>459</sup> Ha habido intentos de instaurar controles migratorios en las escuelas de educación primaria y secundaria, pero han sido rechazados por la *National Head Teacher Association* y la *National Union of Teachers*.<sup>460</sup> De este modo, las escuelas de educación primaria no están obligadas a reportar la presencia de niños y adolescentes migrantes irregulares a las autoridades. El acceso a la educación media superior –después de los dieciséis años– está sujeta a cargos y a control migratorio.

**Derecho de subsistencia mínima.** Los migrantes irregulares no tienen derecho a ningún tipo de ayuda gubernamental (monetaria) en el Reino Unido. Las leyes son muy estrictas y los excluyen de todo tipo de ayuda monetaria (por ejemplo, ayuda para el desempleo, para niños, para vivienda). Sin embargo, hay otros servicios que sí pueden ser accesibles a estas personas como guarderías, apoyo psicológico, legal, etc. De acuerdo con la *Community Care Act 1990* no se puede negar un servicio de este tipo a una persona por su estatus migratorio, y los trabajadores sociales no están requeridos a preguntar la condición migratoria de las personas que acuden a solicitar consejo o apoyo. En la práctica mucho depende de la buena voluntad de cada trabajador social.<sup>461</sup>

**Derecho a la vida familiar.** Los migrantes irregulares pueden casarse o cohabitar de modo legal, siempre que no contraríen ninguna de las prohibiciones generales a las que se sujeta la institución del matrimonio, según la *Marriage Act 1949*.

**Derecho a la asistencia legal.** Los migrantes irregulares usualmente tienen acceso a asistencia legal sin costo, pero desde 2001 es un delito otorgar consejo legal a estas personas a menos que se trate de una organización registrada ante la *Office of the Immigration Services Commissioner*.<sup>462</sup>

## 7.9 Francia

### 7.9.1 Algunos aspectos de la política francesa en relación con la migración irregular

---

<sup>457</sup> Por ejemplo PICUM, véase: <http://ww.picum.org/article/basic-social-rights-united-kingdom>.

<sup>458</sup> Por ejemplo, el sindicato T&G –el más grande del Reino Unido– tiene un especial interés en proteger a trabajadores domésticos irregulares. Los alienta activamente a participar y unirse al sindicato. Véase más información en: <http://www.politics.co.uk/opinion-formers/unite-the-union-t-g-section/>.

<sup>459</sup> En 2013 la edad se aumentará a diecisiete años y en 2015 a dieciocho años, de acuerdo con la *Education and Skills Act 2008*. Más información en: <http://www.politics.co.uk/reference/education-leaving-age>.

<sup>460</sup> Más información en PICUM: *Basic Social Rights – France*. Disponible en: <http://ww.picum.org/article/basic-social-rights-united-kingdom>.

<sup>461</sup> *Ídem*.

<sup>462</sup> *Ídem*.

Como todos los países desarrollados con altos índices de migración, Francia ha endurecido los requerimientos de entrada de extranjeros y las sanciones para la migración irregular en la última década. Las expulsiones de migrantes irregulares, las devoluciones de los solicitantes de asilo rechazados y el combate del empleo informal son los ejes más importantes de la actual política francesa de control de la migración irregular.

Además del endurecimiento de la legislación migratoria, el gobierno francés ha echado mano de otras medidas para controlar la migración irregular. Una de estas medidas es el uso de la biometría en los procedimientos de control. Así, el 26 de diciembre de 2007<sup>463</sup> el gobierno francés publicó el decreto de creación del archivo ELOI,<sup>464</sup> una base de datos que almacena datos de carácter personal de los extranjeros sujetos a un proceso de deportación, con el fin de permitir el seguimiento e implementación de éste.<sup>465</sup> Otra base de datos usada para controlar la migración es OSCAR,<sup>466</sup> creada por decreto en octubre de 2009, la cual almacena datos biométricos (fotografía digital y 10 huellas digitales) de los extranjeros expulsados de Francia o que dejan el territorio francés de forma voluntaria y se les da el beneficio de una pequeña ayuda financiera.<sup>467</sup>

Otro instrumento usado por el gobierno francés para controlar la migración irregular es la fuerza policial. La Dirección Central de Policía de Fronteras, una rama especializada de la Policía Nacional, tiene un área destinada a controlar la migración irregular: la Subdirección de Inmigración Irregular y Servicios Territoriales.<sup>468</sup> Esta área de la policía coordina todas las operaciones de control de la migración irregular y ejecuta la deportación de los migrantes irregulares. Adicionalmente, se encarga del análisis de los flujos migratorios y de la optimización de las herramientas para detectar la documentación falsa de extranjeros. Se auxilia de la Oficina Central para la Represión de la Inmigración Ilegal y de Empleo de Extranjeros sin Título (OCRIEST),<sup>469</sup> la cual fue establecida por el Decreto No. 96-691 de 6 de agosto de 1996, para luchar contra las redes migración irregular, el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo, y el uso de documentos fraudulentos de residencia.

En cuanto a regularizaciones se refiere, si bien no existe una política de regularizaciones masivas, se han tomado algunas medidas para regularizar el estatus de los migrantes irregulares. En 2006 Nicolás Sarkozy, siendo Ministro del Interior, echó a andar un pequeño programa de regularización en el que solamente resultaron beneficiados 6924 padres de familia irregulares. En 2008 hubo una intensa movilización de trabajadores

---

<sup>463</sup> Decreto No. 2007-1890, de 26 de diciembre de 2007, Creación de la base de datos ELOI.

<sup>464</sup> El nombre ELOI es por “*éloignement*” que en español significa alejamiento o distanciamiento.

<sup>465</sup> Una discusión sobre esta base de datos y sus antecedentes puede verse en: Courau, Henri, *Clandestino. Country Report: France, Undocumented Migration Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe*, January 2009, p. 55 y ss.

<sup>466</sup> OSCAR significa “*Outil de Statistiques et de Contrôle de l'Aide au Retour*”.

<sup>467</sup> En general, véase: Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), “*OSCAR: Outil de Statistique et de Contrôle de l'Aide au Retour*”, disponible en: <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fichiers-en-fiche/fichier/article/oscar-outil-de-statistique-et-de-contrôle-de-laide-au-retour/>.

<sup>468</sup> *Sous-direction de l'immigration irrégulière et des services territoriaux*. Mayor información en: [http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_1\\_interieur/la\\_police\\_nationale/organisation/dcpaf/dcpaf](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_1_interieur/la_police_nationale/organisation/dcpaf/dcpaf).

<sup>469</sup> *L'Office Central pour la Répression de l'Immigration irrégulière et de l'Emploi d'Etrangers Sans Titre (OCRIEST)*. Véase más información en:

[http://www.interieur.gouv.fr/sections/a\\_1\\_interieur/la\\_police\\_nationale/organisation/dcpaf/ocriest](http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_1_interieur/la_police_nationale/organisation/dcpaf/ocriest).

migrantes irregulares, realizaron huelgas en sectores como la construcción, los servicios y la hostelería y sindicatos se unieron amenazando con más huelgas si las promesas de regularización no eran cumplidas. Se argumentó que estas personas se encontraban en una situación jurídica absurda, pues al tiempo que residían en suelo francés de forma irregular, pagaban impuestos y sus empleadores pagaban contribuciones por ellos, no se beneficiaban del Derecho Laboral. Semanas después de este movimiento se regularizaron a 85 migrantes irregulares únicamente.<sup>470</sup>

En la legislación también están previstos ciertos procedimientos que pueden llevar a la regularización de los migrantes irregulares. Así, el artículo L 313-11<sup>471</sup> del Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo autoriza la expedición de un “*permiso temporal de vida familiar y privada*” a los extranjeros en situación irregular cuya presencia en Francia no amenace el orden público y se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1° Al extranjero cuyo alguno de sus padres o cónyuge tenga un permiso de residencia temporal o tarjeta de residencia, si se le permitió permanecer en Francia bajo el esquema de reunificación familiar;

2° Al extranjero que pruebe que ha residido en Francia desde los trece años;

3° Al extranjero cuyo alguno de sus padres o cónyuge tenga una “tarjeta azul”;

4° Al extranjero que no sea polígamo y esté casado con un ciudadano francés; o sea padre de un menor nacido en Francia, siempre que contribuya a su manutención desde su nacimiento o al menos dos años antes;

5° Al extranjero que no sea polígamo cuyos lazos personales y familiares con Francia sean tan fuertes que la negación de un permiso de residencia socave desproporcionadamente su derecho de respeto de la vida familiar y privada en relación con las razones para su rechazo. Este permiso está diseñado para poner fin a aquellas situaciones en las que los migrantes están en una situación en la que no se les puede conceder un permiso de residencia ni pueden ser deportados.<sup>472</sup>

---

<sup>470</sup> Courau, Henri, *op.cit.*, nota 465, p. 13.

<sup>471</sup> El antecedente de esta disposición se encuentra en el artículo 32 del Acta No. 2006-911 de 24 de julio de 2006. Dicho artículo estableció el permiso temporal de “vida familiar y privada” para los migrantes irregulares que no vivieran en poligamia y no constituyeran una amenaza a la ley y el orden, por razones humanitarias o excepcionales. Un caso de aplicación de este artículo es la Circular de 13 de junio de 2006 del Ministerio del Interior en la que se instruyó a las autoridades escolares el considerar, a su discreción, la situación de los padres extranjeros que llevaran viviendo en Francia al menos dos años, cuyos hijos estuvieran estudiando en una escuela francesa desde septiembre de 2005 y hubieran nacido en Francia o hubieran llegado antes de los 13 años. De este modo, se permitiría a las familias, por razones humanitarias y excepcionales, permanecer en Francia en interés de los niños e integrarse en la sociedad francesa. Este artículo fue modificado por la Ley No. 2011-672 del 16 de junio de 2011 (art. 18).

<sup>472</sup> El proyecto de este artículo detalla las pruebas que los migrantes irregulares tienen que presentar para poder obtener este permiso: lazos estables, personales y familiares por al menos cinco años, medios de subsistencia, alojamiento e integración (la persona debe suscribir los principios que gobiernan la República Francesa y debe tener conocimiento del idioma francés). Belhadj, Marnia, Piçarra, Nuno, Borges, Francisco, Kicinger, Anna, *Policies on irregular migrants - Volume III: France, Portugal and Poland*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010, p. 54.

6° Al extranjero nacido en Francia que pueda justificar que ha residido ahí al menos ocho años desde la edad de diez años y que ha asistido a una escuela francesa por lo menos cinco años, siempre que haya realizado su petición de los dieciséis a los veintiún años;

7° Al extranjero que tenga una incapacidad por accidente o enfermedad mayor al 20%;<sup>473</sup>

8° Al extranjero que haya obtenido el estatuto de apátrida, así como su cónyuge e hijos;

9° Al extranjero que resida habitualmente en Francia y su estado de salud requiera de tratamiento médico, y cuyo fracaso podría tener consecuencias para él de gravedad excepcional, en la ausencia de un tratamiento adecuado en su país de origen;

Otra forma de regularizar la situación de un migrante irregular está prevista en el artículo L313-14 del Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo, el cual prevé un “*permiso excepcional de residencia*”. Este permiso se otorga al extranjero que no sea polígamo, cuya solicitud de residencia responda a razones humanitarias, y que acredite por cualquier medio que ha residido habitualmente en Francia desde hace más de diez años y obtenga respuesta favorable de un Comité especial.<sup>474</sup>

Finalmente, cabe señalar otra política seguida por el gobierno francés para disminuir el número de migrantes. El “*retorno voluntario asistido*”, establecido en el artículo L331-1 del Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo, consiste en el otorgamiento de una ayuda a los extranjeros que deciden salir de Francia para instalarse en su país de origen y reintegrarse, a cambio de perder los derechos inherentes a la residencia y el trabajo que poseen en Francia.

### 7.9.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Francia

Los sectores en los que se ocupa la mayor parte de migrantes irregulares en este país son la construcción, los servicios, la hostelería y la industria del vestido. En estos sectores su reclutamiento se da fácilmente, por un lado, porque los empleadores no encuentran trabajadores que quieran cubrir estas vacantes –mal pagadas y agotadoras– y, por otro, porque los empleadores de estos sectores ampliamente competitivos buscan trabajadores que sean flexibles y no se quejen de las condiciones de trabajo y los salarios.<sup>475</sup>

Estudios como *Clandestino*<sup>476</sup> han encontrado que en Francia la mayoría de migrantes irregulares entró de forma regular, pero se convirtió en irregular cuando su permiso de entrada dejó de ser válido. Unos por haber permanecido en Francia más allá del tiempo autorizado en sus permisos de entrada (visa, solicitud de asilo, permiso de trabajo, estatus de estudiante, trabajador temporal, etc.); otros por haber usado su permiso de entrada para

---

<sup>473</sup> Al respecto, véase el caso *M. Hmad X.* que versó sobre un migrante irregular víctima de un accidente de trabajo, cuyo estado de salud era inestable, y estaba sujeto a una orden de deportación. Su empleador era objeto de una investigación criminal sobre el caso, por lo que podía ser llamado como testigo. El tribunal decidió cancelar la orden de deportación y ordenó emitir un permiso de residencia temporal para el trabajador. Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella, *M. Hmad X.*, Decisión No. 07MA04189, 08 de diciembre de 2008.

<sup>474</sup> Artículo L313-14 del Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo.

<sup>475</sup> Courau, Henri, *op.cit.*, nota 465, p. 19.

<sup>476</sup> Belhadj, Marnia, Piçarra, Nuno, Borges, Francisco, Kicinger, Anna, *op.cit.*, nota 472, p. 47.



finés distintos de los señalados (por ejemplo, al haber trabajado con una visa de turismo). Otra categoría de migrantes irregulares la constituyen las personas que se niegan a cumplir con una orden de expulsión después de que su solicitud de asilo ha sido rechazada.

El estatus irregular en Francia también puede resultar del mal funcionamiento de la Administración. Por ejemplo, en el caso de los solicitantes de asilo rechazados que llevan varios años viviendo en Francia con sus familias, tienen un trabajo y se les ha negado el permiso de residencia mientras eran residentes. Un estudio señala que la mayoría de estas personas no estaban preparadas para la irregularidad de su estatus y que erróneamente creían que obtendrían una extensión de su estancia.<sup>477</sup>

### 7.9.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Francia desde el año 2000

#### 7.9.3.1 Derecho Migratorio

La Orden No. 45-268, de 2 de noviembre de 1945, marcó el inicio de la regulación de la migración en Francia y constituyó la principal fuente legislativa en esta materia, a pesar de sus múltiples reformas, adiciones y revisiones a lo largo de los años. Sin embargo, en la primera década del siglo XXI la regulación migratoria francesa dio un giro significativo. En primer término, siendo Nicolás Sarkozy Ministro del Interior,<sup>478</sup> se aprobó en 2003 la **Ley No. 2003-1119**, de 26 de noviembre, sobre control de la inmigración, la residencia de extranjeros en Francia y la nacionalidad. Esta ley supuso un importante cambio en la política migratoria francesa pues significó, en palabras de GISTI, una ONG dedicada a asuntos migratorios, “la obsesión de la lucha contra la clandestinidad, el fraude y la supuesta desviación de los procedimientos. Lleva consigo una sobredosis de vigilancia, sospecha y control sistemáticos. No tiene en cuenta los derechos fundamentales de los extranjeros como el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de matrimonio y la libertad de circulación”.<sup>479</sup>

El 1 de marzo de 2005 entró en vigor una nueva regulación en materia migratoria: el **Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo**,<sup>480</sup> creado por el artículo 92 de la Ley No. 2003-1119, de 26 de noviembre 2003, el cual previó la agrupación de la legislación relativa a la entrada y residencia de extranjeros y asilo en un solo instrumento. El Código recoge disposiciones migratorias de una variedad de textos y se convirtió en el principal instrumento de la política migratoria. Significó la sustitución de la mayoría de disposiciones de la Orden del 2 de noviembre de 1945, en lo relativo a las condiciones de entrada y residencia, así como de las disposiciones del Acta No. 52-893, de 25 de julio de 1952, sobre el Derecho de Asilo.

---

<sup>477</sup> Simonin, Bernard, Brun François, Laacher Smaïn, Gomel Bernard, De la régularisation à l'intégration: stratégies, atouts, obstacles, *Migrations Études*, No. 97, janvier, 2001, p. 4.

<sup>478</sup> Véase la historia legislativa de esta importante reforma en: GISTI, *Contrôler, surveiller et punir. Analyse de la réforme Sarkozy relative à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers (ordonnance du 2 novembre 1945, code pénal, code civil)*, 2ª ed., París: GISTI, 2003.

<sup>479</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>480</sup> Disponible en:

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=6CC4F9514CE7427CF6A3A03E9CF30077.tpdjo04v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000006070158&dateTexte=20111223](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=6CC4F9514CE7427CF6A3A03E9CF30077.tpdjo04v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070158&dateTexte=20111223).

En 2006 tuvo lugar otra reforma en materia migratoria al aprobarse el *Acta No. 2006-911*, de 24 de julio, sobre control de la inmigración, integración y asilo, la cual fue impulsada por Sarkozy, siendo nuevamente Ministro del Interior. Esta ley complementó, y en algunos casos enmendó, ciertas disposiciones del Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo.<sup>481</sup> Al año siguiente tuvo lugar otro cambio a este Código; esta vez la reforma fue impulsada por Brice Hortefeux, el entonces Ministro de Inmigración. La *Ley No. 2007-1631*, del 20 de noviembre de 2007, sobre control de la inmigración, integración y asilo enmendó el Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo y contuvo polémicas disposiciones como la del requerimiento de pruebas de ADN para casos de reunificación familiar, la suspensión de las prestaciones familiares por incumplimiento de las disposiciones de integración, y la exigencia de una autorización específica para extranjeros residentes de larga duración que desean ejercer una profesión comercial, entre otras.<sup>482</sup>

Finalmente, en 2011 la política migratoria francesa dio otro giro al aprobarse la *Ley No. 2011-672*, de 16 de junio, sobre inmigración, integración y nacionalidad, impulsada por el Ministro de Inmigración Eric Besson, además de Hortefeux y Guéant (Ministro del Interior), la cual también enmendó y adicionó el Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo. A continuación se hará un recuento de la versión consolidada de este Código con las legislaciones anteriormente señaladas, en lo relativo a las disposiciones más relevantes para los migrantes irregulares:

El Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo estableció un sistema migratorio regulado por la ley de derecho interno, pero sujeto a las convenciones de Derecho Internacional (artículo L111-2), tal y como lo señala el artículo 55 de la Constitución Francesa.<sup>483</sup> Las reglas que gobiernan la entrada de extranjeros en Francia dependen de donde provengan los extranjeros y los tratados que, en su caso, haya suscrito el gobierno francés con el gobierno del Estado de origen del extranjero.

**Requisitos de entrada.** En términos generales, para entrar en Francia un extranjero (aquél que no tiene la nacionalidad francesa, o que posee una nacionalidad extranjera, o que no tiene nacionalidad - art. L111-1) debe presentar al oficial migratorio: un pasaporte vigente, visa (en caso de ser requerida), documentos relativos a las razones de su estancia, condiciones de alojamiento, medios económicos, garantías de repatriación en caso de ser necesarias, seguro médico y, en su caso, permiso de trabajo (art. L211-1 Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo y art. L5221-5 del Código de Trabajo). Por supuesto, existen varios supuestos de exención a estas condiciones generales establecidos en regulaciones de Derecho interno o en tratados internacionales. Por ejemplo,

---

<sup>481</sup> Véase un análisis de esta reforma en: GISTI, *Loi Sarkozy II*, París: GISTI, 2007, disponible en: <http://www.gisti.org/spip.php?rubrique104>.

<sup>482</sup> Para un recuento de las disposiciones más controversiales e impugnadas consúltese el sitio web del Defensor de los Derechos francés: <http://www.defenseurdesdroits.fr/>, el cual jugó un papel importantísimo en la vuelta atrás de varias de estas disposiciones.

<sup>483</sup> El artículo 55 de la Constitución Francesa, de 4 de octubre de 1958 (texto resultante de acuerdo con la ley constitucional de 23 de julio de 2008), señala: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

en general los nacionales de la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo y la Confederación Suiza no están sujetos a este Código (art. L121-1 a L122-3).

***Denegación de entrada.*** De acuerdo con el artículo L213-1,<sup>484</sup> se puede negar el acceso al territorio a cualquier extranjero cuya presencia constituya una amenaza para el orden público o que esté sujeto a una orden de deportación. Los artículos L213-4 y siguientes señalan que en caso de que se niegue la entrada a un extranjero no comunitario, la compañía que lo ha transportado debe devolverlo al lugar donde comenzó a usar el transporte de la empresa, o, si no, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que viajaba o cualquier otro lugar donde pueda ser admitido.

***Salas de espera por denegación de entrada.*** Los artículos L 221-1 y siguientes establecen la regulación relativa a las “salas de espera”, que son los lugares donde se retiene a los extranjeros a los que se deniega la entrada a Francia por no cumplir con los requisitos necesarios para ello. El tiempo promedio de retención es de cuatro días (art. L 221-3), pero si se trata de un grupo de al menos diez extranjeros fuera de un paso fronterizo, en el mismo lugar o en un conjunto de localidades remotas de hasta diez kilómetros, la retención en la sala de espera se extiende por un período superior a veintiséis días (art. L 221-2). De conformidad con el artículo L221-4,<sup>485</sup> los extranjeros tienen los siguientes derechos mientras se encuentran en la sala de espera: derecho de ser informados, tan pronto como sea posible, de los derechos que les asisten en un idioma que comprendan; derecho de solicitar la asistencia de un intérprete, un médico, un abogado o cualquier otra persona de su elección; y derecho de salir en cualquier momento de la sala de espera para cualquier destino fuera de Francia.

***Obligación de abandonar el territorio francés y prohibición de retorno.*** El artículo L511-1 establece los casos en los que un extranjero puede estar sujeto a la obligación de abandonar el territorio francés y se le prohíbe regresar: 1° si no puede justificar su entrada regular, a menos que posea un permiso válido de residencia; 2° si ha permanecido en el territorio francés más allá de la validez de su visado, si no cumple con las condiciones de su visado, o si han pasado más de tres meses a partir de su entrada y no ha solicitado un permiso de residencia; 3° si la expedición o renovación del permiso de residencia se le ha negado; 4° si no ha solicitado la renovación de su residencia temporal y permaneció en territorio francés después de la expiración de ésta. Cabe señalar que la decisión que establece la obligación de abandonar el país debe estar motivada y contener el país al que se devuelve al extranjero. El extranjero tiene un plazo de treinta días a partir de su notificación para salir de Francia y puede solicitar ayuda para regresar a su país de origen. Dadas las circunstancias del extranjero, la autoridad administrativa podrá autorizar, con carácter excepcional, la ampliación del plazo de salida a otros 30 días más.

Se podrá ordenar la salida inmediata del extranjero del territorio francés: 1° si su conducta constituye una amenaza para el orden público; 2° si se le ha negado la expedición o renovación del permiso de residencia dado que su solicitud es manifiestamente infundada o

---

<sup>484</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 65 de la Ley No. 2011-672, de 16 de junio de 2011. Véase también el artículo 22 del Decreto No. 2011-820, de 8 de julio de 2011.

<sup>485</sup> Modificado por el artículo 11 de la Ley No. 2011-672, de 16 de junio de 2011.

fraudulenta; o 3° si existe riesgo de que se de a la fuga. Esto último puede suceder: a) si no ha solicitado la emisión de un permiso de residencia; b) si ha permanecido en el territorio francés más allá de la validez de su visado, si no cumplió con las condiciones de su visado, o si han pasado más de tres meses a partir de su entrada y no ha solicitado un permiso de residencia; c) si ha permanecido en el territorio francés más de un mes después de la expiración de su permiso de residencia; d) si ha eludido la ejecución de una orden previa deportación; e) si ha usado documentos falsos; f) si no garantiza una representación adecuada, sobre todo porque “no puede justificar la posesión de documentos de identidad y viaje válidos, o ha ocultado elementos de su identidad, o no ha declarado su lugar de residencia actual o permanente”.<sup>486</sup>

Por otro lado, si el extranjero, a pesar no estar sujeto a una prohibición de retorno a Francia, permanece en el territorio más allá del período de salida voluntaria, la autoridad administrativa podrá imponer una prohibición de retorno por un máximo de dos años. Cuando no haya existido un plazo para la salida voluntaria del extranjero, la autoridad administrativa podrá imponer una prohibición de retorno por un máximo de tres años. Pasado el plazo de prohibición para el retorno, la autoridad podrá volver a imponer la prohibición por un plazo máximo de dos años. Cabe señalar que la determinación de la prohibición de retorno y su duración se hace teniendo en cuenta el tiempo que el extranjero permaneció en el territorio francés, la naturaleza y antigüedad de sus vínculos con Francia, el hecho de que haya sido o no una orden de expulsión y la amenaza al orden público que suponga su presencia. La autoridad administrativa podrá, en cualquier momento, revocar la prohibición de retorno. Cuando el extranjero pide la derogación de la prohibición de regreso, la aplicación sólo es admisible si reside fuera de Francia.<sup>487</sup>

**Deportación.** El artículo L521-1 señala que un extranjero puede ser sujeto de una orden de deportación si su presencia en Francia constituye una amenaza seria para el orden público. El artículo L521-2,<sup>488</sup> por su parte, establece que la orden de deportación podrá ejecutarse siempre que el extranjero no se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

1° Que el extranjero no sea polígamo y sea uno de los padres de un menor francés residente en Francia, siempre y cuando contribuya efectivamente al mantenimiento y educación del niño, conforme a lo dispuesto por el artículo 371-2 del Código Civil desde su nacimiento o por lo menos un año antes;

2° Que el extranjero esté casado por lo menos desde hace tres años con un cónyuge de nacionalidad francesa, a condición de que la convivencia no haya cesado desde el matrimonio y el cónyuge haya mantenido la nacionalidad francesa;

3° Que el extranjero haya residido legalmente en Francia desde hace más de diez años, a menos que durante este período fuera el titular de una tarjeta de residencia temporal de “estudiante”;

4° Que el extranjero sea titular de un certificado de accidente o enfermedad y su incapacidad permanente sea igual o superior al 20%;

---

<sup>486</sup> Artículo 511-1 del Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo de 2003.

<sup>487</sup> *Ídem.*

<sup>488</sup> Modificado por la Ley No. 2011-672 del 16 de junio de 2011 (art. 62).

5° Que el extranjero sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de otro Estado Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de la Confederación Suiza, y se encuentre en Francia desde hace diez años.

El artículo L521-3<sup>489</sup> establece los supuestos en que un extranjero puede estar sujeto a una orden de deportación en caso de que su conducta pueda ser perjudicial para los intereses fundamentales del Estado, o en relación con las actividades de un terrorista, o que constituyan actos de provocación explícita y deliberada a la discriminación, odio o violencia contra una persona o un grupo de personas. Se podrá ejecutar la orden de deportación a menos que: 1° El extranjero acredite que reside habitualmente en Francia desde los trece años; 2° El extranjero resida legalmente en Francia desde hace más de veinte años; 3° El extranjero resida legalmente en Francia desde hace más de diez años y no viva en una relación polígama, y se haya casado por lo menos desde hace cuatro años con un cónyuge de nacionalidad francesa y la convivencia no haya cesado desde el inicio del matrimonio; 4° El extranjero resida legalmente en Francia desde hace más de diez años y no viva en una relación polígama y sea padre de un menor francés residente en Francia, siempre que contribuyan eficazmente a su mantenimiento y educación;<sup>490 y 491</sup> 5° El extranjero resida habitualmente en Francia y su estado de salud requiera de tratamiento médico, cuya interrupción podría tener consecuencias para él de gravedad excepcional, en la ausencia de un tratamiento adecuado en el país de referencia.<sup>492</sup>

El artículo L521-4 autoriza la deportación de los extranjeros menores de dieciocho años de edad. Y el artículo L521-5<sup>493</sup> dispone que para expulsar a un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de otro Estado Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de la Confederación Suiza, o a un miembro sus familias, la autoridad

---

<sup>489</sup> Modificado por la Ley No. 2011-672 del 16 de junio de 2011 (art. 70).

<sup>490</sup> Al respecto, véanse los siguientes casos: 1) El caso de una mujer extranjera sujeta a una orden de deportación por emplear a extranjeros irregulares, pero como vivía en Francia desde hacía 18 años y la mayor parte de su familia se encontraba de forma regular en Francia (su esposo, sus hijos, sus nietos nacidos en Francia y dos de sus hermanos) no fue procedente dicha orden por ser violatoria del artículo 8 del CoEDH. Consejo de Estado, *Zheng vs. Jefe de Policía* Decisión No. 318898, 10 de junio de 2009. 2) El caso sobre la orden de expulsión de una mujer marroquí, a quien no se autorizó la renovación de su permiso de residencia con el argumento de la supuesta falta de convivencia con su cónyuge francés. La orden de expulsión se consideró violatoria del artículo 8 del CEDH ya que la mujer se encontraba embarazada de su marido, lo cual reveló que la comunidad de vida todavía existía. Consejo de Estado, *Prefecto de Seine-Saint-Denis v. Saida*, Decisión No. 272958, 30 de septiembre de 2005. 3) Y el caso sobre la deportación de un congoleño, casado con una francesa y con una hija nacida en Francia y para la cual contribuía a su mantenimiento y la educación, con cuatro hermanos y hermanas que viven en Francia. La orden se consideró violatoria del artículo 8 del CEDH. Tribunal Administrativo de Apelación de Versailles, *Prefecto de Val d'Oise Sayeto vs. De Souza*, Decisión No. 06VE02142, 20 de febrero de 2007.

<sup>491</sup> Las disposiciones de los apartados 3° y 4° no son aplicables en caso de que los hechos que llevaron a la deportación hayan sido cometidos contra un cónyuge o sus hijos o contra cualquier niño sobre el cual ejerce la patria potestad.

<sup>492</sup> Al respecto, véase la decisión no. 301640 del Consejo de Estado en la que señaló que antes de decidir la deportación de un extranjero que requiere de atención médica en Francia, el gobierno debe evaluar si realmente se puede beneficiar de un tratamiento adecuado en su país de origen. En este caso la deportación fue cancelada porque no hubo ninguna indicación en el dictamen médico sobre la posibilidad de que el extranjero viajara con seguridad a su país de origen (Túnez). Consejo de Estado, Sección de lo Contencioso, Decisión No. 301640, 7 de abril de 2010.

<sup>493</sup> Creado por la Ley No. 2011-672 del 16 de junio de 2011 (art. 63).

administrativa tomará en cuenta todas las circunstancias de su situación, duración de su estancia en el territorio nacional, su edad, su salud, su situación familiar y económica, su integración social y cultural en la sociedad francesa y la intensidad de los lazos con su país de origen.

**Centros de detención.** El artículo L551-1<sup>494</sup> autoriza la detención de los migrantes irregulares sin una orden judicial al señalar que si estas personas no pueden abandonar el territorio francés de inmediato podrán ser reclusos por la autoridad administrativa en un centro de detención, por un período de cinco días.<sup>495</sup> La reclusión tiene lugar cuando el extranjero: 1. debe ser presentado ante las autoridades de un Estado miembro de la Unión Europea; 2. es sujeto de una orden de deportación; 3. debe ser expulsado; 4. es objeto de una alerta a los efectos de denegación de entrada o una orden de expulsión; 5. tiene la obligación de abandonar el territorio francés y la fecha límite para abandonar el país ha caducado; 6. debe ser reconducido a la frontera para hacerle cumplir una prohibición de regreso; 7. no cumple con la expulsión de la que es objeto dentro de los siete días de plazo de su detención, o volvió a Francia mientras que esta medida seguía siendo aplicable. Cabe señalar que el artículo L551-3 establece que a su llegada al centro de detención, los extranjeros serán informados de los derechos que les asisten, y de que su solicitud de asilo no será admisible durante el período de retención si se hace después de cinco días de dicha notificación.

Al respecto, cabe recordar la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 28 de abril de 2011 en el caso *El Dridi*,<sup>496</sup> en la que señaló que si bien los Estados tienen permitido adoptar disposiciones de Derecho Penal para disuadir a los extranjeros no comunitarios de permanecer de forma irregular en su territorio (una vez que medidas menos coercitivas han sido aplicadas de forma inútil), no pueden castigar con prisión o detención criminal a un migrante irregular sujeto a un procedimiento de retorno. Una vez que un Estado encuentra que un extranjero permanece de forma irregular en su territorio, debe emitir una orden de retorno y debe hacer cumplirla a través de todos los medios razonables. Por lo que el TJCE claramente excluyó las penas de prisión para los migrantes irregulares que pueden ser regresados a su país de origen.

En este sentido, cabe señalar tres casos recientes de la jurisprudencia francesa en los que se señaló que el incumplimiento de una orden de expulsión no puede ser castigado con una pena de prisión, por lo que, de acuerdo con la sentencia del TJCE de 28 de abril de 2011, la reclusión de los migrantes irregulares en un centro de detención es ilegal<sup>497</sup> y la base del artículo L 624-1 del Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo es irregular<sup>498</sup> y contraria al Derecho comunitario.<sup>499</sup>

---

<sup>494</sup> Modificado por la Ley No. 2011-672 del 16 de junio de 2011 (art. 44).

<sup>495</sup> Al respecto, el Tribunal Supremo francés ha señalado que el sólo hecho de poner en detención a los migrantes irregulares con sus hijos menores de edad no hace referencia a un trato inhumano o degradante. Tribunal Supremo, Primera Sala de lo Civil, Decisión No. 08-21101, 10 de diciembre de 2009.

<sup>496</sup> TJCE, *El Dridi*, Caso C-61/11 PPU, 28 de abril de 2011.

<sup>497</sup> Tribunal Supremo francés, Decisión No. 11/00001, 22 de junio de 2011.

<sup>498</sup> Corte de Apelación de París, Decisión No. 11/02110, 13 de mayo de 2011.

<sup>499</sup> Corte de Apelación de Metz, Decisión No. 11/00132, 11 de mayo de 2011.

**Controles.** El artículo L611-1 señala que los extranjeros deben ser capaces en todo momento de presentar el documento que les permite circular o permanecer en Francia, a petición de cualquiera de los agentes de policía. El artículo L611-2<sup>500</sup> completa esta disposición al permitir que la autoridad administrativa competente, las unidades de policía y la gendarmería retengan el pasaporte o documento de viaje de los extranjeros en situación irregular.

El artículo L611-3<sup>501</sup> dispone que a la entrada en Francia, los extranjeros no comunitarios deberán registrar sus huellas dactilares y hacerse una fotografía. Están sujetos a la misma obligación los migrantes irregulares que son objeto de una expulsión del territorio francés. Y el artículo L611-4 permite que, con el fin de identificar a un extranjero irregular que no cuenta con la documentación adecuada o que no ha ido a registrar sus huellas, los agentes de servicio autorizados expresamente por el Departamento del Interior y la Gendarmería Nacional accedan a los archivos de datos automatizados de huellas digitales administrados por el Ministerio del Interior.

**Sanciones.** El artículo L621-1 dispone que la entrada y permanencia irregulares en el territorio francés se castigan con un año de prisión y una multa de 3.750 euros. Asimismo, se puede imponer la prohibición de no ingresar o permanecer en Francia por un período de hasta 3 años.

Los artículos R8256-1 y R8262-2 del Código de Trabajo castigan el empleo de migrantes irregulares, incluso está previsto el cierre administrativo de hasta por tres meses de las empresas que ocupan trabajadores irregulares en los artículos R8272-8 y R8272-9. Asimismo, los artículos 132-11 y 132-15 del Código Penal castigan la reincidencia en el empleo de extranjeros irregulares hasta con 3,000 euros de multa y tres años de prisión. Al respecto, cabe señalar el caso *Herdem* de 2009 en el que un empleador contrató a unos trabajadores migrantes turcos a sabiendas de que le habían presentado documentos falsos. De hecho, los contrató como empleados de un subcontratista, pero el contrato de trabajo nunca se firmó y les pagaba en efectivo. Ahora el empleador está en prisión por el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo.<sup>502</sup>

El artículo L622-1 castiga la ayuda, directa o indirecta, facilitación o intento de facilitar la entrada, circulación o la estancia irregular de un extranjero en Francia con prisión de cinco años y una multa de 30,000 euros. La misma sanción será aplicable para el extranjero, cualquiera que sea su nacionalidad, que cometa dicho delito en el territorio de cualquiera de los Estados Parte del Convenio firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, ya sea para entrar en Francia, en el territorio de cualquiera de los otros Estados Parte del Convenio o de los Estados Parte en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo el 12 de diciembre de 2000. Eso sí, los extranjeros serán evaluados conforme a las leyes del Estado Parte interesado (art. L622-2).

---

<sup>500</sup> Modificado por la Ley No. 2011-672 del 16 de junio de 2011 (art. 90).

<sup>501</sup> Modificado por la Ley No. 2011-672 del 16 de junio de 2011 (art. 91).

<sup>502</sup> Tribunal Supremo, *Caso Habip Herdem*, Decisión No. 09-80416, 16 de septiembre de 2009.

Por otro lado, el artículo L622-3 señala que los migrantes irregulares incurrirán igualmente en las penas accesorias siguientes: 1° la prohibición de permanecer por un período de cinco años en Francia; 2° la suspensión, por un período de cinco años, de su licencia de conducir. Este plazo podrá duplicarse en caso de reincidencia; 3° la retirada temporal o definitiva de la autorización administrativa para el uso o servicio regular u ocasional de transporte internacional; 4° el decomiso de los medios que utilice o vaya a utilizar para cometer el delito, incluidos los medios de transporte o equipo para tierra, río, mar o aire, o lo que es el producto. Los gastos de llevar a cabo la ejecución de la confiscación serán responsabilidad de los condenados; 5° la prohibición, por un período de cinco años, de ejercer la actividad profesional o social en el que se cometió la infracción; 6° la exclusión del territorio francés por un período de más de diez años.

La migración irregular se castiga con penas más altas (diez años de prisión y una multa de 750,000 euros) si: se comete por un grupo organizado; se comete en circunstancias que exponen a los extranjeros a un riesgo inminente de muerte o lesiones que puedan causar la mutilación o invalidez permanente; cuando tiene el efecto de someter a los extranjeros a condiciones incompatibles con la dignidad de la persona humana; cuando se comete por medio de un control de seguridad o el tráfico en las zonas restringidas de un aeropuerto o puerto; y cuando el efecto para los niños extranjeros es mantenerlos alejados de su familia o su entorno tradicional (art. L622-5). Además, las personas condenadas por estos delitos incurrirán en la pena accesoria de pérdida de todo o parte de su propiedad, independientemente de la naturaleza, dividida o no dividida (art. L622-6). Estas personas pueden quedar sujetas a la denegación permanente de entrada en el territorio francés (art. L622-7).

El artículo L623-1 castiga los matrimonios y reconocimientos fraudulentos. El casarse o reconocer a un hijo con el único propósito de obtener un permiso de residencia o el derecho a una protección contra la expulsión, o con el único propósito de adquirir, o para adquirir la nacionalidad francesa, se castiga con cinco años de prisión y una multa de 15,000 euros. También se incurre en estas sanciones cuando el extranjero que haya contraído matrimonio ha ocultado sus intenciones a su cónyuge. Las mismas penas son aplicables a la organización o el intento de organizar una boda o un reconocimiento de los niños con el mismo propósito. Si el delito es cometido por una banda organizada la pena aumenta a diez años de prisión y la multa a 750,000 euros.

Finalmente, el artículo L625-1 castiga con una multa de hasta 5,000 euros a la línea aérea o marítima que transporte a extranjeros sin la documentación adecuada para su entrada en Francia.

### **7.9.3.2 Derechos sociales**

Los derechos sociales más importantes a los que tienen derecho los migrantes irregulares se encuentran contenidos en una diversidad de leyes. A continuación se señalan estos derechos sociales de vital importancia para los migrantes irregulares.



**Derecho a vivienda/alojamiento.** El artículo L 111-2<sup>503</sup> del Código Familiar y de Acción Social<sup>504</sup> señala que la asistencia social debe cubrir los costos de alojamiento de los migrantes irregulares en refugios públicos. Adicionalmente, el Ministro de Justicia confirmó en un comunicado que los trabajadores sociales y las asociaciones que trabajan en estos refugios públicos no se encuentran afectados por el artículo 21 de la Ordenanza de 2 de noviembre de 1945, el cual penaliza la ayuda o asistencia de la migración irregular en Francia.<sup>505</sup>

En la práctica, estos albergues o refugios ofrecen una noche gratis (renovable) de hospedaje. Los migrantes irregulares pueden solicitar hospedaje de emergencia de una noche a través de un trabajador social del distrito donde se encuentren. Asimismo existen albergues públicos que ofrecen hospedaje por un tiempo mayor (de dos semanas a seis meses) y albergues especiales para niños y mujeres. Estos albergues públicos de largo plazo tienen por objeto lograr la reinserción profesional de las personas y facilitar el paso hacia el hospedaje independiente. No obstante, toda vez que los migrantes irregulares carecen de permisos de residencia y trabajo, muchos albergues de este tipo se niegan a aceptarlos porque su “reinserción social y profesional” es poco probable. Por ello, es común que los trabajadores sociales a los que acuden los migrantes irregulares para solicitar albergue les digan que no tienen derecho a ello.<sup>506</sup>

**Derecho a la salud.** El artículo L 251-1<sup>507</sup> del Código Familiar y de Acción Social señala que cualquier extranjero que vive en Francia sin interrupción durante más de tres meses y no tiene seguro médico privado, así como los extranjeros en situación irregular, tienen derecho, para sí y sus dependientes, de recibir atención médica gratuita. De este modo, la atención médica es accesible a todos los migrantes irregulares en los hospitales públicos franceses. Esta cobertura incluye la atención médica proporcionada en el hospital, así como las prescripciones médicas. Los migrantes irregulares que pueden probar que han vivido por tres años sin interrupción en Francia pueden calificar para recibir atención médica fuera de la red de hospitales públicos (*les soins de ville*). Esto cubre los costos médicos de visitas médicas a domicilio, costos farmacéuticos, atención médica y dental, exámenes de laboratorio, abortos, entre otros. Así, los migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia médica gratuita del Estado, siempre que prueben que han estado viviendo sin interrupción tres meses en Francia. La emergencia médica de urgencia está exenta de esta disposición. Y, toda vez que los migrantes irregulares tienen derecho a la atención médica, los médicos y profesionales de la salud no tienen el deber u obligación de reportarlos ante las autoridades migratorias.<sup>508</sup>

**Derechos laborales.** El 30 de noviembre de 2011 se aprobó el Decreto No. 2011-1693 sobre la protección de los derechos sociales y pecuniarios de los extranjeros sin título de

---

<sup>503</sup> Modificado por la Ley No. 2006-911 de 24 de julio de 2006 (art. 95).

<sup>504</sup> *Códe de l'action sociale et des familles*.

<sup>505</sup> Más información en PICUM: *Basic Social Rights – France*. Disponible en:

<http://www.picum.org/nl/node/381>.

<sup>506</sup> *Ídem*.

<sup>507</sup> Modificado por la Ley No. 2010-1657 del 29 de diciembre de 2010 (art. 188).

<sup>508</sup> *Basic Social Rights – France, op.cit.*, nota 505.

trabajo y la represión del trabajo ilegal, el cual adicionó el Código de Trabajo en lo relativo a estas dos materias.

El artículo R8252-2 del Código de Trabajo<sup>509</sup> señala los derechos que tienen los trabajadores migrantes irregulares: a) Recibir los salarios y las indemnizaciones por incumplimiento de la relación laboral, las cuales no pueden ser menores a tres meses de salario; b) Que el empleador les proporcione las nóminas, el certificado de servicio y la liquidación final para el período de empleo en la empresa; c) Obtener la recuperación de los salarios y las prestaciones de la Oficina Francesa de Inmigración e Integración; d) La posibilidad, si es necesario, de entablar un juicio en materia laboral para obtener el pago de los sueldos y las prestaciones no recuperados por la Oficina Francesa de Inmigración e integración, incluso a través de un representante sindical; e) Reclamar daños y perjuicios; f) La posibilidad de presentar una queja contra una persona acusada de cometer crímenes en contra de ellos y calificar a los efectos de una residencia temporal durante el procedimiento.

Si un trabajador migrante irregular tiene un accidente en el lugar de trabajo puede obtener una compensación de la Seguridad Social a través del seguro contra accidentes. Esta cobertura incluye el reembolso de los gastos generados por la atención médica más una cantidad de dinero. El no contar con un estatus regular no descalifica a un trabajador del seguro contra accidentes de la Seguridad Social. La cobertura de este seguro no está ligada a la validez de un permiso de residencia o trabajo (artículo L 374-1 del Código de Seguridad Social).

**Libertad sindical.** Los migrantes irregulares tienen derecho a sindicarse y organizarse pues dicho derecho no está ligado a su estatus migratorio. Así, el artículo L2141-1<sup>510</sup> del Código de Trabajo señala que: “cada empleado es libre de afiliarse al sindicato de su elección [...]”. Incluso, el artículo L2141-2 autoriza que las personas que han dejado su trabajo continúen unidos o afiliados al sindicato de su elección. Y el artículo L2141-4 establece que “el derecho a organizarse está reconocido en todas las empresas en los derechos y libertades garantizados por la Constitución de la República, en particular de la libertad individual de trabajo”. Finalmente, el artículo L2141-5 califica de ilegal que un empleador tome en cuenta la pertenencia a un sindicato o el ejercicio de la actividad sindical para la toma de decisiones en áreas tales como la contratación, el comportamiento y distribución del trabajo, la formación profesional, los ascensos, la remuneración y la prestación de beneficios, las medidas disciplinarias y la terminación del contrato de trabajo.

**Derecho a la educación.** De acuerdo con la Ley de 10 de julio de 1989, cualquier niño mayor de 3 años puede ser matriculado en una guardería cercana a su domicilio si sus padres lo solicitan. No existe ningún requerimiento de ciudadanía para ello y no se puede ejercer ningún tipo de discriminación en contra de los niños extranjeros.<sup>511</sup> En cuanto a educación primaria se refiere, las Leyes de 9 de Agosto de 1936 y de 11 de julio de 1975 señalan que es obligatorio que todos los niños asistan a la escuela. La no discriminación en

---

<sup>509</sup> Creado por el Decreto No. 2011-1693 de 30 de noviembre de 2011 (art. A).

<sup>510</sup> Modificado por la Ley No. 2008-496 del 27 de mayo de 2008 (art. 6).

<sup>511</sup> Ley de 10 de julio de 1989 y Circular del Ministerio de Educación Nacional de 16 junio de 1984 y de 6 de junio de 1991.

contra de los niños extranjeros está claramente establecida en las Circulares de 16 de junio de 1984 y 6 de junio de 1991 del Ministerio de Educación Nacional. Respecto a educación media, la matriculación de niños menores de 18 años no es un problema. De hecho, los extranjeros presentes en Francia no están obligados a tener un permiso de residencia si son menores de 18 años, de acuerdo con la Ley de 2 Agosto de 1989.

Cabe señalar que de acuerdo con la Circular de 20 de marzo de 2002 del Ministerio de Educación, la autoridad educativa no está obligada a verificar la legalidad de la residencia de los estudiantes o de sus padres. Así, las escuelas no están obligadas a reportar a los niños de migrantes irregulares toda vez que la ley señala que la educación es obligatoria para todos los niños, con independencia de su nacionalidad o estatus migratorio.<sup>512</sup> A pesar de lo anterior, en la práctica no es raro que se solicite la documentación de los padres como parte del proceso de matriculación del niño. Pero, si se niega la matriculación del niño a una guardería o una escuela primaria sobre estas bases, se puede hacer una apelación ante el consejo o la prefectura de la ciudad de residencia, y luego ante el tribunal que trata las disputas internas en el servicio civil francés. Si se niega la matriculación de un niño a una escuela de educación media, se puede hacer una apelación ante la autoridad educativa o el inspector escolar, y luego ante el tribunal que trata las disputas internas en el servicio civil francés. Finalmente, cabe señalar que la educación sólo es obligatoria para los menores de 18 años y que la ley no garantiza este derecho para los adultos.

***Derecho de subsistencia mínima.*** De acuerdo con el Acta de 24 de agosto de 1993 y el artículo L 115-6 del Código de Seguridad Social, los migrantes irregulares no tienen derecho a beneficios sociales, tales como la ayuda financiera para la obtención de vivienda, asistencia educativa en casa, pensión, y alojamiento para los niños ya sea en un centro especializado con su padre o madre o en un hogar sustituto. Sin embargo, si solicitan beneficios o ayudas estatales porque tienen niños sí pueden ser beneficiados. En este sentido, el artículo 111-2 del Código de Acción Social y Familiar señala que la “ayuda social a la infancia” es un beneficio que se otorga en situaciones de necesidad extrema y en interés del menor, por lo que no está determinada por un permiso de residencia válido o un período mínimo de residencia en Francia.

***Derecho a la vida familiar.*** Los migrantes irregulares pueden contraer matrimonio o cohabitar con su pareja de forma legal en virtud de que el derecho a contraer matrimonio es un derecho social básico establecido en el artículo 144 del Código Civil. No se puede solicitar como prerequisite para los futuros esposos un permiso válido de residencia, de acuerdo con la Circular de 31 de agosto de 1982 del Ministerio del Interior.<sup>513</sup> Así, está prohibido el imponer cualquier restricción al derecho de casarse, especialmente por

---

<sup>512</sup> No obstante, el que los hijos de migrantes irregulares asistan a la escuela no es impedimento para que familias en estatus irregular sean deportadas, especialmente al final del año escolar. Belhadj, Marnia, Piçarra, Nuno, Borges, Francisco, Kicinger, Anna, *op.cit.*, nota 472, p. 49.

<sup>513</sup> El artículo 9 de la Ley de 29 de octubre de 1981 derogó las medidas establecidas en la Ley de 12 de noviembre de 1938, según las cuales los extranjeros podían contraer matrimonio sólo si contaban con un permiso de residencia válido por más de un año.

cuestiones de nacionalidad<sup>514</sup> y el estatus irregular de un extranjero no impide la celebración de su matrimonio.

**Derecho a la asistencia legal.** La Ley de 10 de julio de 1991 establece que la ayuda jurisdiccional se otorga a los ciudadanos franceses, a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros no comunitarios que cuentan con un permiso válido de residencia. La ayuda jurisdiccional cubre los costos incurridos durante un caso (honorarios de los abogados, etc.). Sin embargo, las siguientes personas están exentas del requisito de contar con el referido permiso de residencia: niños extranjeros; extranjeros que son testigos, inculcados, demandados, condenados, o aquéllos que estén participando en un juicio con el fiscal público; extranjeros involucrados en ciertos casos ligados a la entrada, residencia y deportación; solicitantes de asilo que apelan la condición de justificar la entrada regular en el territorio francés; y algunos extranjeros en casos de rechazo de residencia. Los migrantes irregulares también pueden recibir asistencia legal gratuita de las ONG, muchas de las cuales tienen abogados especialistas en migración o pueden referir al migrante irregular a un abogado dispuesto a otorgarle asistencia legal gratuita.

## 7.10 Alemania

### 7.10.1 Algunos aspectos de la política alemana en relación con la migración irregular

Actualmente, dentro del debate público alemán sobre migración irregular, se pueden diferenciar tres posturas. La primera, sostenida por el Ministerio Federal del Interior y los Ministerios Estatales del Interior, es la del “control estatal” de la migración irregular, como una violación directa de las leyes migratorias y una amenaza a la seguridad y el orden público. Se argumenta que existe un vínculo entre el aumento de las tasas de crímenes a los que se enfrenta la sociedad como conjunto (una tendencia que es inevitablemente alimentada por las acciones de los traficantes de personas) y los migrantes irregulares.<sup>515</sup> Aún más, esta posición enfatiza los efectos negativos de la migración irregular sobre la sociedad, tales como la evasión de impuestos y las contribuciones a la seguridad social, lo cual pone mayor presión al gasto público y los presupuestos de los Estados.<sup>516</sup>

La segunda, apoyada por varios actores de la sociedad civil (iglesias, organizaciones de caridad, grupos de apoyo a refugiados), es la de los “derechos humanos”.<sup>517</sup> Esta postura enfatiza el respeto de los derechos humanos de los migrantes irregulares y el

---

<sup>514</sup> En este sentido hay que recordar lo señalado por los artículos 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales.

<sup>515</sup> Hanning, August, Begrüßung und Eröffnung, en Bundesnachrichtendienst, (ed.), *Illegale Migration, Konferenzband, Symposium am 28. Oktober 1999 in Pullach*, Bonn: Varus-Verlag, 2000, p. 11; Sonntag-Wolgast, Cornelia, Schlepperunwesen bekämpfen–Menschenschützen: Für einen differenzierten Umgang mit der Problematik ‘Illegale Migration’, en Bundesnachrichtendienst, 2000, *op.cit.*, p. 23-25.

<sup>516</sup> Welte, Hans-Peter, Illegaler Aufenthalt in Deutschland, en *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Vol. 22, No. 2, 2002, p. 55.

<sup>517</sup> En varios casos, el contacto entre el personal de las organizaciones sociales y los migrantes irregulares ha desencadenado e incrementado la conciencia sobre el tema, primero en iglesias y posteriormente en el público en general. Anderson, Philipp, *Dass Sie uns nicht vergessen ... Menschen in der Illegalität in München. Eine empirische Studie im Auftrag der Landeshauptstadt München*, München: Landeshauptstadt München, 2003, p. 9.

establecimiento de estándares mínimos de protección social para ellos. Señala que no se puede responsabilizar solamente a los migrantes irregulares de su situación, sino también a la demanda que existen por su trabajo. Argumenta que un orden legal consistente no puede ser alcanzado sólo a través de la legislación; y que siempre existen enfrentamientos entre los distintos intereses legales, haciendo inevitable en la práctica legal el tomar algunas decisiones discrecionales. En el área de la migración irregular esto sucede frecuentemente porque derechos humanos como la salud, la educación y la protección en contra de la explotación laboral están involucrados.<sup>518</sup> En consecuencia, es un deber del Estado encontrar un equilibrio entre las demandas del orden legal y el garantizar a los migrantes irregulares un trato justo.<sup>519</sup>

Y la tercera, adoptada por varias organizaciones de caridad, iglesias y sindicatos, es la postura intermedia, la cual señala que las políticas estatales de control deben ser complementadas con el aseguramiento de los derechos de los migrantes irregulares, su retorno voluntario y programas de regularización.<sup>520</sup>

Cabe señalar que a diferencia de otros países europeos en los que en las últimas dos décadas del siglo XX se pusieron en marcha programas de regularización para abordar el tema de la migración irregular, en Alemania se impusieron mayores restricciones en la ley de asilo y los programas de reunificación familiar, pues se consideraba que estas dos áreas eran las principales fuentes de migración irregular.<sup>521</sup> En la década de los 90' la percepción sobre la migración irregular cambió: se consideró que la fuente principal de la migración irregular era la introducción de migrantes en Europa por organizaciones criminales de traficantes. Por ello, se tomaron medidas para compensar la abolición de las revisiones en las fronteras internas de la Unión Europea, prevista en el Tratado Schengen de 1990.<sup>522</sup>

En la primera década del siglo XXI el debate público sobre la migración irregular cambió por completo después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. Se puso énfasis en la seguridad y la prevención del crimen, y hubo una tendencia a ligar los asuntos de terrorismo con la migración irregular. Como consecuencia, las medidas para combatir el terrorismo fueron complementadas con medidas en contra de los migrantes irregulares y los

---

<sup>518</sup> Cyrus, Norbert, *Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland: Sozialstrukturbildung-Wechselwirkungen-Politische Optionen. Bericht für den Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration*, Oldenburg: Universität Oldenburg, 2004, p. 39 y ss. Disponible en: [www.bafl.de/template/zuwanderungsrat/expertisen\\_2004/expertise\\_cyrus.pdf](http://www.bafl.de/template/zuwanderungsrat/expertisen_2004/expertise_cyrus.pdf)

<sup>519</sup> Deutsche Bischofskonferenz, *Leben in der Illegalität in Deutschland– eine humanitäre und pastorale Herausforderung*, Die Deutschen Bischöfe– Kommission für Migrationsfragen 25, Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Bonn, 2001, p. 41. Disponible en: [http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/veroeffentlichungen/kommissionen/KO\\_25.pdf](http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/veroeffentlichungen/kommissionen/KO_25.pdf).

<sup>520</sup> Kluth, Winfried, The legal situation of irregular migrants in Germany and their access to social rights, en Council of Europe, *Policies on irregular migrants: Volume I – Italy and Germany*, Strasbourg: COE Publishing, 2008, p. 78.

<sup>521</sup> Sieveking, Klaus, Staatliche Reaktionen auf Illegalität in Deutschland, en Eichenhofer, Eberhard, *Migration und Illegalität*, Osnabrück: IMIS-Schriften, 1999, p. 93.

<sup>522</sup> Bade, Klaus J., Die 'Festung Europa' und die illegale Migration, en Bade, K. J., (ed.), *Integration und Illegalität in Deutschland*, Osnabrück: IMIS, 2001, p. 66; Unabhängige Kommission Zuwanderung, *Zuwanderung gestalten – Integration fördern*, p. 196-198, disponible en: [http://www.bmi.bund.de/nn\\_174266/Internet/Content/Broschueren/2001/Zuwanderung\\_gestalten\\_-\\_Integration\\_\\_Id\\_\\_48169\\_\\_de.html](http://www.bmi.bund.de/nn_174266/Internet/Content/Broschueren/2001/Zuwanderung_gestalten_-_Integration__Id__48169__de.html).

traficantes de personas.<sup>523</sup> La legislación antiterrorista aprobada después de los eventos de 2001 endureció diversas reglas concernientes a la residencia de extranjeros y el derecho de asilo.<sup>524</sup> Por ejemplo, las embajadas alemanas adquirieron facultades para iniciar procedimientos de revisión de antecedentes de los solicitantes de visa. Se extendió el alcance de los datos personales almacenados en el Registro Central de Nacionales Extranjeros. Y se actualizó el registro de visas con el fin de que no sólo se guarden los datos de las visas aprobadas, sino también de las denegadas. Estas políticas también estuvieron encaminadas a acelerar las revisiones en las fronteras y de la policía dentro de Alemania. Asimismo, se dotó de mayores poderes a las autoridades para intercambiar datos personales.<sup>525</sup>

Alemania ha endurecido su legislación migratoria y penal con el fin de abordar la migración irregular y el tráfico de personas. Por ejemplo, los extranjeros se encuentran obligados a portar la documentación que pruebe su estancia legal en el país en todo momento.<sup>526</sup> La policía lleva a cabo revisiones de identidad sin ninguna causa en específico y prácticamente cada vez que un migrante entra en contacto con las autoridades su estatus migratorio es revisado. Además, existen sistemas de verificación de datos biométricos.<sup>527</sup> Y, con el fin de implementar el Reglamento (CE) No. 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000, relativo a la creación del sistema “Eurodac”,<sup>528</sup> para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, el Derecho de Extranjería ha sido enmendado para asegurar que sean registradas las 10 huellas digitales de todos los extranjeros que sean arrestados tratando de cruzar las fronteras de forma irregular o que residan de forma irregular en Alemania.<sup>529</sup> De hecho, la legislación ha tratado de asegurarse de no dar incentivos para que la migración irregular se cree, como sería el caso de permitir una regularización masiva de migrantes irregulares; si bien existen ciertos mecanismos que pueden dar lugar a regularizar el estatus de los migrantes

<sup>523</sup> Kluth, Winfried, *op.cit.*, nota 520, p. 78.

<sup>524</sup> Schmahl, Stefanie, *Internationaler Terrorismus aus der Sicht des deutschen Ausländerrechts*, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Vol. 24, No. 7, 2004, p. 217-225.

<sup>525</sup> Kluth, Winfried, *op.cit.*, nota 520, p. 80.

<sup>526</sup> Sección 48 de la Ley de Residencia alemana (*Aufenthaltsgesetz*), aprobada el 25 de febrero de 2008 y enmendada por el artículo 4.5 de la Ley del 30 de julio de 2009.

<sup>527</sup> Secciones 49, 49a y 49b de la *Aufenthaltsgesetz*.

<sup>528</sup> El sistema “Eurodac” permite a los países de la Unión Europea (UE) ayudar a identificar a los solicitantes de asilo y a las personas interceptadas en relación con el cruce irregular de las fronteras exteriores de la Unión. Comparando sus huellas, los países de la UE pueden comprobar si un solicitante de asilo o un extranjero presente ilegalmente en su territorio ya ha solicitado asilo en otro país de la UE, o si un solicitante de asilo ha entrado irregularmente en el territorio de la Unión. Se compone de una unidad central gestionada por la Comisión Europea, de una base central informatizada de datos dactiloscópicos, y de medios electrónicos de transmisión entre los países de la UE y la base de datos central. En lo referente a los extranjeros interceptados en relación con el cruce irregular de una frontera exterior, los datos se conservan dos años a partir de la fecha de toma de las huellas. Para los extranjeros presentes irregularmente en un país de la Unión Europea, Eurodac sólo permite la comparación de sus huellas con las contenidas en la base de datos central para comprobar si la persona no ha solicitado asilo en otro país de la UE. Una vez transmitidas para la comparación, Eurodac deja de conservar estas huellas. Véase el (CE) No. 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000.

<sup>529</sup> De acuerdo con el artículo 11, el tomar las huellas digitales en caso de residencia o estancia irregular no es obligatorio. Eurodac fue puesto en marcha el 15 de enero de 2003.

irregulares, tales como el obtener un certificado de tolerancia, o un permiso de residencia temporal por razones humanitarias o por ser un trabajador calificado.<sup>530</sup>

El sistema alemán de control de la migración incluye controles externos (por ejemplo, el requerimiento de visas y controles fronterizos), y controles internos en la forma de permisos de residencia y trabajo, y restricción de los beneficios sociales. Esto es complementado por mecanismos de control que funcionan a través del intercambio de datos, e inspecciones en los lugares de trabajo. En lo relativo a los controles fronterizos, la tecnología ha sido gradualmente mejorada y más personal ha sido asignado. Las policías federal y estatal son las encargadas de llevar a cabo los controles que incluyen las revisiones de identidad y el estatus de residencia. Además, ha aumentado la conexión entre las autoridades que lidian con los migrantes irregulares: la Policía Federal (*Bundespolizei*), la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*), la Oficina Federal de Migración y Refugiados (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*), el Departamento para el Control Financiero del Empleo Ilegal, y las policías de los Estados.<sup>531</sup>

### **7.10.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Alemania**

En Alemania existen tres grupos de migrantes irregulares:

1. Los extranjeros a los que se ha otorgado una suspensión de su deportación o certificado de “tolerancia”: a pesar de que tienen la obligación legal de abandonar el país, su expulsión o deportación no puede ser llevada a cabo por razones legales o de hecho. Como los certificados de tolerancia sólo suspenden el procedimiento de deportación, no constituyen un título de residencia legal; legalmente el extranjero continúa obligado a abandonar el país (sección 60.a de la Ley de Residencia alemana-*Aufenthaltsgesetz*).
2. Los extranjeros sin un permiso de residencia que han sido registrados en el Registro Central de Nacionales Extranjeros (es decir las autoridades saben de su presencia irregular), pero a los que no se les ha otorgado un certificado de tolerancia.
3. Y los extranjeros a los que no se les ha otorgado ni un permiso de residencia ni un certificado de tolerancia, y que no se encuentran registrados en el Registro Central de Nacionales Extranjeros. Es decir, las autoridades ignoran su presencia.

### **7.10.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Alemania desde el año 2000**

#### **7.10.3.1 Derecho Migratorio**

La Ley de Residencia alemana (*Aufenthaltsgesetz*) fue aprobada el 25 de febrero de 2008 y fue enmendada por el artículo 4.5 de la Ley del 30 de julio de 2009. Esta ley marcó una

---

<sup>530</sup> Véase la sección 7.10.3.1, *infra*.

<sup>531</sup> Kluth, Winfried, *op.cit.*, nota 520, p. 87 y ss.

nueva era en la regulación migratoria alemana y sirvió para incorporar diversas directivas europeas.<sup>532</sup>

**Requisitos de entrada.** Bajo esta ley, los extranjeros sólo tienen derecho de entrar o residir en Alemania si poseen un pasaporte válido u otro documento comparable, a menos que se les haya exceptuado de presentarlo, de acuerdo con un decreto-ley (sección 3.1). Además, deben contar con un título de residencia legal para entrar o residir en Alemania, salvo que otras disposiciones sean aplicables por el Derecho Comunitario o por decreto-ley, o si se han otorgado derechos de residencia de conformidad con el Acuerdo de Asociación de 1963 entre la Comunidad Económica Europea y Turquía. Los títulos de residencia pueden ser otorgados en la forma de visa o permiso de residencia o establecimiento (sección 4.1).

**Entrada y permanencia irregular.** Si un extranjero entra en el territorio alemán sin la documentación requerida, su entrada se considera “ilegal” (sección 14.1). Si deja de tener un permiso válido de entrada o residencia, se termina su residencia legal (sección 50), y tiene la obligación legal de abandonar al país inmediatamente o dentro del plazo señalado. En caso contrario su permanencia en el territorio alemán se convierte en ilegal (sección 50, párrafos 1 y 2).

**Prohibición de la entrada y/o permanencia.** La sección 11<sup>533</sup> señala que tienen prohibida la entrada o permanencia en el territorio alemán: 1) los extranjeros que han sido expulsados, removidos o deportados. Además, no se les otorgará permiso de residencia alguno, incluso si cumplen con los requerimientos para ello. Esta prohibición está sujeta a tiempos determinados, pero será indefinida si se trata de un extranjero que fue deportado por cometer crímenes de guerra, contra la humanidad, la paz, o por ser terrorista (sección 58.a).

**Expulsión.** La sección 55 señala que se podrá expulsar discrecionalmente a los migrantes que hayan dado información incompleta o falsa para obtener un permiso de residencia, o conseguir la suspensión de su deportación o un empleo (en este último caso si se le advirtió de las consecuencias legales de ello). Existen ciertos casos en los que un extranjero tiene una protección especial en contra de una orden de expulsión, entre los que se encuentra cohabitar con una pareja o dependiente alemán, siempre que la unión esté debidamente registrada. En dicho caso, sólo podrá ser expulsado por delitos graves que amenacen el orden y la seguridad públicos (sección 56).

**Remoción.** Un extranjero que ha entrado de forma irregular en el territorio alemán deberá ser removido dentro de los seis meses siguientes a su entrada. Esto sólo será permisible si otro país está obligado a admitirlo bajo los términos de un acuerdo intergubernamental de admisión. Si el extranjero es devuelto a Alemania por el país al que fue enviado, deberá ser removido a otro país en el que se le permita entrar, a menos que la obligación de dejar el territorio alemán aún no esté en vigor (sección 57).

---

<sup>532</sup> Directivas del Consejo Europeo: 2001/40/EC de 28 de mayo de 2001; 2001/51/EC de 28 de junio de 2001; 2001/55/EC de 20 de julio de 2001; 2002/90/EC de 28 de noviembre de 2002; 2003/86/EC de 22 de septiembre de 2003; 2003/110/EC de 25 de noviembre 2003; 2003/109/EC de 25 de noviembre 2003; 2004/81/EC de 29 de abril de 2004; 2004/83/EC de 29 de abril de 2004; 2004/114/EC de 13 de diciembre de 2004; 2005/71/EC de 12 de octubre de 2005.

<sup>533</sup> Véase también la sección 15.



**Deportación.** La sección 58 establece que un extranjero será deportado si: a) ha entrado de forma irregular en el territorio alemán; b) no ha renovado su permiso de residencia; y c) se encuentra obligado a partir en virtud del mandato de otro Estado miembro de la Unión Europea. Para que se lleve a cabo la deportación, el requerimiento de abandonar el territorio alemán debe ser ejecutable y el cumplimiento voluntario de la obligación de irse no debe ser seguro, por lo que se convierte en necesaria la supervisión de su partida por razones de orden público y seguridad, por ejemplo por no haber abandonado el territorio alemán después del vencimiento del período de partida, no contar con pasaporte, negarse a abandonar el país o dar información incorrecta a las autoridades con el fin de engañarlas. Después de que se comunica al extranjero que existe una orden de deportación en su contra, la sección 58a.4 señala que se le debe informar que tiene derecho de establecer contacto con un abogado de su preferencia, de las consecuencias legales de la orden de deportación y de los recursos disponibles, entre ellos la “ayuda temporal”.

Los extranjeros que hayan entrado de forma irregular sin haber solicitado asilo no pueden ser puestos en custodia antes de su deportación y ser deportados o expulsados directamente. Deben ser asignados a un Estado alemán (*Länder*) antes de que se tome la decisión de la suspensión de su deportación o de la expedición del permiso de residencia. No tienen derecho de ser asignados a un Estado o localidad específicos, pero si el migrante irregular tiene familia en una localidad específica será tomado en consideración (sección 15a).

Después de haber sido asignados a un Estado alemán, el extranjero sujeto a una orden de deportación será puesto en custodia si: a) la orden de deportación no puede ser ejecutada inmediatamente; b) entró en el territorio alemán de forma irregular; c) el período para la partida ha expirado y el extranjero ha cambiado de domicilio sin notificarlo a las autoridades migratorias; d) no ha acudido al lugar y la fecha señalados para realizar su deportación; e) si ha evadido su deportación por cualquier medio; f) o existe sospecha de que la evadirá. Para poner en custodia a un extranjero, tendrá que mediar una orden judicial y la custodia será por un máximo de seis semanas. Sin embargo, la custodia no será permisible si se establece que la deportación no podrá llevarse a cabo dentro de los próximos tres meses, sin que sea culpa del extranjero (sección 62).

La sección 62.3 permite que la detención de un extranjero previa a su deportación se lleve a cabo hasta por 6 meses, pero en casos en los que el extranjero contribuye a que su deportación no se lleve a cabo esta detención se podrá extender hasta 12 meses. El período que el extranjero estuvo en custodia cuenta para el cómputo de este plazo. Por otro lado, la autoridad responsable de la detención del extranjero podrá detenerlo y ponerlo en custodia temporal, sin que medie una orden judicial previa, si existe riesgo de fuga y no se puede obtener la orden judicial de antemano, pero será puesto a disposición de las autoridades judiciales en el acto para que se pronuncien sobre su orden de detención previa a la deportación.

Los costos que se generen por la deportación, remoción, o denegación de entrada serán cubiertos por el extranjero en cuestión, además de los transportistas y empleadores, en su caso (sección 66).

**Sanciones.** Las sanciones por la entrada, residencia o empleo irregulares se encuentran establecidas en la sección 95, la cual señala que se castigará con prisión de uno a tres años o multa por: la estancia en territorio alemán sin contar con pasaporte (o un documento de viaje comparable) o permiso de residencia válido; la entrada irregular en territorio alemán; la entrada o residencia en Alemania a pesar de tener prohibida la entrada por haber sido expulsado, removido o deportado; así como el uso de documentos falsos con el fin de obtener un permiso de residencia u obtener la suspensión de una orden de deportación. Las sanciones por el empleo de trabajadores irregulares se encuentran establecidas en la sección 404 de la Ley de Promoción del Empleo (Tercer Libro del Código Social - *Sozialgesetzbuch III*), de 24 de marzo de 1997, y en las secciones 10 y 11 de la Ley para Intensificar la Lucha Contra el Empleo Ilegal y la Evasión Fiscal Relacionada de 23 de julio de 2004 (*Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz*), y consisten en la imposición de una multa que va de los 1.500 a los 25.000 euros.

El tráfico de personas es sancionado en las secciones 96 y 97. La sección 96 sanciona el tráfico de migrantes y el uso de armas de fuego, trato inhumano y otras acciones que degraden a los migrantes o dañen su salud. Esta disposición señala que en caso de cometer este delito, será aplicable la sección 73d del Código Penal alemán, a través de la cual se implementó el artículo 6.3<sup>534</sup> del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, adicional a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. La sanción por este delito es castigada con multa o hasta con cinco años de prisión (sección 96.1). La sección 97 sanciona con penas de prisión de 3 a 10 años en caso de que el migrante haya muerto en el proceso. También sanciona el tráfico de migrantes por organizaciones criminales. Este delito es castigado con multa o prisión de 6 meses a 10 años (sección 96.2).

Estas disposiciones obedecieron a la implementación de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, así como a la decisión acompañante 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. El Código Penal alemán ahora excede las disposiciones europeas en este respecto, al establecer sanciones en casos de tráfico de personas en los que los “traficantes” no obtienen beneficios económicos, por ejemplo en el caso de una persona que ayuda a un familiar a entrar en Alemania.<sup>535</sup>

La sección 98 establece el monto de las multas por infracciones relativas a la migración irregular. El empleo de trabajadores irregulares se castiga con una multa de hasta 500,000

---

<sup>534</sup> El artículo 6.3 del Protocolo señala: “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que: a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación”.

<sup>535</sup> Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration, *Migration und Integration. Erfahrungen nutzen, Neues wagen. Jahresgutachten 2004*, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Nürnberg, 2004, p. 362.

euros. El empleo irregular y el no presentar un pasaporte válido en los puertos de entrada se sanciona con multa de hasta 5,000 euros. La entrada y residencia irregulares, no presentar la documentación que pruebe su estancia legal en el país cuando sea requerido, y entrar o salir del territorio por un puerto no autorizado para ello y/o no llevar consigo su pasaporte, se castigan con multa de hasta 3,000 euros. Otras infracciones administrativas se castigan con multa de 1,000 euros.

Los transportistas están obligados a transportar al territorio alemán solamente a los extranjeros que cuenten con la documentación adecuada para su entrada. En caso contrario deben pagar una multa que va de los 1,000 hasta los 5,000 euros por cada persona que no cuente con la documentación apropiada (sección 63). Además, tendrán la obligación de transportarlo de regreso al lugar donde inició el viaje o se haya emitido su documentación de viaje (sección 64). Además, cabe señalar que los operadores de los aeropuertos comerciales están obligados a proveer alojamiento en sus instalaciones para los extranjeros que no sean admitidos por no contar con la documentación apropiada para su ingreso en Alemania, hasta que la policía fronteriza se pronuncie sobre su admisión (sección 65).

***Permiso especial de residencia por causas humanitarias.*** En la sección 25.4 está regulado este permiso de residencia limitada por razones humanitarias urgentes o personales en casos donde existe un interés público considerable. De hecho, la sección 23.a regula la posibilidad que los gobiernos de los Estados creen Comisiones de Penalidades, las cuales en casos de sufrimiento severo pueden hacer una recomendación a los gobiernos de los Estados para que emitan un permiso de residencia, siempre que todas las demás opciones legales hayan sido agotadas. No obstante, las autoridades de los Estados no están obligadas por esa recomendación porque el otorgar un permiso de residencia en estos casos es una decisión discrecional que legalmente constituye una suspensión de una orden de deportación. El extranjero no puede, por tanto, solicitar directamente dicho permiso a las autoridades del Estado donde se encuentre o apelar la decisión final del otorgamiento. Los extranjeros que han cometido delitos graves y aquéllos que están sujetos a una orden de expulsión por ello o deportación por terrorismo (sección 58a), o por haber usado documentación falsa para obtener un permiso de residencia, quedan excluidos de la posibilidad de obtener este permiso. Lo mismo aplica para aquéllos que han entrado o residido irregularmente, si bien estas infracciones no están consideradas como delitos graves.<sup>536</sup>

***Permiso de residencia para empleo para extranjeros calificados cuya orden de deportación haya sido suspendida.*** Este permiso está regulado en la sección 18a y se otorga al extranjero que: 1) a. haya completado un curso de formación profesional en Alemania, b. tenido un empleo como trabajador calificado por dos años con un título de educación superior, c. o tenido un empleo por tres años como trabajador calificado, que requiera formación profesional y no haya usado recursos públicos para vivir él o sus dependientes en el año previo a la solicitud del permiso; 2) tenga a su disposición suficiente espacio para vivir; 3) tenga un conocimiento adecuado del alemán; 4) no haya engañado deliberadamente a las autoridades migratorias sobre su situación bajo la ley de residencia

---

<sup>536</sup> Al respecto, véase: Storr, Christian, *et al.*, *Kommentar zum Zuwanderungsgesetz – Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz / EU*, Stuttgart: Boorberg, 2005.

alemana; 5) no haya obstruido o retrasado deliberadamente las medidas oficiales puestas en marcha para terminar su residencia; 6) no tenga vínculos con organizaciones terroristas y no las apoye; y 7) no haya sido condenado por un delito cometido intencionadamente en Alemania.

**Certificado de tolerancia (*duldung*).** Este certificado se otorga a los migrantes irregulares a los que se les suspende su orden de deportación, pero no legaliza su situación migratoria, pues legalmente sólo constituye una suspensión temporal de su deportación, de acuerdo con la sección 60a. Un certificado de tolerancia puede ser emitido cuando existen obstáculos para deportar a un extranjero (por ejemplo, por enfermedad, embarazo, herida). Sin embargo, su residencia y empleo continúan estando inseguros porque su estatus en Alemania sigue siendo irregular y sólo se encuentra exceptuado temporalmente de sanciones. A mediano plazo, un certificado de tolerancia sólo puede ser convertido en un permiso de residencia si la suspensión de la deportación dura más de seis meses y si las autoridades han decidido otorgar un permiso de residencia temporal a los extranjeros que pertenecen a cierto grupo (sección 23.1). Por otro lado, si después de seis meses aún persisten obstáculos para llevar a cabo la deportación, es posible que se conceda a un migrante irregular un permiso de residencia temporal por razones humanitarias, después de que los procedimientos de deportación han sido suspendidos por un total de 18 meses (sección 25.5). Sin embargo, si el extranjero es culpable de que no se haya podido llevar a cabo la deportación (por ejemplo que haya destruido su documentación), no puede acceder a esta posibilidad.

### 7.10.3.2 Derechos sociales

En cuanto a derechos sociales se refiere, existen controles internos destinados a interceptar a los migrantes irregulares cuando solicitan algún tipo de servicio. Por ejemplo, la sección 87 de la *Aufenthaltsgesetz* establece a todos los miembros de la Administración Pública el requisito de transmitir a las autoridades migratorias cualquier información sobre los migrantes irregulares con los que tengan contacto en el ejercicio de sus deberes, por ejemplo en escuelas, hospitales. De hecho, de acuerdo con la sección 96, en algunos casos el prestar ayuda a los migrantes irregulares puede ser considerado un delito. Por ello, en Alemania el acceso de los migrantes irregulares a sus derechos sociales básicos es muy complicado.

**Derecho a vivienda/alojamiento.** Los migrantes irregulares no tienen derecho de recibir ayuda para vivienda y tampoco pueden ser hospedados en albergues públicos. Por otro lado, no es legal que una persona arriende una vivienda a un migrante irregular, puesto que tiene la obligación de registrar a sus arrendatarios ante su municipio. No obstante, en la práctica esto es frecuentemente ignorado y se rentan viviendas a migrantes irregulares.<sup>537</sup>

**Derecho a la salud.** En teoría, los migrantes irregulares tienen acceso al servicio médico en caso de emergencia, embarazo y parto, de acuerdo con la Ley de Asistencia a los Solicitantes de Asilo-*Asylbewerberleistungsgesetz* (secciones 4, 1, párrafos 5 y 6) y, en

---

<sup>537</sup> Más información en PICUM: *Basic Social Rights – Germany*. Disponible en: <http://www.picum.org/nl/node/379>.

casos donde esto no sea aplicable, la Ley Federal de Asistencia Social-*Bundessozialhilfegesetz* (sección 120.1). Estas leyes establecen que los extranjeros residentes en Alemania, sin hacer referencia a su estatus migratorio, deben recibir asistencia médica en los supuestos señalados.

Sin embargo, en la práctica este deber es muy difícil de cumplir porque, de acuerdo con la sección 87 de la *Aufenthaltsgesetz*, todos los miembros de la Administración Pública tienen la obligación de reportar a las autoridades migratorias cualquier información que obtengan de un extranjero en situación irregular durante el cumplimiento de sus deberes. Como la ley señala que la información de los migrantes debe ser obtenida de este modo y los médicos no deben investigar como parte de sus deberes el estatus migratorio de sus pacientes, los médicos no tienen la obligación de denunciar a los migrantes irregulares. Sin embargo, la Oficina de Seguridad Social (*Sozialämter*) sí tiene la obligación de reportarlos porque es parte de sus deberes establecer el estatus de residencia de sus asegurados. Por ello, aunque los migrantes irregulares tienen el derecho de recibir atención médica en caso de emergencia, embarazo y parto, muy pocos se arriesgan a entrar en un hospital para ser atendidos, aún en caso de lesiones severas.<sup>538</sup>

El tratamiento médico es muy costoso para los migrantes irregulares porque tienen que pagar en efectivo o necesitan comprar un seguro médico privado. Si la administración del hospital teme que el costo del tratamiento no será pagado por el paciente, reporta dicha situación a la Oficina de la Seguridad Social y ésta, a su vez, a las autoridades migratorias. Por ello, los migrantes irregulares tienen que desarrollar sus propias estrategias para recibir atención médica. Algunos regresan a sus países, otros piden prestadas tarjetas médicas de otras personas como familiares o amigos para recibir la atención. La mayoría, sin embargo, recibe ayuda de redes sociales –como iglesias o activistas- que organizan asistencia médica para ellos gratis o a bajo costo.<sup>539</sup>

**Derechos laborales.** Los empleadores están obligados a pagar salarios a todos los trabajadores por el trabajo realizado, independientemente de su estatus migratorio, de acuerdo con la sección 611 del Código Civil alemán (*Bundesgesetzblatt*). La falta de un permiso de residencia no invalida el contrato de trabajo, según dispone la sección 134 del Código Civil. Si un trabajador irregular tiene un accidente de trabajo no puede recibir compensación alguna por parte de la Seguridad Social. Sin embargo, en 2003 hubo un caso de una trabajadora irregular polaca que sufrió un accidente de trabajo y fue despedida por ello. Denunció la situación ante las autoridades laborales y le fue otorgada una pequeña pensión por su sindicato. Por otro lado, no existe ninguna disposición que excluya a los trabajadores irregulares del derecho de denunciar a su empleador ante de los tribunales de trabajo. Sin embargo, a pesar de que los tribunales laborales no tienen la obligación de investigar el estatus migratorio de las personas, sí tienen la obligación de informar a las autoridades migratorias cualquier información que tengan sobre los migrantes irregulares. La distinción entre la obligación de informar y la de investigar es una laguna legal que

---

<sup>538</sup> *Ídem.*

<sup>539</sup> Una de estas redes sociales es *Malteser Migranten Medizin of the Malteser Hilfsdienst e.V.*, la cual tiene presencia en Berlín y en Colonia. *Malteser Hilfsdienst e.V., Erfahrungsbericht nach 3 Jahren Malteser Migranten Medizin*, Berlin, 2004.

permite a los trabajadores irregulares presentar quejas o denuncias en contra de sus empleadores.<sup>540</sup> Finalmente, cabe señalar que los trabajadores migrantes irregulares tienen derecho de afiliarse a un sindicato para proteger sus intereses, en virtud de que Alemania es parte de los convenios de la OIT que protegen este derecho a todas las personas.<sup>541</sup>

**Derecho a la educación.** En Alemania las leyes federales no regulan lo relativo a la educación;<sup>542</sup> es competencia de los Estados (*Länder*) legislar sobre ello, por lo que cada uno tiene su propia política en lo relativo al otorgamiento de educación a los migrantes irregulares. Por ejemplo, en Berlín los hijos de migrantes irregulares pueden asistir a la escuela hasta los 16 años. Lo mismo aplica para Brandenburgo, cuya Constitución señala que todos los niños tienen derecho de asistir a la escuela hasta los 16 años (arts. 29.1 y 30.1). Sin embargo, hay que recordar la obligación de las autoridades de reportar a las autoridades migratorias las irregularidades en el estatus de sus estudiantes o sus padres. De hecho, antes de que un migrante pueda enviar a sus hijos a una escuela pública, el Departamento Escolar de la localidad de que se trate tiene que revisar su solicitud y, posteriormente, auxiliarlo en todo el proceso y revisar su estatus migratorio. En la práctica en algunas escuelas se acepta a los hijos de migrantes irregulares, en otras no. Una de las principales razones que aducen las escuelas que no aceptan a estos niños –además de la obvia de tener que informar a las autoridades migratorias y ser responsable de acuerdo con las secciones 92 y 93a de la *Aufenthaltsgesetz*–, es que si estos niños sufren un accidente en la escuela no pueden ser cubiertos por el seguro escolar que cubre a los demás niños y, en consecuencia, pueden ser hechos responsables de los accidentes que les sucedan.<sup>543</sup>

**Derecho de subsistencia mínima.** Los migrantes irregulares no tienen ningún derecho de recibir asistencia social.

**Derecho a la vida familiar.** En teoría todas las personas tienen derecho de casarse o cohabitar legalmente. De hecho, el artículo 6.1 de la Constitución Alemana otorga una protección especial a la familia y el matrimonio. Sin embargo, por la obligación establecida en la sección 87 de la *Aufenthaltsgesetz*, ha habido casos en los que los migrantes irregulares son arrestados antes de que se consuma el matrimonio.

**Derecho a la asistencia legal.** No hay ninguna disposición legal que prevea apoyo jurídico a los migrantes irregulares.

## 7.11 Italia

### 7.11.1 Algunos aspectos de la política italiana en relación con la migración irregular

En Italia la migración se enmarca dentro de cuestiones de seguridad y orden público. Se presenta a los migrantes como una población potencialmente peligrosa que necesita estar bajo vigilancia. Se tolera la migración siempre que responda a las necesidades del mercado

---

<sup>540</sup> PICUM: *Basic Social Rights – Germany, op.cit.*, nota 537.

<sup>541</sup> Más información en: <http://www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm>

<sup>542</sup> Así lo dispone el artículo 7.1 de la Constitución Alemana.

<sup>543</sup> PICUM: *Basic Social Rights – Germany, op.cit.*, nota 537.

de trabajo, en particular a las necesidades de las familias italianas de trabajadores domésticos que cuiden de sus hogares, niños y adultos mayores. No obstante, la política migratoria es muy restrictiva y sólo hay débiles esfuerzos para integrar a la población migrante a la sociedad italiana.<sup>544</sup>

Este enfoque de la migración ha legitimado –en aras de la “seguridad nacional”– que proliferen los controles y las revisiones a expensas de los migrantes, sin que se hayan adoptado medidas para abordar la expansión de la economía informal, la cual emplea a la mayor parte de los migrantes. Esta política ha sido reforzada a partir de 2009: ha habido un despliegue policiaco importante con el fin de detectar migrantes irregulares en las grandes ciudades y en los barrios conflictivos; se ha disminuido el presupuesto para la integración de los migrantes para aumentar el de la “lucha” contra la migración irregular; y se han firmado acuerdos con Libia para reprimir a los migrantes y refugiados que llegan a Italia por mar, los cuales son siempre –y sin distinción– definidos como “ilegales”. De este modo, ha habido una clara intensificación del endurecimiento de la política migratoria con el fin de reprimir la migración irregular.<sup>545</sup>

Las regularizaciones han jugado un papel muy importante en la política italiana de control de la migración irregular. Se estima que 2/3 de la población migrante en Italia pasó del estatus irregular al regular gracias a alguna de las regularizaciones que han tenido lugar de 1986 a 2009.<sup>546</sup> De hecho, es generalmente reconocido que la política migratoria italiana de control de la migración irregular de las dos últimas décadas ha producido e institucionalizado la “ilegalidad”. El acudir recurrentemente a las legalizaciones para controlar la migración irregular no ha solucionado el problema sino que, por el contrario, ha atraído a nuevos migrantes irregulares.<sup>547</sup> Por ejemplo, la Ley 943/86, una de las primeras leyes migratorias, permitió recurrir a las amnistías con el fin de regularizar a las personas que estuvieran en situación irregular con anterioridad a la aprobación de la ley, toda vez que hasta antes de esta legislación en Italia no había una ley que regulara la entrada y residencia de extranjeros.<sup>548</sup>

---

<sup>544</sup> Al respecto, véase: Zincone, G., *Familismo legale. Come (non) diventare Italiani*, Roma-Bari: Laterza, 2006.

<sup>545</sup> Finotelli, C., Sciortino G., The Importance of Being Southern: The Making of Policies of Immigration Control in Italy, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 11, 2009, p. 127; Fondazione Ismu, *Diciassettesimo rapporto sulle migrazioni 2011*, Milano: Franco Angeli, 2011.

<sup>546</sup> Zanfrini, Laura, *Policies on irregular migrants - Volume I: Italy and Germany*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2008, p. 30.

<sup>547</sup> Abella, M. I., Migration and Employment of Undocumented Workers: Do Sanctions and Amnesties Work?, en Çinar, D., Gächter, A., Waldrauch, H., (eds.), *Irregular Migration: Dynamics, Impact, Policy Options*, *Eurosocial Report No. 67*, Vienna: European Centre, 2000, p. 205-215; Palidda, S., L’immigration irrégulière en Italie, artículo presentado en la reunión “*Working Party on Migration, June 1996*”, París: OECD, 1996; Palidda, S., Les migrations clandestines en Italie, artículo presentado en el Seminario sobre “*Preventing and combating the employment of foreigners in an irregular situation, 22-23 April 1999*”, The Hague: OECD-Dutch Authorities, 1999.

<sup>548</sup> Cillo, R., Italy. Country Report, en Perocco, Fabio, (ed.), *EU Sixth Framework Programme project “Undocumented Worker Transitions”*, Venice: University of Venice Ca’ Foscari, Laboratorio di Formazione e Ricerca sull’Immigrazione, 2007.

Otro elemento fundamental en la producción institucionalizada de la ilegalidad, que ha contribuido a echar mano sistemáticamente del recurso de las amnistías, es el regular los movimientos migratorios a través de decretos que señalan el número máximo de trabajadores a contratar por año. Estos decretos fueron introducidos por primera vez en 1990 por la Ley 39/90 (Martinelli), la cual dejó la responsabilidad de realizar todos los trámites burocráticos para la admisión de los trabajadores migrantes en manos de los empleadores, dejando a los trabajadores migrantes en una posición de total subordinación respecto a los empleadores. Aún más, por varios años estos decretos sólo autorizaron la entrada de pocos trabajadores migrantes y en unos ni siquiera se autorizó su entrada, orillándolos a entrar de forma irregular al país o, más frecuentemente, a sobrepasar el tiempo permitido en sus permisos de entrada.<sup>549</sup>

La política migratoria italiana ha estado marcada por siete regularizaciones: 1982, 1986-88, 1990, 1995-96, 1998, 2002 y 2009, cada una promovida con la intención de ser la última, y que han envuelto la regularización de más de 1.5 millones de personas. Por ello, como Cillo afirma, es claro que la política migratoria italiana desde sus inicios ha combinado la inmersión estructural de los trabajadores irregulares en la economía informal, dadas las restricciones de las cuotas de entrada, con su emersión periódica a través del recurso de las amnistías.<sup>550</sup>

Desde el año 2000 han tenido lugar dos regularizaciones. La regularización de 2002, prevista en el Decreto-Ley No. 195, de 9 septiembre 2002, la cual fue una “herramienta de legalización basada en las relaciones de trabajo existentes”.<sup>551</sup> Previó dos tipos de procedimientos de legalización: 1) la de los trabajadores domésticos (art. 33); y 2) la de los dependientes de todos los trabajadores empleados en determinados sectores productivos señalados en el Decreto-Ley No. 195, de 9 de septiembre de 2002. La amnistía estuvo vigente por dos meses, del 11 de septiembre al 11 de noviembre de 2002. Se recibieron 702,156 solicitudes, de las cuales unas 605,000 fueron aprobadas.<sup>552</sup> En 2009 tuvo lugar otra regularización con el fin de legalizar la situación migratoria de los trabajadores migrantes domésticos. Esta regularización estuvo prevista en la Ley No. 102, de 3 de agosto de 2009. Sólo pudieron beneficiarse aquellos trabajadores que estuvieran empleados antes del 1 de abril de 2009. Los empleadores tenían que solicitar la regularización de sus trabajadores y pagar una suma de 500 euros por cada trabajador, con el fin de cubrir los costos de la seguridad social y ciertas contribuciones. Se permitió presentar las solicitudes de regularización hasta el 30 de septiembre de 2009.

Finalmente, cabe señalar que existe otro mecanismo para que los migrantes irregulares puedan legalizar su situación migratoria. La Ley No. 40, de 27 de marzo de 1998 (Ley Turco-Napolitano), permitió que las personas en situación irregular que fueran víctimas de

---

<sup>549</sup> *Ídem.*

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>551</sup> Zanfrini, L., *Italian Policy on Irregular Migrants in the Labour Market and the Shadow Economy, Report for the “Ad Hoc Meeting of CDMG Experts on Policies on Irregular Migrants”*, Strasbourg: Council of Europe, 2006, p. 9.

<sup>552</sup> European Migration Network, Italian National Contact Point, *Irregular Migration in Italy. Illegally resident Third Country Nationals in Italy: State approaches towards them and their profile and social situation*, Rome: IDOS-EMN National Contact Point, 2005.



trata de personas y las mujeres obligadas a ejercer la prostitución obtuvieran un permiso especial de residencia por razones de “protección social”. Desde la fecha de su aprobación esta disposición no ha sido modificada. Este permiso se otorga inicialmente por seis meses, pero puede ser renovado por motivos de estudio o si durante ese tiempo el extranjero consigue trabajo.<sup>553</sup>

### 7.11.2 Panorama general de los migrantes irregulares en Italia

En Italia, como en otros países europeos, es común que se considere que la mayor parte de migrantes irregulares entró en el país de forma clandestina, en particular a través del mar por las dificultades de patrullar las extensas costas italianas y porque importantes países de origen o tránsito se encuentran muy cerca (por ejemplo, Libia en el caso de Lampedusa y Sicilia, y Albania en el caso de Otranto, en la región de Apulia).<sup>554</sup> Sin embargo, en la realidad la mayoría de los migrantes irregulares ha entrado en Italia de forma regular con una visa de turismo o estudio, o con documentos falsos,<sup>555</sup> pero los medios de comunicación han contribuido a que se considere que la principal fuente de migrantes irregulares proviene de los botes repletos de albaneses y africanos que llegan a las costas italianas. De hecho, el paro casi total de las llegadas de libios a Lampedusa y Sicilia desde 2009 fue presentado hasta enero de 2011 como el fin de la migración irregular en Italia y como una importante victoria del gobierno en el cierre de las fronteras italianas a los migrantes irregulares. Cabe señalar que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados ha condenado enérgicamente los acuerdos entre los gobiernos de Italia y Libia para frenar la migración irregular de este último país a través de devoluciones en el mar, lo cual evita que potenciales solicitantes de asilo lo pidan y sean devueltos a un país inseguro como es Libia.<sup>556</sup>

Cabe señalar que el énfasis que el gobierno italiano ha puesto en las políticas de control de la migración irregular no ha estado aparejado con el aumento de la eficiencia de éstas. Por ejemplo, el Dossier Estadístico de Migración de Caritas 2010 reportó que en 2009 el número de repatriaciones disminuyó en un 20% (14,063) con respecto al año anterior (17,880). Además, se sigue echando mano de las amnistías, por ejemplo la de 2009 que estuvo dirigida a los migrantes irregulares domésticos y en la que hubo 295,000 solicitudes.<sup>557</sup>

### 7.11.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de Italia desde el año 2000

---

<sup>553</sup> Artículo 18 del Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros -Decreto Legislativo 286/1998.

<sup>554</sup> Fasano, F., *Country Report Italy. Country report prepared under the research project CLANDESTINO Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe, funded by the 6th Framework Programme for Research and Technological Development under Priority 7 'Citizens and Governance in a Knowledge-Based Society', Research DG*, Brussels: European Commission, 2009.

<sup>555</sup> Düvell, F., 'Irregular migration: a global historical and economic perspective', en Düvell, F., (ed.), *Illegal Immigration in Europe: Beyond Control*, Houndmills: Palgrave/Mac Millan, 2006, p. 14–39; Ruspini, P., Italy, en ICMPD, *REGINE. Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU*, Vienna: International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), 2009, p. 71.

<sup>556</sup> Boldrini, L., *Tutti indietro*, Milano: Rizzoli, 2010.

<sup>557</sup> Caritas-Migrantes, *Immigrazione. Dossier statistico 2010*, Roma: Idos, 2010.

### 7.11.3.1 Derecho Migratorio

La ley migratoria vigente en Italia sigue siendo el Decreto Legislativo No. 286, de 25 de julio de 1998, pero en su versión modificada y aumentada por las diversas regulaciones sobre la materia que han sido aprobadas desde dicha fecha.<sup>558</sup> Entre las más relevantes se encuentran: la Ley No. 189, de 30 de julio de 2002, sobre inmigración y asilo (Ley Bossi-Fini), la Ley no. 125, de 24 de julio de 2008, relativa a la conversión en ley, con enmiendas, del Decreto-Ley no. 92, de 23 mayo de 2008, sobre medidas urgentes en materia de seguridad pública; y la Ley no. 94, de 15 de julio 2009, sobre las disposiciones relativas a la seguridad pública.

El gobierno italiano de extrema derecha –en especial el de Silvio Berlusconi– ha redoblado sus esfuerzos para controlar la migración irregular en los últimos años, al hacer de la “lucha” contra la migración irregular uno de sus lemas preferidos de campaña. La Ley Bossi-Fini de 2002 estableció controles y sanciones más estrictos para controlar la migración irregular, y estrechó la relación entre la residencia y el trabajo, al requerir que los migrantes tengan estabilidad laboral (un contrato de trabajo de largo plazo) para poder renovar su permiso de residencia por un período de dos años. Esta disposición contrasta con la realidad del mercado de trabajo, el cual requiere trabajadores flexibles que acepten contratos de trabajo temporal, especialmente en sectores como la construcción, la agricultura, el turismo, los alimentos y la limpieza. En particular, en el sector doméstico los migrantes no pueden probar que han trabajado el número requerido de horas/días toda vez que este tipo de trabajo –en su mayoría– es informal, y en caso de que sea formal se reporta un nivel muy bajo de contribuciones sociales, en comparación con las horas/días que estas personas trabajan en realidad. Entonces, cuando es el momento de renovar el permiso de residencia los migrantes tienen que buscar a un empleador que quiera cumplir con los requerimientos de la ley. En caso contrario es altamente probable que pierdan su permiso de residencia.

La relación entre migración y seguridad fue un importante componente de la elección nacional de 2008, al punto que la restrictiva ley migratoria de 2002 (Ley No. 189, de 30 de julio - Ley Bossi-Fini), aprobada por el entonces gobierno de centro-derecha, fue reforzada por el llamado “paquete de seguridad” del Ministro del Interior, Roberto Maroni, a través de la aprobación de las Leyes No. 125, de 24 de julio de 2008, y No. 94, de 15 de julio de 2009. Estas leyes introdujeron: la estancia irregular como una circunstancia agravante en juicios seguidos a los migrantes por otros delitos; la tipificación de la presencia irregular como un delito y una multa de 5,000 a 10,000 euros por la entrada irregular en el territorio italiano; el requisito de que para obtener un permiso de residencia por contraer matrimonio con un residente en Italia el cónyuge debe haber residido de forma legal al menos dos años; la prohibición de todos los actos administrativos –incluido el matrimonio– para los migrantes irregulares; y la posibilidad de que asociaciones de ciudadanos (las llamadas patrullas ciudadanas/*ronde*) ejerzan funciones de seguridad en contra de los migrantes irregulares. Adicionalmente, se extendió el período de detención de los migrantes irregulares en los “centros de identificación y expulsión” a un máximo de seis meses.

---

<sup>558</sup> Véase la lista completa de estas regulaciones en: <http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2011/ottobre/sinottico-normativa-28.html>.

Algunas de estas medidas fueron anuladas posteriormente por la Corte Constitucional, incluidas las “patrullas ciudadanas”, la estancia irregular como una circunstancia agravante en juicios seguidos a los migrantes por otros delitos, y la obligación de abandonar el país de los migrantes irregulares aprehendidos aún cuando no tuvieran los medios económicos para pagar el viaje de regreso.<sup>559</sup>

De este modo, la ley migratoria vigente en Italia es el “Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (Decreto Legislativo 286/1998)”, formado por las legislaciones anteriormente mencionadas, del cual a continuación se señalan las disposiciones más relevantes en materia de migración irregular:

***Derechos de los extranjeros (art. 2).*** La Ley de Extranjería prevé en su artículo 2 los derechos de los extranjeros, en razón de su estatus migratorio. Los *derechos de todos los extranjeros son*: los derechos humanos fundamentales previstos por la legislación nacional, los convenios internacionales en vigor y los principios generalmente reconocidos de Derecho Internacional (art. 2.1); el derecho de que las comunicaciones relativas a la entrada, residencia y expulsión sean traducidos, aunque sea brevemente, en un lenguaje comprensible para el extranjero o, si esto no es posible, en francés, inglés o español, de acuerdo con la preferencia indicada por el individuo (art. 2.6); el derecho de ponerse en contacto con las autoridades del país de su nacionalidad y de ser informado de su representación diplomática o consular más cercana; en caso de que se hayan tomado medidas que afecten su libertad personal, el derecho de abandonar el territorio del Estado, de la hospitalización de emergencia, de que se protejan a los menores de edad en caso de fallecimiento del padre o tutor, entre otros (art. 2.7).

Los *derechos de los extranjeros que residen legalmente* son: los mismos derechos en materia civil atribuidos a un ciudadano italiano (art. 2.2); la igualdad de trato y la plena igualdad de derechos con respecto a los trabajadores italianos (art. 2.3), la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de conformidad con el Convenio No. 143 de la OIT, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (1975);<sup>560</sup> el derecho de participar en la vida pública local (art. 2.4); la igualdad de trato con respecto a la protección judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en las relaciones con la administración pública y en el acceso a los servicios públicos, en la extensión y forma prevista por la ley (art. 2.5).

***Entrada y residencia (art. 4).*** En términos generales, tienen derecho de entrar en el territorio italiano aquellos extranjeros que posean un pasaporte o documento análogo válido y un visado (art. 4.1). Además, deben demostrar que su documentación es adecuada para la finalidad y las condiciones de su estancia, que disponen de medios de subsistencia para la duración de la estancia y, a excepción de los permisos por motivos de trabajo, para su regreso a su país de origen (art. 4.3). En caso de que no cumplan con los requisitos anteriores, las autoridades les negarán la entrada (art. 10.1).

---

<sup>559</sup> Rinaldi, Manuela, *Il reato di immigrazione clandestina*, Altalex: E-Book, 2010.

<sup>560</sup> Este convenio fue ratificado por Italia el 23 de junio de 1981. Véase la Ley No. 158, de 10 abril de 1981, en la cual se autoriza la ratificación de este convenio.

**Controles.** Los extranjeros deben presentar su pasaporte y permiso de entrada y/o residencia a petición de cualquier funcionario de la Administración Pública, en especial para la expedición de licencias, permisos, registros y otras medidas que sean de su interés, salvo en el caso de los servicios relacionados con los deportes, las actividades recreativas de carácter temporal, el acceso a los servicios de salud contemplados en el artículo 35 y los relativos al desempeño de la escuela obligatoria (art. 6.2). Si hay razones para dudar de la identidad de un extranjero, se tomarán sus huellas digitales y serán señalizadas (art. 6.4). Toda persona que de alojamiento a un extranjero, de forma gratuita o en calidad de arrendamiento, debe dar aviso a las autoridades de ello, además de facilitar toda la información relativa al extranjero (art.7).

**Sanciones.** El artículo 5.8.a) señala que el extranjero que falsifique o altere cualquier documentación relativa a la entrada o residencia, o haga uso de ella, será sancionado con prisión de uno a seis años. La pena es mayor si el delito se comete por un funcionario público. Por otro lado, en caso de que un extranjero no pueda demostrar, sin causa justificada, su presencia regular en Italia, será sancionado con un año de prisión y una multa de hasta 2,000 euros (art. 6.3). Las personas que incumplan con la obligación de notificar a la autoridad correspondiente que han dado alojamiento a un extranjero serán sancionadas con una multa de 160 a 1,100 euros (art. 7.2.1). Los transportistas que trasladen a Italia a extranjeros que no cuenten con la documentación adecuada para su entrada tendrán la obligación de devolverlos al lugar donde inició el viaje o al país que emitió el documento de viaje del extranjero (art. 10.3). Además, serán acreedores a una multa que va de 3,500 a 5,500 euros por persona, y, en caso de reincidencia, a la suspensión temporal de su licencia de transporte (art. 12.6).

La entrada irregular al territorio italiano se castiga con una multa que va de los 5,000 a los 10,000 euros (art. 10 bis). La promoción, dirección, organización, financiación o transportación de extranjeros con el fin de que ingresen en el territorio italiano de forma irregular se castiga con prisión de uno a cinco años y una multa de 15,000 euros por persona (art. 12.1). No obstante, no constituye delito alguno el prestar socorro y asistencia humanitaria a los extranjeros presentes en Italia que lo necesiten (art. 12.2). Si se facilita la entrada irregular de cinco o más extranjeros, se pone en peligro su vida o seguridad, se les infligen tratos inhumanos o degradantes, el delito es cometido por más de tres personas o se ha hecho uso de explosivos o documentos falsos, el delito se castiga con prisión de cinco a quince años y multa de 15,000 euros (art. 12.3). Si el delito de facilitar la entrada irregular de extranjeros se comete con el fin de cometer el delito de trata de personas las sanciones son mayores: la multa aumenta a 25,000 euros y la prisión en un tercio a la mitad (art. 12.ter). La persona que arriende una propiedad a un migrante irregular será sancionada con prisión de seis meses a tres años (art. 12.5.a). Finalmente, el empleo de migrantes irregulares se sanciona con prisión de seis meses a tres años y con una multa de 5,000 euros por cada trabajador empleado (art. 22.12).

**Reconducción a la frontera (art. 10.2).** Serán reconducidos a la frontera los extranjeros que hayan entrado por los puertos no habilitados para tal efecto.

**Expulsión Administrativa (art. 13).** El artículo 13.1 establece que los extranjeros podrán ser expulsados por razones de orden público o seguridad nacional. Los supuestos en los que

procede la expulsión administrativa ordenada por el prefecto son (art. 13.2): a) si el extranjero entró en Italia evadiendo los controles fronterizos y no ha sido regresado; b) cuando su permiso de estancia o residencia ha vencido y han pasado más de 60 días desde dicha fecha y el extranjero no se ha presentado ante las autoridades correspondientes para renovarlo, sin que medien causas de fuerza mayor; cuando su solicitud de permiso de residencia o estancia ha sido rechazado por estar manifiestamente infundado o ser fraudulento (art. 13.4.c); cuando sin causa justificada, el extranjero no ha respetado el plazo fijado para la salida voluntaria (art. 13.4.d); cuando es consecuencia de haber cometido un delito grave (art. 13.4.f); cuando no cuente con: un pasaporte u otro documento análogo válido, un documento que acredite que cuenta con un alojamiento adecuado para vivir y donde se le pueda localizar fácilmente (art. 13.4bis).

Cuando se lleve a cabo la expulsión, se tomarán en cuenta la naturaleza y la eficacia de sus lazos familiares, la duración de su estancia en el país y la existencia de lazos familiares, lazos culturales y sociales con su país de origen (art. 13.2-a). El artículo 13.3 permite el internamiento de los extranjeros, previo a su expulsión, en centros de identificación y expulsión, con el fin de que no se den a la fuga (art. 13.3).

Cabe señalar que una vez que se ha ordenado la expulsión de un extranjero, éste puede solicitar un plazo de 7 a 30 días para salir voluntariamente del país. El plazo podrá ser ampliado dadas las circunstancias particulares del extranjero, por ejemplo sus lazos con el país, la existencia de hijos (art. 13.5). Para que el extranjero pueda solicitar un plazo de salida voluntaria del país debe: demostrar que cuenta con medios económicos suficientes para vivir durante dicho tiempo; dar su dar pasaporte, el cual le será devuelto a la salida; tener un domicilio en el que se le pueda localizar; y presentarse periódicamente a la estación de policía (art. 13.5.2). Finalmente, está prohibida la expulsión de los extranjeros que viven con sus parientes dentro del cuarto grado o con un cónyuge de nacionalidad italiana, y las mujeres que están embarazadas o dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del niño (art. 19).

**Deportación/Expulsión Penal.** El artículo 14 establece los supuestos de deportación de un extranjero cuando no es posible su expulsión administrativa porque hay que: realizar investigaciones adicionales sobre su identidad o nacionalidad, adquirir documentos de viaje, o no hay disponibilidad de un medio de transporte adecuado (art. 14.1). El extranjero será retenido en un centro de internamiento por un período de hasta 60 días (art. 14.5), en el cual tendrá libertad de correspondencia, incluyendo teléfono con el exterior (art. 14.1). La violación de un extranjero, sin justificación alguna, de una orden de deportación por haber entrado en el territorio italiano de forma irregular, por no haber solicitado permiso para permanecer dentro del plazo prescrito en caso de fuerza mayor, o porque su permiso de entrada ha sido revocado o cancelado, se sanciona con una pena de prisión de uno a cuatro años. El extranjero será sancionado con una pena de prisión de 6 meses a un año si no presentó la solicitud correspondiente para renovar su permiso de entrada y han pasado más de 60 días desde su vencimiento (art. 14.5.ter). Si el extranjero ya ha sido expulsado y reincide, tendrá como sanción una pena de prisión de uno a cinco años (14.5.c)

**Retorno asistido.** El artículo 14-B permite que los migrantes irregulares puedan ser beneficiarios del programa de retorno asistido, el cual está sujeto a los límites presupuestarios de la Administración.

### 7.11.3.2 Caso El Dridi

El 28 de abril de 2011 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó sentencia en el Caso El Dridi,<sup>561</sup> en la cual señaló que sancionar con una pena de cárcel a un inmigrante irregular que ha incumplido una orden de salida es contrario a la legislación comunitaria, en concreto a la Directiva Retorno.<sup>562</sup>

**Directiva Retorno.** Esta Directiva establece estándares y procedimientos comunes para regresar a los migrantes irregulares no comunitarios. Dispone que los Estados deben emitir una decisión de retorno para todos los migrantes irregulares, salvo en circunstancias excepcionales (art. 6). Como regla general, la decisión de retorno debe incluir un período de retorno voluntario entre 7 y 30 días, durante el cual el migrante irregular debe abandonar el territorio del Estado de que se trate (art. 7). Si no cumple con ello o si (excepcionalmente) no se otorga un período de retorno voluntario, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno, incluidas las coercitivas, con el fin de remover al extranjero (art. 8).

Durante el procedimiento de retorno, el extranjero puede ser detenido si medidas menos coercitivas han resultado ineficientes. Los artículos 15 y 16 de la Directiva establecen ciertas garantías durante el procedimiento. En particular, el artículo 15 señala como plazo máximo de detención 6 meses (que puede extenderse a 18 meses), así como ciertas medidas encaminadas a que éste dure sólo el tiempo necesario mientras hay un prospecto razonable de retirada y tiene lugar una revisión judicial de éste. El artículo 16 establece que los migrantes irregulares deben ser detenidos en lugares especiales, separados de prisioneros comunes. Finalmente, la Directiva permite que, en algunos casos, la decisión de retorno contenga una prohibición de reingreso por un plazo no mayor a 5 años (art. 5).

**El caso de Hassen el Dridi.** Versó sobre un inmigrante irregular no comunitario en Italia contra el que se dictó un decreto de expulsión en 2004, y en 2010 una orden de salida del territorio nacional en un plazo de cinco días, por no disponer de documentos de identidad ni un medio de transporte y no poder acogerle en un centro de internamiento debido a la falta de plazas. Por no haber dado cumplimiento a esa orden, el Sr. El Dridi fue condenado por el Tribunale di Trento a la pena de un año de prisión. La Corte d'appello di Trento, ante la que se interpuso el recurso, preguntó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si la Directiva Retorno se oponía a una normativa nacional que prevé la imposición de una pena de prisión a un extranjero en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en

---

<sup>561</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, Sentencia C-61/11 PPU, de 28 de abril de 2011.

<sup>562</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, p. 98).

el territorio nacional sin causa justificada, e incumpliendo una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.<sup>563</sup>

El Tribunal de Justicia acordó acceder a la petición del tribunal remitente de que el asunto fuera tramitado mediante el procedimiento prejudicial de urgencia ya que el Sr. El Dridi estaba privado de su libertad.<sup>564</sup> El Tribunal de Justicia señaló que la Directiva Retorno establece normas y procedimientos comunes con vistas a instaurar una política eficaz de expulsión y repatriación de las personas, respetando sus derechos humanos y su dignidad. Por ello, los Estados miembros no pueden establecer excepciones a esas normas y procedimientos aplicando normas más severas. La Directiva establece con precisión el procedimiento que debe aplicarse para el retorno de los extranjeros en situación irregular, y fija el orden de desarrollo de las diferentes fases de ese procedimiento, respetando el principio de proporcionalidad.<sup>565</sup>

La primera fase consiste en la adopción de una decisión de retorno. En esa fase debe darse prioridad a la posibilidad de salida voluntaria, concediendo normalmente para ello al interesado un plazo que puede ir de siete a treinta días. Si la salida voluntaria no se produce en ese plazo, la Directiva obliga entonces a los Estados miembros a llevar a cabo la expulsión forzosa a través de las medidas menos coercitivas posibles. Así, el Estado miembro puede proceder a su internamiento, que será lo más corto posible y tendrá una duración máxima de 18 meses, según prevé la Directiva. El objetivo de la Directiva es “limitar la duración máxima de la privación de libertad en el contexto del procedimiento de retorno y de garantizar así el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países en situación irregular”.<sup>566</sup>

El Tribunal observó que, a la fecha de la sentencia, la Directiva Retorno no había sido transpuesta al Derecho Italiano, y que el procedimiento de expulsión previsto en la legislación migratoria italiana difería del establecido en la legislación comunitaria. Además, sostuvo que si bien las leyes penales son de competencia nacional y la Directiva permite a los países adoptar medidas de naturaleza penal, “cuando las medidas coercitivas no han logrado la expulsión, los Estados miembros deben ajustar su legislación para asegurar el respeto del Derecho de la Unión”. Por tanto, los países “no pueden aplicar una normativa, aún si es de naturaleza penal, que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una Directiva”. Según el Tribunal, los Estados miembros no pueden establecer una pena privativa de libertad, como la prevista en Italia, por el único motivo de que un inmigrante irregular incumpla una orden de salida y permanezca en el país. En su lugar, las autoridades italianas deben “proseguir sus esfuerzos para la ejecución de la decisión de retorno”. Por ello, el Tribunal de Justicia de la UE pidió al órgano judicial italiano que inaplicara toda disposición nacional contraria a la normativa europea, en

---

<sup>563</sup> *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, op.cit.*, nota 561, párr. 18-25.

<sup>564</sup> *Ibidem*, párr. 26-28.

<sup>565</sup> *Ibidem*, párr. 31-35.

<sup>566</sup> *Ibidem*, párr. 36-40.

particular la pena de prisión, y tuviera en cuenta la aplicación retroactiva de la pena más leve.<sup>567</sup>

En respuesta a la sentencia del TJCE, el ministro de Interior de Italia, Roberto Maroni, expresó su insatisfacción, al señalar que “hay otros países europeos que prevén el delito de inmigración ilegal y que no han sido censurados [...] y que con la eliminación de esta ley, acoplada a la directiva europea sobre repatriaciones, se corre el riesgo de hacer imposibles las expulsiones, transformándolas sólo en intimidaciones para abandonar el territorio nacional en un plazo de siete días. Esto hace absolutamente ineficaces a las políticas de lucha contra la inmigración ilegal”. Agregó que “de ahora en adelante los indocumentados que no sean expulsados aumentarán su presencia en el territorio e irán a incidir sobre esos comportamientos que las ordenanzas de los alcaldes no parecen que puedan frenar del todo”.<sup>568</sup>

**Consecuencias en el Derecho Italiano.** La primera consecuencia de la sentencia del TJCE en el sistema legal italiano es que las personas que están siendo actualmente procesadas por el delito que ha sido declarado como incompatible con la Directiva –es decir, la migración irregular– tendrán que ser absueltas; de hecho, la Corte de Casación italiana ya ha adoptado las primeras decisiones al respecto.<sup>569</sup> La segunda consecuencia es que las personas que actualmente están detenidas por este delito tendrán que ser inmediatamente liberadas, y los juicios que los condenaron tendrán que ser sobreesidos.<sup>570</sup> En tercer lugar, los migrantes irregulares no comunitarios en el territorio italiano no pueden ser removidos legalmente a través del procedimiento de expulsión establecido en la ley migratoria porque viola la Directiva Retorno.<sup>571</sup>

Dada la incapacidad de expulsar a los migrantes irregulares con la legislación migratoria vigente, el gobierno italiano aprobó un decreto urgente con el fin de implementar la Directiva: el Decreto-Ley No. 89, de 23 junio de 2011, sobre medidas urgentes para la finalización de la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, sobre la libre circulación de ciudadanos de la UE, y para la transposición de la Directiva 2008/115/CE sobre la repatriación de los irregulares nacionales de terceros países. Este Decreto, convertido en ley por el Parlamento (Ley No. 129, de 2 de agosto de 2011) prevé un nuevo procedimiento de expulsión. Ahora se permite que los migrantes irregulares soliciten un período para

---

<sup>567</sup> *Ibidem*, párr. 45-62.

<sup>568</sup> “Italia “insatisfecha” por la sentencia del Tribunal Europeo sobre inmigración”, 28 de abril de 2011, EUROEFE, disponible en: [http://www.euroefe.efe.com/1311\\_noticias/1108277\\_el-tribunal-de-la-ue-dice-que-encarcelar-a-un-inmigrante-irregular-expulsado-viola-leyes-europeas.html](http://www.euroefe.efe.com/1311_noticias/1108277_el-tribunal-de-la-ue-dice-que-encarcelar-a-un-inmigrante-irregular-expulsado-viola-leyes-europeas.html).

<sup>569</sup> Véase: Corte di Cassazione, Sez. I penale. *Notizie di decisioni*, disponible en:

<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Informazione%20Cassazione%20sentenza%20UE.pdf>.

<sup>570</sup> Por ejemplo, véase: Tribunale di Milano, decisión de 29 April 2011, disponible en:

<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/673%20Milano.pdf>. También véase la postura adoptada por el fiscal de la Corte da Casación el 2 de mayo de 2011, en la que invitó a todos los fiscales a solicitar el sobreesimiento de los juicios en los que se condenaran a personas por los delitos que fueron declarados como incompatibles con la Directiva, disponible en: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>571</sup> Raffaelli, Rosa, Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 13, 2011, p. 467–489. También véase: Raffaelli, Rosa, The returns directive in light of the El Dridi judgment, *Perspectives on Federalism*, Vol. 3, No. 1, 2011, p. 32-45.



abandonar el territorio italiano de forma voluntaria, de acuerdo con el artículo 7.1 de la Directiva. Aún más, la ley –que reforma y enmienda el Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (Decreto Legislativo 286/1998)– ha establecido un criterio para evaluar el riesgo de que el inmigrante se de a la fuga, y también prevé medidas menos coercitivas que la detención previa a la retirada.<sup>572</sup>

El nuevo procedimiento, sin embargo, aún da preferencia a la retirada forzosa: limita el derecho de obtener un período de partida voluntaria a aquéllos que lo soliciten, mientras que las condiciones para obtener la aplicación de medidas menos coercitivas, así como también aquéllas en las que la decisión de la existencia del riesgo de darse a la fuga puede basarse, son muy amplias y vagas. De hecho, la evaluación de la existencia del riesgo de que el extranjero se de a la fuga puede basarse en cualquiera de los siguientes supuestos: la falta de un pasaporte válido, la falta de documentos que prueben que el extranjero tiene un lugar donde puede vivir y ser localizado, el haber hecho declaraciones falsas sobre su identidad, la violación de órdenes administrativas, y la violación de alguna de las medidas menos coercitivas aplicadas en vez de la expulsión. Por ello, si bien las expulsiones sólo son llevadas a cabo por la fuerza si existe riesgo de fuga, las solicitudes de un período para la partida voluntaria pueden ser rechazadas en un buen número de casos. En vista de esto, algunos autores han señalado que la nueva reglamentación de la expulsión sigue sin cumplir con la Directiva Retorno, toda vez que crea una división tajante entre aquellos extranjeros que tienen un pasaporte y aquéllos que no,<sup>573</sup> y que sólo fue implementada con el fin de cumplir de modo formal con la Directiva, pero sigue manteniendo el enfoque anterior en relación con la migración irregular.<sup>574</sup>

Finalmente, cabe señalar que el artículo 10bis del Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (Decreto Legislativo 286/1998) criminaliza la entrada y estancia irregulares, imponiendo una multa y un procedimiento especial y expedito que usualmente termina con la suspensión de la multa y la expulsión penal del extranjero. El delito y el procedimiento de acuerdo con el cual es juzgado y que conlleva a la expulsión fueron introducidos con el fin de simplificar el procedimiento de retorno del extranjero, al mismo tiempo que asegurar el cumplimiento de la legislación migratoria con la Directiva Retorno. De hecho, el propio Ministerio de Asuntos Internos italiano señaló que el delito fue introducido con el fin de permitir la expulsión inmediata de los migrantes irregulares sin violar directamente la Directiva, toda vez que en este caso la expulsión es una sanción penal y está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva, de

---

<sup>572</sup> Si bien estas medidas menos coercitivas sólo son aplicables a los extranjeros que tienen un pasaporte válido y son aplicadas –en vez de la expulsión– a discreción del policía. Tales medidas incluyen: la incautación de su pasaporte (el cual se le regresa cuando abandona Italia); la obligación de vivir en un lugar específico; y la obligación de presentarse periódicamente a la estación de policía (art. 13.5.2 del Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros - Decreto Legislativo 286/1998).

<sup>573</sup> Maserà, L., *Il riformato art. 14 co. 5 ter d.lgs. 286/98 e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011*, 2011, disponible en:  
<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/MASERA%20ART%2014.pdf>.

<sup>574</sup> Natale, A., *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, 2011, disponible en:  
<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Natale%20Decreto%20immigrazione.pdf>.

acuerdo con su artículo 2.2.b).<sup>575</sup> Esto va en contra del espíritu de la Directiva, puesto que la legislación italiana establece un procedimiento de expulsión completamente distinto al señalado por la Directiva, el cual es considerado penal con el fin de excluirlo de su ámbito de aplicación.<sup>576</sup>

### 7.11.3.3 Derechos sociales

**Derecho a vivienda/alojamiento.** Los migrantes irregulares no tienen derecho de recibir ayuda para vivienda y tampoco pueden ser hospedados en albergues públicos. Por otro lado, si una persona arrienda una vivienda a un migrante irregular cae en el área de la economía informal toda vez que existe la obligación de informar a las autoridades si tiene arrendatarios. Además, sería responsable de las sanciones correspondientes a las personas que no declaran la presencia de extranjeros en su propiedad, aún más si son irregulares. No obstante, en la práctica esto es frecuentemente ignorado y se rentan viviendas a migrantes irregulares, con las desventajas inherentes para éstos: abusos de los arrendatarios, malas condiciones de higiene y seguridad, hacinamiento, entre otras.<sup>577</sup> Una opción que tienen los migrantes irregulares es conseguir alojamiento en las casas donde prestan sus servicios, en el caso de los trabajadores domésticos. Asimismo, muchos migrantes irregulares hacen uso de edificios abandonados para vivir. Finalmente, cabe señalar que en los albergues privados es posible que los migrantes irregulares encuentren ayuda para hospedarse puesto que la ley no prohíbe que estas asociaciones les presten auxilio.<sup>578</sup>

**Derecho a la salud.** El artículo 35 del Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (Decreto Legislativo 286/1998) asegura atención médica a los migrantes irregulares en las siguientes áreas: atención médica de urgencia; programas médicos preventivos necesarios para salvaguardar la salud individual o colectiva; atención médica en el embarazo y la maternidad; atención médica para enfermedades menores; vacunas requeridas por la ley; y diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades contagiosas. Asimismo, existen centros de cuidado médico que son especiales para extranjeros –en su mayoría irregulares– que llevan a cabo investigación médica relacionada con patologías frecuentes en las condiciones de vida de sus pacientes. El costo del servicio médico es cubierto por el migrante, en las mismas condiciones que los italianos, salvo que se encuentren en estado de pobreza. Existen organizaciones no gubernamentales que tienen una red que otorga atención médica a los migrantes irregulares sin costo alguno (por ejemplo NAGA en Milán y CESAIM en Verona). Las actividades de estas ONG están permitidas por la ley, dentro de los límites definidos para las profesiones involucradas.<sup>579</sup>

Cabe señalar que los médicos y los profesionales de la salud no tienen el deber de denunciar a los migrantes irregulares que acudan a solicitar atención médica, puesto que el

---

<sup>575</sup> Lo señalado por el Ministro del Interior, Roberto Maroni, puede encontrarse en: [http://www.camera.it/470?stenog=/\\_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2008/1015&pagina=s020#Maroni%20Roberto%204%202](http://www.camera.it/470?stenog=/_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2008/1015&pagina=s020#Maroni%20Roberto%204%202).

<sup>576</sup> Raffaelli, Rosa, 2011, *op.cit.*, nota 571, p. 487-488.

<sup>577</sup> Favé, Elisa, Danese, Matteo, Social and Economic Conditions of Overseas Citizens without a permesso di soggiorno in Italy, en PICUM, (ed.), *Book of Solidarity*, Vol. II, Brussels: PICUM, 2003, p. 34-36.

<sup>578</sup> *Idem.*

<sup>579</sup> *Ibidem*, p. 37.

artículo 35 de la Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (Decreto Legislativo 286/1998) establece expresamente el derecho de estas personas a recibir atención médica. Otro aspecto a resaltar es que no está permitida la expulsión de las mujeres hasta que sus hijos tienen seis meses de edad; de hecho, se otorga un permiso especial de residencia a las madres por seis meses. Aún más, la Corte Constitucional italiana señaló en el juicio no. 376, de 27 de julio de 2000, que en esos casos el esposo, si vive con la madre del niño, también tiene derecho de no ser expulsado por el mismo plazo, a pesar de ser irregular.

Si bien en la ley está previsto que se otorgue el servicio médico a los migrantes irregulares, en la práctica estas personas suelen no acudir por la creencia que los médicos los van a denunciar a las autoridades migratorias, lo cual, como ya se vio, no está permitido. Esto afecta especialmente a las mujeres embarazadas, quienes prefieren dar a luz en condiciones inseguras que acudir a un hospital para recibir la atención adecuada. Otro factor que contribuye a ello es el desconocimiento de los profesionales de la salud de los derechos de los migrantes irregulares.

**Derechos laborales.** En Italia los empleadores están obligados a pagar salarios a todos los trabajadores por el trabajo realizado, independientemente de su estatus migratorio. De hecho, sindicatos como CISL-CESIL otorgan asistencia legal en casos de explotación laboral y hacen un trabajo de mediación entre empleador y trabajador antes de que el caso se lleve ante los tribunales.<sup>580</sup> Finalmente, cabe señalar que los trabajadores migrantes irregulares tienen derecho de afiliarse a un sindicato para proteger sus intereses, en virtud de que Italia es parte de los convenios de la OIT que protegen este derecho a todas las personas.<sup>581</sup>

**Derecho a la educación.** El artículo 38 del Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros (Decreto Legislativo 286/1998) establece que los migrantes irregulares menores de edad tienen derecho de recibir la educación obligatoria en Italia, en el mismo modo que los ciudadanos. Esto significa que los hijos de migrantes irregulares tienen derecho de asistir a la escuela hasta los 16 años. De hecho, los servicios públicos están obligados a establecer disposiciones especiales para garantizar la igualdad entre los niños extranjeros e italianos, y para reconocer y valorar las diferencias lingüísticas y culturales. Por ello, hay cursos de italiano (también ofrecidos por ONG) y actividades interculturales disponibles. Cabe señalar que los profesionales de la educación no están obligados a denunciar a los migrantes irregulares o sus padres que asistan a sus escuelas.

**Derecho de subsistencia mínima.** Los migrantes irregulares no tienen ningún derecho de recibir asistencia social, salvo en el caso de los servicios médicos y educativos.

**Derecho a la vida familiar.** Los migrantes irregulares tienen derecho de casarse en Italia, de acuerdo con la sentencia no. 245, de 25 de julio de 2011, de la Corte Constitucional

---

<sup>580</sup> Más información en PICUM: *Basic Social Rights – Italy*. Disponible en: <http://www.picum.org/article/basic-social-rights-italy>.

<sup>581</sup> Más información en: <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>

italiana. Esto en virtud de que con anterioridad a esta decisión judicial existía una ley de 2009 que prohibía a los migrantes irregulares casarse en el país con el fin de evitar matrimonios fraudulentos o por conveniencia. Esta ley que requería que para contraer matrimonio la persona tuviera un estatus migratorio regular fue declarada inconstitucional por la Corte por privar a las personas de su derecho a la vida familiar, protegido por los artículos 2 y 29 de la Constitución italiana.

**Derecho a la asistencia legal.** No hay ninguna disposición legal que prevea apoyo jurídico a los migrantes irregulares. Sin embargo, existen ONG y abogados voluntarios que ofrecen estos servicios.

## 7.12 España

### 7.12.1 Algunos aspectos de la política española en relación con la migración irregular

La política migratoria española de control de la migración irregular desde el año 2000 ha tenido como principales características las siguientes:

**1. Reforzamiento de los controles fronterizos.**<sup>582</sup> Los esfuerzos más importantes en esta área se han realizado en la vigilancia marítima de la frontera sur, a pesar del hecho de que estadísticamente las llegadas de migrantes irregulares por mar no son tan significativas como las que son por aire o tierra. Así, España ha realizado esfuerzos sustanciales para sellar su frontera marítima con África, a través de la creación del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), el cual está dotado de poderosos recursos técnicos y puede detectar virtualmente todos los botes que se aproximan a la línea costera. Este sistema ha sido muy efectivo para reducir las llegadas de migrantes marroquíes. Cabe señalar que desde 1992 existe un Acuerdo entre España y Marruecos, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente,<sup>583</sup> pero por muchos años Marruecos no cumplió con éste. Fue hasta 2004, por las presiones de la Unión Europea, que Marruecos comenzó a colaborar efectivamente para la prevención de la migración irregular, razón por la cual desde ese año los cayucos parten más al sur, desde Mauritania o Senegal y rodean las Islas Canarias.

**2. Mayores sanciones a aquéllos involucrados en el tráfico de personas.** En 2003, con la transposición de la legislación comunitaria, se modificó el Código Penal con el fin de castigar a los traficantes de personas con sentencias de 8 a 10 años de prisión. Esta reforma también incluyó un artículo que establece penas de prisión de 6 meses a 3 años para aquéllos que faciliten la entrada ilegal de personas en España, incluso si no se obtiene una ganancia económica con ello. La reforma también incluyó medidas legales para proteger a las víctimas de explotación sexual o laboral. Las víctimas que colaboren con la policía para

---

<sup>582</sup> González Enríquez, Carmen, *Clandestino. Country Report: Spain, Undocumented Migration Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe*, January 2009 (a), p. 14-15.

<sup>583</sup> Firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 y publicado en el BOE del 25 de abril y 30 de mayo de 1992.

atrapar a las redes de tráfico de personas pueden acceder a un permiso de residencia por un año y entrar en un programa de protección de testigos.<sup>584</sup>

**3. Inspección laboral.** Este eje de la política española de control de la migración irregular no ha sido muy eficaz en virtud de que el número de inspectores laborales y subinspectores es muy bajo, además de que se encargan esencialmente de supervisar las condiciones de seguridad e higiene en los sitios de trabajo.<sup>585</sup> Sin embargo, en los últimos años sí ha habido un incremento en el número de inspecciones en los sitios de trabajo (de 30,409 en 2003 a 71,631 en 2006)<sup>586</sup> y en algunos sectores como lo agricultura parece que han tenido un importante efecto disuasorio para la contratación de trabajadores irregulares.<sup>587</sup>

**4. Reforzamiento de los servicios policiales.** En esta área lo más importante ha sido la creación en 2001 de la Unidad Contra Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales (UCRIF), perteneciente a la Comisaría General Extranjería y Fronteras, la cual organiza y gestiona los servicios de expedición de las tarjetas de extranjero, el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, la prevención, persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal, y en general, el régimen policial de extranjería, asilo, emigración e inmigración. A la UCRIF le corresponde la investigación de las actividades delictivas, de ámbito nacional y transnacional, relacionadas con el tráfico de personas, la inmigración irregular y las falsedades documentales, así como la coordinación operativa y apoyo técnico de las respectivas unidades territoriales. Además, en los últimos años ha crecido un 25% (por ejemplo, de 10,239 en 2003 a 12,771 en 2007) el número de policías y miembros de la Guardia Civil dedicados al control fronterizo y a la lucha contra la migración irregular.<sup>588</sup>

**5. Europeización de la política de control de la migración.** Por años España ha demandado a la Unión Europea una mayor colaboración para controlar la migración irregular. En este sentido, es importante señalar que tuvieron lugar ciertos eventos como la creación de la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (FRONTEX) promovida por España (entre otros países); y la firma de acuerdos conjuntos de readmisión o de organización para la repatriación en vuelos conjuntos. Pero desde la perspectiva española, el principal logro ha sido el apoyo de la Comisión Europea con el fin de condicionar las políticas externas de la Unión Europea a la relación con los países de

---

<sup>584</sup> González Enríquez, Carmen, 2009 (a), *op.cit.*, nota 582, p. 15.

<sup>585</sup> Por ejemplo, a lo largo de 2006 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social llevó a cabo 1,408,656 actuaciones, de las cuales 109,115 (el 7.75%) se produjeron en el área de empleo y extranjería. De éstas últimas, 71,631 se realizaron en materia de extranjería y migración, por lo que las actuaciones en esta materia supusieron el 5.09% del total de actuaciones y el 65.65% de las actuaciones realizadas en el área de empleo y extranjería. Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Inmigración 2006*, Capítulo IX: Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de extranjería, disponible en:

<http://extranjeros.meyss.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Anuarios/Anuario2006.html>.

<sup>586</sup> *Ídem*; *Anuario Estadístico de Inmigración 2006*, disponible en:

<http://extranjeros.meyss.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Anuarios/>.

<sup>587</sup> González Enríquez, Carmen, 2009 (a), *op.cit.*, nota 582, p. 15-16.

<sup>588</sup> *Ibidem*, p. 16.

origen o tránsito (especialmente Marruecos), para que ellos colaboren efectivamente en contra de su propia migración irregular y los migrantes en tránsito.<sup>589</sup>

**6. Regularizaciones.**<sup>590</sup> Las vías de regularización para un migrante irregular dependen del tipo de irregularidad de que se trate: originaria (por entrada irregular) o sobrevenida (por sobrepasar o violar el permiso concedido). En los supuestos de entrada irregular, las dificultades para obtener la regularización son importantes porque la entrada irregular es una circunstancia negativa que puede ser suficiente para determinar la agravación de la sanción, pasando de la multa a la sanción de expulsión. El estatuto jurídico de estas personas es muy precario y sería deseable, como Chueca y Aguelo<sup>591</sup> señalan, poder contar con algún tipo de instrumento, como la *duldung* o tolerancia alemana,<sup>592</sup> que permita la permanencia en precario de la persona hasta que se levanten las limitaciones a la expulsión de la persona, que quizás podrá consolidar un estatuto de residente más o menos estable, dependiendo del tiempo y de la conducta y otras circunstancias individuales del migrante.<sup>593</sup> En los supuestos de irregularidad sobrevenida las vías de posible regularización son mayores. En general, transcurrido un determinado plazo de permanencia, y probada la posibilidad real de trabajar y/o la existencia de determinados vínculos familiares, unida (en algunos supuestos) a la probada ausencia de vínculos con el Estado de origen, el inmigrante puede alcanzar el estatuto legal de residente.

A continuación se señalan los dos tipos de regularización a los que pueden acceder los migrantes irregulares en España:

**a) Programas extraordinarios de regularización.** España ha tenido seis grandes regularizaciones desde 1985, las de los años: 1985, 1991, 1996, 2000, 2001 y 2005.<sup>594</sup> La regularización del año 2000 estuvo vigente del 21 de marzo al 31 de julio de 2000, y estuvo disponible para los extranjeros que estuvieran en España desde antes del 1 de junio de 1999 y que hubieran tenido un permiso de residencia o trabajo en los tres años previos, o

---

<sup>589</sup> *Ídem.*

<sup>590</sup> Para un panorama general sobre este tema, véase: González Enríquez, Carmen, Spain, the Cheap Model. Irregularity and Regularisation as Immigration Management Policies, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 11, 2009 (b), p. 139–157.

<sup>591</sup> Chueca Sancho, Ángel G., Aguelo Navarro, Pascual, *Régimen de los Trabajadores Extranjeros No Comunitarios, en Situación de Irregularidad en España*, 2010, en archivo con la autora.

<sup>592</sup> Véanse las secciones 7.10.1 y 7.10.3.1 *supra* de este capítulo.

<sup>593</sup> La Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, contempla una similar figura en su artículo 14.2 “Garantías a la espera del retorno”, al señalar que: “Los Estados miembros proporcionarán a las personas mencionadas en el apartado 1 confirmación escrita, de conformidad con la legislación nacional, de que se ha prorrogado el plazo para la salida voluntaria, de conformidad con el artículo 7, apartado 2, o de que la ejecución de la decisión de retorno se suspenderá temporalmente”. La transposición de esta norma al derecho interno, como afirman Chueca y Aguelo *ídem*, exigirá la implementación de un estatus jurídico con ese contenido.

<sup>594</sup> Véase una descripción a fondo de los seis programas extraordinarios de regularización en España en: ICMPD, *REGINE. Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU*, Vienna: International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), 2009, p. 83-93.

hubieran solicitado uno de estos permisos.<sup>595</sup> De 153,463 solicitudes, 247,598 fueron aprobadas, la mayoría de los beneficiarios eran trabajadores del servicio doméstico, la agricultura y la construcción.<sup>596</sup> Los países de los que procedió la mayor parte de beneficiarios fueron: Marruecos, Ecuador, Colombia y China.

La quinta regularización, la de 2001, estuvo abierta para los extranjeros que pudieran mostrar lazos fuertes en España. Los requisitos exigidos a los solicitantes fueron: haber estado en España antes del 23 de enero de 2001; probar lazos con el país, ya sea por estar incorporados en el mercado de trabajo, o tener lazos familiares; y no tener ninguna orden de expulsión pendiente o tener prohibida la entrada a España. Este proceso estuvo vigente durante los meses de junio y julio de 2001. De las 350,000 solicitudes presentadas, 221,083 fueron aprobadas. Los países de los que procedió la mayor parte de beneficiarios fueron: Marruecos, Ecuador, Colombia y Rumania.

A pesar de los esfuerzos del gobierno español por regularizar a los migrantes irregulares, en su segundo reporte de 2003, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia señaló que la mayoría de estas personas enfrentaba dificultades al renovar sus permisos (otorgados inicialmente por un año), quedando en riesgo de volver a caer en el estatus irregular.<sup>597</sup> Además, toda vez que el sistema del contingente establecido desde 1993 sólo permite reclutar trabajadores que estén fuera del país, a miles de trabajadores migrantes presentes en España se les negó el acceso de regularizar su situación migratoria.

La sexta regularización, llamada “Proceso de normalización de 2005”, estuvo prevista en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento de la LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En este Real Decreto, concretamente en su Disposición transitoria tercera, el gobierno establecía que desde la entrada en vigor del Reglamento y durante los tres meses siguientes se abriría un Proceso de Normalización para regularizar la situación administrativa de aquellos extranjeros que se encontraran en situación irregular y que cumplieran los requisitos previstos en la Disposición transitoria tercera desarrollados en la Orden Ministerial PRE/140/2005 de 2 de febrero. El Proceso de Normalización se abrió el 7 de febrero y concluyó el 7 de mayo del 2005 con un total de 691,655 solicitudes presentadas, de las cuales un 83% fueron aprobadas y un 16.73% denegadas, inadmitidas o archivadas, según el Balance emitido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 30 de diciembre del 2005.<sup>598</sup>

---

<sup>595</sup> Díez Nicolás, Juan, Ramírez Rafita, María, *La Inmigración en España: Una Década de Investigaciones*, Madrid: IMSERSO, 2001.

<sup>596</sup> Consejo Económico y Social, *Informe Sobre la Inmigración y el Mercado del Trabajo en España*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2004, en línea: [www.extranjeria.info/inicio/index.htm](http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm).

<sup>597</sup> Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *Second Report on Spain*, Strasbourg: Council of Europe, disponible en: [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>598</sup> Mancomunidad Sierra Oeste, Servicios Sociales, *Impacto Sociolaboral del Proceso de Normalización 2005 en las Personas Inmigrantes*, Madrid: Mancomunidad Sierra Oeste, 2005, en línea: [http://www.cruzrojamadrid.org/contenidos/img/File/San\\_lorenzo\\_de\\_el\\_escorial/Observatorio/Estudios/Informe\\_proceso\\_normalizacion.pdf](http://www.cruzrojamadrid.org/contenidos/img/File/San_lorenzo_de_el_escorial/Observatorio/Estudios/Informe_proceso_normalizacion.pdf).

Para poder acogerse al Proceso de Normalización, los trabajadores y los empleadores debían reunir una serie de requisitos que estaban previstos en la norma, entre ellos: que el trabajador figurase empadronado en un municipio español con anterioridad al 8 de agosto de 2004; que el empresario o empleador hubiese firmado con el trabajador un contrato de trabajo cuyos efectos estaban condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada, en dicho contrato debía constar un compromiso por ambas partes de mantener la prestación laboral por un periodo mínimo de 6 meses en términos generales; que se cumpliesen los requisitos previstos en el artículo 50 del Reglamento de la LOEX para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de lo dispuesto en los apartados a), b) y g); que el trabajador extranjero careciese de antecedentes penales tanto en España como en los países en los que hubiera residido en los cinco años anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento jurídico español; que el trabajador extranjero no tuviese prohibida la entrada en España, según lo establecido en los artículos 26 de la LOEX y 10 de su Reglamento, salvo que dicha prohibición de entrada se derivara exclusivamente de una resolución de expulsión no ejecutada, que hubiese sido dictada en virtud de las infracciones de estancia y/o trabajo irregular.<sup>599</sup>

**b) Regularización por arraigo.** El artículo 31.3 de la LOEX prevé la figura del arraigo. Al respecto afirma: “La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado”.

**i. Arraigo laboral (art. 124.1 RLOEX).** Podrán obtener una autorización por arraigo laboral los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.

**ii. Arraigo social (art. 124.2 RLOEX).** Podrán obtener una autorización por arraigo social los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Además, deberán cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

- a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años;
- b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos:

---

<sup>599</sup> *Ídem.* También véase: Karaboytcheva, Miroslava Kostova, *Una evaluación del último proceso de regularización de trabajadores extranjeros en España (febrero-mayo de 2005). Un año después*, Documento de Trabajo (DT) 15/2006, Madrid: Real Instituto Elcano, 2006.



1. En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses; 2. En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social (art. 124.4 RLOEX).

**iii. Arraigo familiar (art. 124.3 RLOEX).** Podrán obtener una autorización por arraigo familiar: a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo; b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

### **c) Regularización por otorgamiento de un permiso de residencia temporal por circunstancias especiales**

**i. Autorización de residencia temporal por razones de protección internacional (art. 125 RLOEX).** Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en los artículos 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado en la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia

temporal en los casos que prevea la norma de desarrollo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

**ii. Autorización de residencia temporal por razones humanitarias (art. 125 RLOEX).** Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias en los siguientes supuestos:

1. A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 315, 511.1 y 512 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación tipificada en el artículo 22.4.<sup>a</sup> del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima de tales delitos.

2. A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.

Excepcionalmente, no se requerirá que la enfermedad sea sobrevenida en el caso de necesidad de prolongar la permanencia de un menor extranjero que se haya desplazado temporalmente a España a efectos de tratamiento médico en base a lo previsto en el artículo 187 de este Reglamento, una vez agotada la posibilidad de prorrogar la situación de estancia y siempre que dicha permanencia sea imprescindible para la continuación del tratamiento. La renovación de este tipo de autorizaciones se vinculará al tiempo mínimo necesario para completar el tratamiento.

3. A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

**iii. Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público (art. 127 RLOEX).** Se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los órganos competentes la concesión de la autorización de residencia a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos.

**iv. Permiso especial de residencia para mujeres víctimas de violencia de género (art. 31 bis).** Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o

través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

La autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Cuando el procedimiento penal concluya con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, se concederá las autorizaciones solicitadas. Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, se incoará el expediente administrativo sancionador por la situación irregular de la mujer.

### **7.12.2 Panorama general de los migrantes irregulares en España**

En España, como en otros países europeos, la imagen general que se tiene del migrante irregular es la de aquél que entra clandestinamente por las fronteras, si bien en la realidad la mayoría de los migrantes irregulares entra de forma legal al país y luego pasa al estatus irregular: ya sea por sobrepasar el tiempo permitido en sus permisos de entrada, o por violar las condiciones de éste.<sup>600</sup> Sin embargo, se da una amplia difusión a los migrantes irregulares que entran de forma clandestina al país porque desde el punto de vista político tienen características relevantes:

- a) Tienen un efecto extraordinario sobre la opinión pública porque los medios de comunicación se centran en ellos; sus llegadas son televisadas en vivo y sus viajes son dramáticos y terminan fatalmente frecuentemente.
- b) Estos migrantes requieren la ayuda de los servicios del Estado. De hecho, buena parte del trabajo de la Guardia Civil consiste en atender a los migrantes interceptados. La Cruz Roja (financiada básicamente por el Estado) y las Comunidades Autónomas (en particular las Islas Canarias, Andalucía, y las ciudades de Ceuta y Melilla) también proporcionan asistencia a estas personas.
- c) La asistencia y el destino de los migrantes irregulares que llegan por mar a Andalucía o las Islas Canarias se han convertido en motivo de confrontación entre las Comunidades Autónomas y el Estado en los años recientes. El gobierno canario solicita periódicamente mayor apoyo financiero para otorgar asistencia a los migrantes y ha obtenido la transferencia periódica de estas personas a la Península, organizada por el Ministerio del Interior. Una vez ahí, después de 60 días (tiempo máximo) de internamientos en centros especiales, son liberados y la mayoría no puede ser expulsada. Esto, a su vez, provoca

---

<sup>600</sup> Aparicio, Rosa, Ruiz de Huidobro De Carlos, José M<sup>a</sup>, Spain- Combating the exploitation of irregular immigrant workers: the recognition of their rights and their access to social benefits, en Aparicio, Rosa, Ruiz de Huidobro De Carlos, José M<sup>a</sup>, Manchip, Colin, *Políticas on irregular migrants - Volume IV: Spain and United Kingdom*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

protestas de los gobiernos de Madrid, Valencia, Andalucía y Cataluña (puntos principales de destino), los cuales se sienten presionados por la notoria presencia en sus calles de los migrantes irregulares, necesitados de ayuda social.<sup>601</sup>

La irregularidad ha sido una fase en la vida de la mayoría de los migrantes en España. Un estudio del año 2000 mostró que 83% de los migrantes entrevistados llegó a España sin un permiso de trabajo y luego ya comenzó a buscar empleo.<sup>602</sup> Otras investigaciones centradas en Andalucía<sup>603</sup> y Cataluña<sup>604</sup> mostraron que en 2003 el 50% de los migrantes entrevistados era irregular.

Los latinoamericanos forman el grupo más grande de migrantes irregulares. Por este motivo, desde el 2001 se empezó a poner como exigencia el visado para países como Colombia (2001), Ecuador (2003) y Bolivia (2008). A principios de 2008, dos tercios del total de migrantes irregulares eran nacionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Entre las principales razones de esto se encuentran el idioma común y los lazos históricos que unen a los latinoamericanos con España, los cuales constituyen importantes atracciones para ellos.<sup>605</sup>

El servicio doméstico y la agricultura son los principales sectores de destino de los migrantes irregulares. En el servicio doméstico la inspección laboral es nula, mientras que en la agricultura fue casi nula hasta 2005, si bien ahora es relevante. La ruta típica seguida por los migrantes irregulares de Latinoamérica o Rumania (antes de 2007) era trabajar por algunos años en el servicio doméstico hasta que pudieran “obtener sus papeles”, para luego moverse al sector de la hostelería. Otro sector al que se dirigen las extranjeras irregulares es a la prostitución: la mayoría de las prostitutas son extranjeras sin permiso de residencia.<sup>606</sup> En el caso de los migrantes irregulares (hombres) de África o Europa Oriental, la agricultura en la costa mediterránea ha sido el camino de acceso más común al mercado de trabajo. Por el tipo de trabajo (extenuante), una vez que estos migrantes regularizan su situación se mueven de sector laboral, por ejemplo a la construcción o a los servicios, sectores mucho más controlados por las autoridades laborales.<sup>607</sup>

### 7.12.3 La migración irregular en las leyes y regulaciones de España desde el año 2000

#### 7.12.3.1 Derecho Migratorio

---

<sup>601</sup> González Enríquez, Carmen, 2009 (a), *op.cit.*, nota 582.

<sup>602</sup> Díez Nicolás, Juan, Ramírez, María José, *La voz de los inmigrantes*, Madrid: IMSERSO, 2001.

<sup>603</sup> Pérez Yruela, Manuel, Rinken, Sebastián, *La integración de los inmigrantes en la sociedad andaluza*, Córdoba: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Colección Politeya No. 22, 2005.

<sup>604</sup> Centre d'Estudis i Reserca Sindicals, *Inmigración irregular en Cataluña. Análisis y propuestas*, Barcelona: CERES-CCOO, 2004.

<sup>605</sup> González Enríquez, Carmen, 2009 (a), *op.cit.*, nota 582, p. 27.

<sup>606</sup> González-Enríquez, Carmen, The Fight against Illegal Immigration, Smuggling and Trafficking in Human Beings in Spain. Ambiguities and Rhetoric, en Guild, Elspeth, Minderhoud, Paul, (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 325-345.

<sup>607</sup> González Enríquez, Carmen, 2009 (a), *op.cit.*, nota 582, p. 27.

a) **2000.** En el año 2000 se aprobó la nueva ley de extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en adelante LOEX. Meses más tarde, se aprobó la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, la cual reformó a la LOEX. Cabe señalar que de todas las reformas que ha tenido la LOEX, ésta ha sido la de mayor calado porque diferenció entre extranjeros regulares e irregulares para el goce de ciertos derechos y libertades. Como señala Lara, “esta ley representó uno de los mayores atrasos desde el establecimiento del Estado de Derecho en términos de las libertades y los derechos constitucionales”; por lo que esta ley “representó un serio ataque a los derechos humanos”.<sup>608</sup> Los derechos y las libertades restringidos en esta ley fueron: las libertades de reunión, asociación y sindicación y el derecho de huelga (arts. 7, 8 y 11); el derecho al trabajo y a la seguridad social (arts. 10 y 14); el derecho a la vida familiar (art. 16); el derecho a la educación (art. 9); y el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 22.1). Esto motivó, por un lado, la condena de cuatro órganos internacionales por la incompatibilidad entre la citada Ley y las obligaciones internacionales asumidas por España en diversos tratados internacionales. Y, por otra, la condena del máximo tribunal español, como resultado de la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad contra la ley:

### *1) Condenas internacionales*<sup>609</sup>

a) **Comité de Libertad Sindical de la OIT (caso no. 2121).** En marzo de 2001, el Secretario General de la Unión General de Trabajadores (UGT) presentó una queja ante el Comité contra el Gobierno de España por violar el derecho de libertad sindical de los trabajadores migrantes irregulares. En marzo de 2002 el Comité concluyó que España había violado el Convenio no. 87 de la OIT, sobre libertad sindical, toda vez que el artículo 2 del Convenio afirma que: “Los trabajadores y los empleadores, *sin ninguna distinción y sin autorización previa*, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. El Comité recordó que la única excepción a la libertad sindical de todos los trabajadores la contiene el artículo 9 del Convenio no. 87 “y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía. Por tanto, a juicio del Comité, todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio no. 87”.<sup>610</sup>

b) **Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa.** En su segundo informe sobre España del 8 de Julio de 2003, al referirse a la Ley de Extranjería, la Comisión señaló: “La Ley 8/2000 no concede a los trabajadores ilegales el derecho de asociación, de huelga ni de sindicación. Esta disposición ha sido muy criticada en determinados sectores de la sociedad civil española. La ECRI comprende que se ha

---

<sup>608</sup> Lara, Rafael, Undocumented migrants in Spain, en PICUM, (ed.), *Book of Solidarity*, Vol. II, Brussels: PICUM, 2003, p. 28-29.

<sup>609</sup> Véase un trabajo completo de este tema en: Chueca Sancho, Ángel Gregorio, Ley de Extranjería y tratados internacionales una violación permanente e internacionalmente comprobada, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 7, 2004, p. 123-138.

<sup>610</sup> Comité de Libertad Sindical, *Informe del Comité de Libertad Sindical no. 327. Caso no. 2121 (España), 2001*, Queja contra el Gobierno de España presentada por la Unión General de Trabajadores en España, párr. 561-562. Disponible en:

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=0320023272121@ref>.

amenazado la constitucionalidad de estas disposiciones, y confía en que se tomará una decisión al respecto a la mayor brevedad”.<sup>611</sup> Además, afirmó que la aplicación de la Ley no es general porque: “si bien las leyes de inmigración españolas son aplicables sin excepciones en todo el territorio español, se ha comunicado a la ECRI que la aplicación práctica de la Ley 4/2000, enmendada por la Ley 8/2000, y de su reglamentación varían considerablemente en las diferentes regiones del país. La ECRI expresa particular preocupación por los informes presentados sobre la aplicación de algunos aspectos de la legislación de inmigración, y de otras disposiciones legislativas, en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla”.<sup>612</sup>

**c) Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.** Del informe que realizó sobre su visita a España del 15 al 27 de Septiembre de 2003, la relatora Gabriela Rodríguez Pizarro señaló, entre otras cosas, que:

1º “El gran número de migrantes en situación irregular se debe, entre otras razones, a que las órdenes de deportación no son ejecutadas”.<sup>613</sup>

2º “Los cuerpos de seguridad encargados de aplicar la ley, no siempre conocen con precisión la diferencia entre la devolución y la expulsión y las distintas garantías que acompañan estos procedimientos”.<sup>614</sup> Por eso muestra “su preocupación por las dificultades que encuentran los migrantes en situación irregular para regularizarse”.<sup>615</sup>

3º Las autoridades españolas relacionan a los migrantes con las redes del crimen organizado transnacional, pues durante su visita, la Relatora “solamente escuchó de parte de las autoridades que las redes criminales venían de países africanos, latinoamericanos o asiáticos”.<sup>616</sup> La Relatora “notó con preocupación que los migrantes detenidos poseen una seria falta de información, asistencia jurídica y servicios de traducción e interpretación. El ACNUR y otras organizaciones expresaron preocupación ante la ausencia de asistencia letrada o asistencia insatisfactoria, que dificultan el acceso al asilo”.<sup>617</sup>

4º En cuanto a los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Ceuta y Melilla, “a la Relatora Especial le preocupa el problema estructural relacionado con la permanencia de los migrantes no expulsados en un limbo jurídico que les impide regularizarse e integrarse y las presiones que esto les provoca”.<sup>618</sup>

De las catorce recomendaciones sobresalen: la necesidad de que España ratifique la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores

---

<sup>611</sup> Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, *Segundo informe sobre España, 8 de julio de 2003*, p. 6, disponible en: <http://www.coe.int/ecri>, incluyendo la respuesta del Gobierno español.

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>613</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, Visita a España*, 60º período de sesiones, E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de enero 2004, p. 36.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>615</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>617</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>618</sup> *Ibidem*, p. 50.

migratorios y de sus familiares; y de que España revise la legislación interna, para que no se socaven los derechos humanos de migrantes y solicitantes de asilo.

**d) Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.** En sus conclusiones 14 de Mayo de 2004 sobre el cuarto informe periódico enviado por España<sup>619</sup> sobre el cumplimiento de sus obligaciones contraídas al ratificar el PIDESC, el Comité se declara preocupado “por la precaria situación de un importante número de inmigrantes indocumentados que sólo disfrutaban de una protección limitada de sus derechos económicos, sociales y culturales”.<sup>620</sup> Así como por el hecho de que el incremento del número de inmigrantes “se ve acompañado por actitudes negativas y hostiles hacia los extranjeros, y a veces por incidentes xenófobos”.<sup>621</sup>

Además de mostrar su preocupación por la situación de los extranjeros en el servicio doméstico y el tráfico de personas, así como los menores no acompañados, el Comité “urge al Estado parte a adoptar todas las medidas de protección efectiva de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales para todas las personas que residan en su territorio, de acuerdo con el artículo 2.2 del Pacto. Además, anima al Estado parte a promover la legalización de los inmigrantes indocumentados así como a que les permita que disfruten totalmente de sus derechos económicos, sociales y culturales”.<sup>622</sup>

**2) Tribunal Constitucional.** El Tribunal Constitucional resolvió los recursos de inconstitucionalidad presentados en contra de los referidos artículos de la LOEX, entre otras, en las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre. Reconoció que la exigencia impuesta a los extranjeros de tener residencia legal en España para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma los indicados derechos alcanzan a *todas* las personas –incluidos claramente los migrantes irregulares– por el hecho de serlo. Consecuentemente con ello, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la ley Orgánica 4/2000 que regulaban los indicados derechos fundamentales.

Cabe señalar que la STC 236/2007,<sup>623</sup> de 7 de noviembre de 2007, pronunciada a raíz del recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece pautas importantes respecto a los derechos de los migrantes irregulares: 1º El ordenamiento jurídico español no “desconstitucionaliza” el régimen jurídico de los extranjeros; y 2º Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana les corresponden asimismo a los extranjeros, sea cual fuere su estatus migratorio. Además, en el fundamento jurídico 3 el Tribunal Constitucional afirma:

---

<sup>619</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España*, E/C.12/1/Add.99, 7 de junio de 2004.

<sup>620</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>621</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>622</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>623</sup> Para ver un recuento de las violaciones de la LOEX a los tratados internacionales ratificados por España, véase: Chueca Sancho, Ángel Gregorio, 2004, *op.cit.*, nota 609, p. 123-138.

“Nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I, interpretados sistemáticamente”.

Y en el fundamento jurídico 7 establece que:

“El derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo “proyectan universalmente”. De ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Ello no significa, como ya hemos dicho respecto del derecho de reunión, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado”.

Por lo anterior, la STC 236/2007 declaró inconstitucional y nula la inclusión del término “residentes” en los artículos 7.1, 8, 9.3 y 11.1 de la LOEX. A partir de esta sentencia, las libertades de reunión, asociación y sindicación, el derecho de huelga, y el derecho a la educación se deben atribuir a todos los extranjeros, sea cual sea su estatus migratorio.

**2003.** La LOEX fue modificada nuevamente en 2003 por las leyes orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre; y 14/2003, de 20 de noviembre. Ahora con el fin de abordar el inesperado incremento de migrantes en los primeros años de la década. El objetivo principal de la reforma fue mejorar los instrumentos para abordar la migración irregular y el tráfico y trata de personas. La reforma permitió que la policía tuviera acceso a los datos de los registros municipales, obligó a los transportistas a notificar a los pasajeros que no usaran su boleto de regreso, incluyó nuevas sanciones para los traficantes de personas y para las empresas que contrataran trabajadores irregulares, y obligó a los extranjeros sin permiso de residencia a renovar su inscripción en el Registro Municipal cada dos años.

**2009.** El 26 de noviembre de 2009, el Congreso de los Diputados aprobó la reforma de la LOEX, a través de la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, la cuarta reforma a esta ley que regula el acceso y la permanencia en España de ciudadanos de otros países. Esta reforma obedeció, por un lado, a la obligación de dar respuesta a las Sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucionales determinados artículos de la reforma del año 2000;<sup>624</sup> y, por otro, a la obligación de transponer diversas directivas de la Unión Europea.<sup>625</sup> Asimismo, el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 16 de octubre de

---

<sup>624</sup> Véase un trabajo muy completo sobre este tema en: Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Angel Gregorio, Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional (La STC 236/2007, de 7 de noviembre), *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 16, 2007, p. 91-141.

<sup>625</sup> Directivas: 2003/110/CE, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; 2003/109/CE, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; 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; 2004/82/CE, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; 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 o servicios de voluntariado 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo,



2008, en el cual se establecen como principales objetivos conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración irregular y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes. Igualmente, resulta determinante a estos efectos la ratificación y entrada en vigor de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio No. 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

A continuación se señalan los aspectos más relevantes para los migrantes irregulares de la actual ley de extranjería:

***Principios que las Administraciones Públicas en España están obligadas a respetar en el ejercicio de sus competencias relacionadas con la política migratoria (art. 2 bis):*** la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen *legalmente* en España; la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas; la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas; la persecución de la trata de seres humanos; y la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social. De este modo, sólo se reconocen iguales derechos y obligaciones a los migrantes regulares.

***Controles (art. 4).*** Los extranjeros tienen la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. Además, aquéllos a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses deberán obtener la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.

***Entrada (art. 25 y 25 bis).*** El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios, y presentar un visado cuando se le requiera. Lo anterior no será exigible a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en

---

relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

España, y cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

***Prohibición de entrada en España (art. 26).*** No podrán entrar en España, ni obtener un visado los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales.

***Salida obligatoria de España (art. 28).*** La salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal; b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la LOEX; c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España; d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

***Menores no acompañados (art. 35).*** La Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. La repatriación al país de origen se efectuará mediante reagrupación familiar, o la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Cuando los menores de dieciséis años, con juicio suficiente, hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

Una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán en el momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor. La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor.

***Infracciones leves (art. 52).*** Son infracciones leves: a) El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado; b) Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con autorización de residencia temporal; c) Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular; d) La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

***Infracciones graves (art. 53).*** Son infracciones graves:

- a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.
- b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal, siempre que tales hechos no constituyan delito.
- d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.
- e) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.
- g) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.
- h) Incumplir la obligación de obtener la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente.
- i) Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito.
- j) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización.
- d) Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita.

***Infracciones muy graves (art. 54).*** Son infracciones muy graves:

- a) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración irregular de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.
- b) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.

- c) Realizar, con ánimo de lucro, el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.
- d) Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos, siempre que tales hechos no constituyan delito.
- e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.
- f) Que los transportistas incumplan las siguientes obligaciones: en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte, el remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español. La información constará de: nombre y apellidos de cada pasajero, su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad y tipo del mismo, paso fronterizo de entrada, código de transporte, hora de salida y de llegada del transporte, número total de personas transportadas, y lugar inicial de embarque. Asimismo, los transportistas estarán obligados a enviar a las autoridades españolas la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, de rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen.
- g) El transporte de extranjeros, sin que los transportistas hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.
- h) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada. Esta obligación incluirá los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, en su caso, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defecto, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual haya sido transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

**Sanciones (art. 55).** Las sanciones por las infracciones anteriores son:

- a) Las infracciones leves con multa de hasta 500 euros;
- b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10,000 euros. Además, los transportistas estarán obligados a sufragar los costes derivados del viaje;

c) Las infracciones muy graves con multa desde 10,001 hasta 100,000 euros, excepto la de transportar extranjeros sin la documentación debida, en cuyo caso la sanción será una multa de 5,000 a 10,000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 750,000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados. Cuando los transportistas no comuniquen la información de los pasajeros a las autoridades españolas serán sancionados con una multa de 10,001 hasta 100,000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado los datos de las personas transportadas o habiéndolos comunicado incorrectamente, con independencia de que la Autoridad gubernativa pueda adoptar la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación.

**Prescripción de las infracciones y de las sanciones (art. 56).** Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año. Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años.

**Expulsión (art. 57).** Son causas de expulsión:

1. Cuando un extranjero realice una infracción tipificada como grave o muy grave, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.
2. Que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa. La expulsión conllevará la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. En el caso de que la infracción sea estancia irregular por sobrepasar el tiempo permitido en su permiso de entrada o visa, o por encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo, pero el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumplierse esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión.

Salvo que medien razones de seguridad nacional, o se trate de una reincidencia de la infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, en el término de un año, no podrán ser expulsados:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años;
- b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en

España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado;

- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española;
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral;
- e) Al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.
- f) Las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

***Efectos de la expulsión y devolución (art. 58).***

1. La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español, la cual no excederá de cinco años, y diez años cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública. Si el extranjero abandona el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador porque su estancia fue irregular por sobrepasar el tiempo permitido en su permiso de entrada o visa, o por encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo, no se impondrá la prohibición de entrada, o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión.

2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; y de los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión. La devolución conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo conllevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

***Colaboración contra redes organizadas (art. 59).*** El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente

contra aquellos autores. Además, se podrá conceder una autorización de residencia y trabajo a favor del extranjero por circunstancias excepcionales, o el retorno asistido a su país de procedencia, a su elección.

Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente para que valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas.

***Víctimas de la trata de seres humanos (art. 59 bis).*** Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, otorgarán a la persona interesada un período de restablecimiento y reflexión, el cual tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por estancia irregular y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas.

Asimismo, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se les ofrecerá el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

***Efectos de la denegación de entrada – internamiento (art. 60).*** Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada, estarán obligados a regresar a su punto de origen. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, se internará al extranjero en una facilidad especial. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. La detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

***Medidas cautelares (art. 61).*** Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.
- f) La suspensión de las actividades de la compañía transportista, o la inmovilización del medio de transporte utilizado, si infringe la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente.

***Ingreso en centros de internamiento (art. 62).*** Se tomará en consideración el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

***Derechos de los extranjeros internados (art. 62 bis).***

1. Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada. En particular, el extranjero sometido a internamiento tiene los siguientes derechos:

- a) A ser informado de su situación.
- b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.



- c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
- d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.
- e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.
- f) A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.
- g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
- h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
- i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.
- j) A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.

***Deberes de los extranjeros internados (art. 62 ter).***

- a) A permanecer en el centro a disposición del Juez de Instrucción que hubiere autorizado su ingreso.
- b) A observar las normas por las que se rige el centro y cumplir las instrucciones generales impartidas por la dirección y las particulares que reciban de los funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones, encaminadas al mantenimiento del orden y la seguridad dentro del mismo, así como las relativas a su propio aseo e higiene y la limpieza del centro.
- c) A mantener una actividad cívica correcta y de respeto con los funcionarios y empleados del centro, con los visitantes y con los otros extranjeros internados, absteniéndose de proferir insultos o amenazas contra los mismos, o de promover o intervenir en agresiones, peleas, desórdenes y demás actos individuales o colectivos que alteren la convivencia.
- d) A conservar el buen estado de las instalaciones materiales, mobiliario y demás efectos del centro, evitando el deterioro o inutilización deliberada, tanto de éstos como de los bienes o pertenencias de los demás extranjeros ingresados o funcionarios.
- e) A someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva, apreciadas por el servicio médico, y a petición de éste, lo disponga el director del centro.

***Información y reclamaciones (art. 62 quáter).*** Los extranjeros recibirán a su ingreso en el centro información escrita sobre sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. La información se les facilitará en un idioma

que entiendan. Los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario.

***Procedimiento preferente (art. 63).*** Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente si la infracción que amerita la expulsión del extranjero representa una amenaza al orden público o la seguridad nacional. Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando se de alguna de las siguientes circunstancias: a) riesgo de incomparecencia; b) el extranjero evite o dificulte la expulsión; o c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. En estos supuestos no cabrá la concesión del período de salida voluntaria. Se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

***Procedimiento ordinario (art. 63 bis).*** En los demás casos, el procedimiento a seguir será el ordinario. La resolución en que se adopte la expulsión tramitada mediante el procedimiento ordinario incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución. El plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales. Tanto en la fase de tramitación del procedimiento como durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares.

***Ejecución de la expulsión (art. 64).*** Expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento. Tanto en los supuestos de prórroga del plazo de cumplimiento voluntario como de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la expulsión, se tendrá en cuenta la garantía para el extranjero afectado de: a) El mantenimiento de la unidad familiar con los miembros que se hallen en territorio español. b) La prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades. c) El acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica. d) Las necesidades especiales de personas vulnerables. La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del empleador que hubiera sido sancionado por contratar trabajadores irregulares o, a costa del extranjero si tuviere medios económicos para ello. De no darse ninguna de dichas condiciones, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos.

### **7.12.3.2 Derechos sociales**

Antes de hacer un recuento de los derechos sociales que se reconocen a los migrantes irregulares en España, es preciso señalar que el artículo 3 de la LOEX establece que los extranjeros gozan en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución Española en los términos establecidos en los tratados internacionales, en la ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la LOEX en condiciones de igualdad con los españoles. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

En materia de discriminación, el artículo 23 de la LOEX señala que “representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”. Además, en cualquier caso, constituyen actos de discriminación aquellos en contra de un extranjero, por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, los siguientes:

- a) Los efectuados por cualquier funcionario público, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión;
- b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público;
- c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la LOEX, al extranjero que se encuentre regularmente en España;
- d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España;
- e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores extranjeros.

Finalmente, el artículo 24 sostiene que será aplicable el procedimiento sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución para los casos de prácticas discriminatorias que comporten vulneración de derechos y libertades fundamentales.

***Derecho a vivienda/alojamiento.*** Los migrantes irregulares no tienen derechos relacionados con ayuda para la vivienda, puesto que el artículo 13 de la LOEX sostiene que sólo “los extranjeros *residentes* tienen derecho de acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones

competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles”.<sup>626</sup>

Cabe señalar que no es ilegal alquilar una vivienda a un migrante irregular. De hecho, existen organizaciones, como Provivienda (Madrid), que se dedican a ofrecer vivienda (de propietarios particulares) en alquiler para la población inmigrante en situación de vulnerabilidad, mediando e informando sobre cualquier tema relacionado con el alojamiento, incluyendo asesoramiento jurídico especializado para los migrantes con el fin de que se respeten sus derechos.<sup>627</sup>

**Derecho a la salud.**<sup>628</sup> La Ley General de Sanidad de 1986 establece la titularidad de este derecho en su artículo 1, párrafos 2 y 3: “2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. 3. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”. Esta disposición es completada por las previsiones de la Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 2, b), recoge como uno de los principios que informan dicha Ley “el aseguramiento universal y público por parte del Estado”. Todavía resulta más clara la previsión del artículo 3 de esta misma Ley 16/2003, la cual señala:

“Artículo 3. Titulares de los derechos.

1. Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes:

a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000.

b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.

c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

2. Las Administraciones públicas orientarán sus acciones en materia de salud incorporando medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas o sociales tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.

El artículo 12 de la LOEX, por su parte, establece:

---

<sup>626</sup> Sobre este tema, véase: Viana Garcés, Andréa, El derecho a la vivienda de los inmigrantes: mapa jurídico de una tela de araña, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 529-557.

<sup>627</sup> Véase más información al respecto en:

[http://www.provivienda.org/programas/alojamiento\\_inmigrantes.php](http://www.provivienda.org/programas/alojamiento_inmigrantes.php).

<sup>628</sup> Pueden verse trabajos completos sobre este tema en: Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, Inmigración irregular y asistencia sanitaria en España, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009, p. 195-202; Trejo Chacón, María Fernanda, La asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular, p. 227-307, en *ibidem*; Arbeláez Rudas, Mónica, García Vázquez, Sonia, El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 437-462.

- “1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.
3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”.

De lo anterior, podemos distinguir el acceso al derecho a la salud de los extranjeros empadronados y los que no lo están:

a) Extranjeros empadronados. El primer apartado del artículo 12 otorga el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados. Al respecto, cabe hacer dos precisiones. La primera, que si bien el estar empadronado no implica que se tenga una condición migratoria regular, el condicionamiento del otorgamiento del derecho al registro en el padrón municipal hace que varios extranjeros queden desprotegidos, por ejemplo los que no tienen pasaporte y un contrato de arrendamiento. La segunda, que este derecho no es otorgado con carácter absoluto, sino en las mismas condiciones en las que se les reconocería a los españoles. Por tanto, los extranjeros empadronados pueden acceder a la asistencia sanitaria, bien por su inclusión en alguno de los diferentes regímenes de la Seguridad Social (lo cual sólo será factible para los que residan y/o trabajen legalmente) o a través de la asistencia sanitaria para personas sin recursos económicos (Real Decreto 1088/89, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, y Orden Ministerial, de 13 de noviembre de 1989, de desarrollo del Real Decreto 1088/1989), que habrá de ser reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a instancia del interesado.

b) Extranjeros no empadronados. De la lectura del artículo 12.2 se infiere que su ámbito de aplicación personal se extiende “tanto a los residentes legales, aquéllos que al menos tengan la inscripción en el padrón, los que estén en situación de absoluta ilegalidad, y los extranjeros transeúntes (ya sea en situación de legalidad o ilegalidad)”.<sup>629</sup> De acuerdo con este artículo: 1. Los extranjeros menores de dieciocho años tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; 2) Las extranjeras embarazadas tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto; 3) El resto de los extranjeros no empadronados tendrán el derecho a la asistencia médica de urgencia hasta la situación de alta médica sólo en caso de enfermedad grave –concepto indeterminado– o accidente. Finalmente, cabe señalar que los profesionales de la salud no están obligados a denunciar a los migrantes irregulares que acudan en busca de sus servicios porque el derecho a la salud para estas personas está previsto por la LOEX.

### ***Derechos laborales.***

---

<sup>629</sup> Gorelli Hernández, Juan, Vílchez Porras, Maximiliano, La protección social a los alógenos, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Trabajadores en España. Régimen Jurídico*, Murcia: Laborum, 2001, p. 126-127.

a) Validez del contrato de trabajo celebrado con un trabajador migrante irregular. A pesar de que el derecho al trabajo no se reconoce a los trabajadores extranjeros en situación irregular, este no reconocimiento es inicial porque el artículo 36.5 de la LOEX permite afirmar la validez del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular, cuestión distinta es que la celebración de un contrato de trabajo en tal situación conlleve importantes consecuencias sancionadoras:

“Art. 36. 5. *La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo* respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”.

Interpretando esta norma, la doctrina laboralista defiende tres posiciones básicas. La primera afirma que el contrato de trabajo es válido, teniendo en cuenta la redacción actual de la norma, la finalidad y el espíritu de la misma. La segunda habla de una nulidad relativa, lo cual significa que ese contrato de trabajo, inicialmente nulo, producirá los mismos efectos que un contrato de trabajo pero sólo para el trabajador. Estaríamos ante una validez “asimétrica”, como la existente en el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 9.2, el cual señala: “En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”. La tercera tesis defiende que el contrato es nulo y que, por tanto, tan sólo puede producir el efecto del pago de la remuneración, antes citado.<sup>630</sup>

La jurisprudencia en general y el Tribunal Supremo se han pronunciado sobre estas discrepancias y afirman (en doctrina prácticamente unánime) la validez de este contrato. Esta tesis jurisprudencial encuentra un claro fundamento en el Derecho vigente. En efecto, el reconocimiento de efectos jurídicos a un contrato que debería reputarse nulo tiene una cobertura legal clásica, en concreto en el artículo 6.3 del Código Civil, que dice: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

La evolución jurisprudencial no ofrece en la actualidad dudas en cuanto a la validez de este contrato de trabajo celebrado por extranjeros en situación irregular. La doctrina de los tribunales españoles ha ido avanzando significativamente respecto a los derechos que asisten a los trabajadores extranjeros en España, aún cuando carezcan de la correspondiente autorización para realizar actividades lucrativas. Ese avance ha sido posibilitado por la LOEX, especialmente por su artículo 36.5 porque, hasta la entrada en vigor de esta Ley, los

---

<sup>630</sup> García Valverde, M. D., La contratación ilegal de extranjeros, *Revista de Derecho Social*, No. 43, 2008, p. 66-70. También véanse: Navarro Amaro, Salvador, Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrado con inmigrante en situación irregular, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009, p. 33-62; Ramos Quintana, Margarita Isabel, El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 370-376.

extranjeros se veían privados de derechos laborales si carecían del correspondiente permiso de trabajo.<sup>631</sup>

Ya la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 5 de Abril de 2005 señalaba que quien está obligado a solicitar la autorización para realizar actividades lucrativas es el empleador, no el trabajador, como expresamente reconoce el artículo 36.4 de la LOEX.<sup>632</sup> Por ello, “la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero” (fundamento segundo de derecho). Por tanto, tras la promulgación de la Ley 4/2000, el contrato de trabajo con extranjero en situación irregular no puede ser considerado sin más un contrato nulo.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de Marzo de 2008<sup>633</sup> marcha en la misma dirección, afirmando textualmente: “es indiferente que el trabajador extranjero posea o no un permiso de residencia o de trabajo. Es responsabilidad del empresario su contratación, pero si ha realizado una actividad laboral prolongada –como el caso de autos–, sería contrario a la Ley no reconocer al mismo los derechos derivados de su actividad laboral, entre ellos lógicamente el derecho al desempleo si reúne los requisitos exigidos para cualquier español, para su obtención. Esto es, período mínimo trabajado. Requisito que los demandantes han cumplido con creces”.

Esta sentencia considera al trabajador extranjero como “víctima y principal perjudicado de una realidad social que demuestra la frecuente contratación irregular de empresarios que aprovechan esta situación para imponer condiciones de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias de cualquier contrato de trabajo” (fundamento cuarto).

b) Derechos laborales. *Todos* los extranjeros en España –incluidos los irregulares– tienen derecho de reunión (art. 7), libertad de asociación (art. 8) y libertad de sindicación y huelga (art. 11) en las mismas condiciones que los españoles. En cuanto al derecho al trabajo y la Seguridad Social, el artículo 10 señala que sólo los extranjeros regulares tienen derecho de ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como de acceder al sistema de la Seguridad Social –salvo los servicios y las prestaciones sociales básicas (art. 14.3 LOEX)–, por lo que los migrantes irregulares están excluidos de estos derechos. Sin embargo, si el contrato realizado con trabajador extranjero en situación irregular es válido, éste debe beneficiarse de la equiparación de derechos laborales con los extranjeros en situación regular o residentes y con los españoles, ya que los derechos no derivan del hecho de que el contrato esté o no esté autorizado, sino del contrato en sí mismo.<sup>634</sup>

---

<sup>631</sup> Chueca Sancho, Ángel G., Aguelo Navarro, Pascual, 2010, *op.cit.*, nota 591.

<sup>632</sup> Antes de la reforma operada por la ley 2/2009 era el artículo 36.3, inciso primero, y antes de la reforma hecha por la ley 14/2003 era el artículo 33, 2º, 3º.

<sup>633</sup> Actualidad Laboral, Lex Nova, *Jurisprudencia 2008 J 492*, fundamento primero de derecho.

<sup>634</sup> Alfonso Mellado, C. L., La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados a trabajar (Comentario a la STS de 18 de Marzo de 2008), *Revista de Derecho Social*, No. 43 2008, p. 188.

*Despido injustificado.* Si un trabajador extranjero irregular es despedido, nadie puede negarle su derecho de reclamar ese despido, el cual podrá ser declarado procedente, improcedente o nulo, lo mismo que si se estuviera ante el caso del despido de un español o de un extranjero en situación regular. Siguiendo a M. D. García Valverde, en el despido improcedente el empresario no tiene más que una opción: la indemnización; el extranjero además recibirá los oportunos salarios de tramitación y podrá exigir (en su caso) responsabilidad al Fondo de Garantía Laboral (FOGASA). En este caso, por tanto, el trabajador no puede exigir su reincorporación al puesto de trabajo.<sup>635</sup> Si el despido se declara nulo sigue sin ser posible la reincorporación a su puesto de trabajo, por tratarse de un extranjero irregular; por lo que parece que deberá sustituirse esa reincorporación por la correspondiente indemnización.<sup>636</sup> En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2002 interpretó que el contrato realizado con un trabajador migrante irregular era válido y eficaz, al margen de las responsabilidades penales o administrativas derivadas del incumplimiento, y reconoció el derecho de los trabajadores migrantes irregulares de exigir al empleador el cumplimiento de todas las obligaciones que nacen de la prestación de servicios por cuenta ajena conforme al Estatuto de los Trabajadores, incluidas –además del obvio pago del salario por trabajo realizado– las indemnizaciones por despido.<sup>637</sup>

*Accidentes de trabajo.* En cuanto a este tema se refiere, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 y 7 de octubre de 2003 disponen la protección de los trabajadores migrantes irregulares en caso de que sufran accidentes de trabajo.<sup>638</sup> Esto por la aplicación conjunta de: los artículos 1, 7, 124 y 125 de la Ley General de la Seguridad Social, el Convenio no. 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo de 1925 (ratificado por España el 22 de febrero de 1929),<sup>639</sup> y el Convenio no. 97 de la OIT, sobre trabajadores migrantes de 1949 (ratificado por España el 21 de marzo de 1967),<sup>640</sup> en aplicación del principio de reciprocidad consagrado en el artículo 7.5 de la Ley General de la Seguridad Social, el cual señala:

“Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”.

Conviene tener presente que con anterioridad a estas sentencias, existía ya jurisprudencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1994, en la que se estableció que el requisito de la residencia no era esencial para el reconocimiento de la protección por accidentes de

<sup>635</sup> García Valverde, M. D., *op. cit.*, nota 630, p. 74-75.

<sup>636</sup> Chueca Sancho, Ángel G., Aguelo Navarro, Pascual, 2010, *op. cit.*, nota 591.

<sup>637</sup> TSJ Cataluña, Sentencia de 14 de mayo de 2002.

<sup>638</sup> Véase una reseña de ambas sentencias en: Rubio de Medina, María Dolores, *Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo*, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009, p. 66-68.

<sup>639</sup> Véase en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C019>.

<sup>640</sup> Véase en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C097>.



trabajo de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, toda vez que: “la regulación de las prestaciones de Seguridad Social no corre paralela a los derechos derivados del contrato de trabajo, siendo mayor la protección que otorga el ordenamiento a los primeros que a las acciones que corresponden al trabajador derivadas de los contratos de trabajo [...]”. Además, reconoció que el Convenio no. 19 de la OIT recoge el principio de igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales, principio que es predicable a todos los trabajadores extranjeros y sus derechohabientes, sin ninguna condición de residencia.

*Otros derechos.* La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 aclaró que el hecho de trabajar sin autorización, pese a ser una falta grave, no es obstáculo para que los trabajadores irregulares puedan obtener “las prestaciones que pudieran corresponderles”.<sup>641</sup> Estas prestaciones son, de acuerdo con el artículo 14.3 de la LOEX, las “prestaciones sociales básicas”, entendidas por tales los servicios sociales a los que alude el artículo 53 de la Ley General de la Seguridad Social, y las prestaciones sociales que las leyes declaren como “básicas” a estos efectos, entre las que cabe citar la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente y la continuidad de dicha atención hasta el alta médica (art. 12.2 LOEX). Asimismo, en palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de mayo de 2004, la prestación calificada como “asistencia social externa a la Seguridad Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (art. 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas”. De este modo, dentro del concepto de “prestaciones sociales básicas” se incluyen solamente los servicios sociales (arts. 53 y 54) y la asistencia social (arts. 55 y 56) regulados en la Ley General de la Seguridad Social.

En cuanto a otras prestaciones se refiere, la STS de 18 de marzo de 2008 negó la prestación por desempleo a los migrantes irregulares ya que esto supondría regularizarlos de manera encubierta porque los haría inexpulsables puesto que tendría aplicación el artículo 57.5.d) de la LOEX, el cual dispone que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los: “[...] beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una *prestación contributiva por desempleo* o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral [...]”.<sup>642</sup>

***Derecho a la educación (art. 9).***<sup>643</sup> Los migrantes irregulares menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso

---

<sup>641</sup> Véase un comentario de esta sentencia en: García Viña, Jordi, La denegación del desempleo al trabajador extranjero sin permiso de residencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009, p. 83-104.

<sup>642</sup> Tribunal Supremo, Sentencia de 18 de marzo de 2008.

<sup>643</sup> En general, véase: Pérez Solá, Nicolás, El derecho a la educación, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 391-436.

escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización. El acceso de los extranjeros mayores de dieciocho años a la educación se rige por lo establecido en la legislación educativa, pero en todo caso tienen el derecho de acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles. Cabe señalar que los profesionales de la educación no están obligados a denunciar a los migrantes irregulares que acudan en busca de sus servicios porque el derecho a la educación para estas personas (menos de 18 años) está previsto por la LOEX.

**Derecho de subsistencia mínima (art. 14).** Los migrantes irregulares tienen derecho a los servicios y las prestaciones sociales básicas y generales, pero no a las específicas, las cuales se reservan a los extranjeros regulares. Se exceptúa de esto a los extranjeros con discapacidad, y a los menores de dieciocho años que tengan su domicilio habitual en España, quienes tendrán derecho de recibir el tratamiento y los servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.

De acuerdo con lo señalado en la LOEX, el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración II (PECI II) 2011-2014 tiene como uno de sus objetivos en el Área de Servicios Sociales e Inclusión el “aumentar los niveles de inclusión social de la población en contextos de riesgo de exclusión y diversidad”, tal y como lo es la población migrante irregular. En este sentido, el PECI II afirma que “el crecimiento de situaciones de pobreza, vulnerabilidad y riesgo de exclusión en el conjunto de la población, y en mayor proporción en la población de origen extranjero, conlleva que la inclusión social sea objetivo de especial relevancia. Se pretende fomentar que la multiplicidad de actores sociales que trabajan en este ámbito desarrollen programas de atención integral tanto en el ámbito comunitario como dirigidos a colectivos específicos en situación de especial vulnerabilidad”. Por ello, una de las líneas de actuación y medidas es la “promoción de la equidad e igualdad de oportunidades en contextos de diversidad”.<sup>644</sup>

**Derecho a la vida familiar.** El artículo 16.1 de la LOEX señala: “Los extranjeros *residentes* tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España”. Esta restricción a los residentes es inconstitucional al tratarse de un derecho inherente a la dignidad de la persona, reconocido constitucionalmente de modo impersonal (art. 18 de la Constitución), por lo cual está fuera de toda duda que corresponde a todas las personas, incluidos los extranjeros irregulares. Asimismo, este derecho se encuentra protegido por la Ley Orgánica 5/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como por el Código Penal (art. 197 y ss.). El contenido esencial de este derecho resulta, además de lo que prevé la propia Constitución, de los artículos 12 de la DUDH, 17 del PIDCP y 8 del CoEDH.<sup>645</sup>

---

<sup>644</sup> Ministerio de Trabajo e Inmigración, *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración II 2011-2014*, p. 174-179, disponible en:

[http://extranjeros.meyss.es/es/IntegracionRetorno/Plan\\_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf](http://extranjeros.meyss.es/es/IntegracionRetorno/Plan_estrategico2011/pdf/PECI-2011-2014.pdf).

<sup>645</sup> Gavidia Sánchez, Julio V., Españoles/extranjeros, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII-1, Enero 2006, p. 89.

Por otro lado, en cuanto al matrimonio se refiere, para casarse en España no es requisito la residencia legal del extranjero: ni para iniciar el expediente matrimonial ni para la celebración del matrimonio. Cabe recordar que el artículo 32 de la Constitución Española protege este derecho a todas las personas, sin hacer distinción alguna por ser extranjero y mucho menos por ser irregular. El artículo 50 del Código Civil señala que si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. La LOEX no señala nada al respecto por lo que se rigen por lo dispuesto por el Código Civil.

Los españoles y extranjeros tienen derecho de contraer matrimonio en España, con independencia de la situación legal del ciudadano extranjero. Es posible, por tanto, que un español contraiga matrimonio con un extranjero en situación irregular. La particularidad en el caso de los matrimonios mixtos (español-extranjero) radica en la necesidad de tramitar un expediente previo antes de la celebración de la boda (art. 56 Código Civil). Este trámite es obligatorio y se realiza en el Registro Civil del lugar de residencia de cualquiera de los contrayentes y tiene como objeto determinar si ambos novios tienen capacidad para celebrar el matrimonio y comprobar si el consentimiento matrimonial carece de vicio alguno.<sup>646</sup> Concluido el expediente, el juez autoriza la celebración de la boda y una vez realizada, ambos se convierten en “casados conforme a la normativa civil española”, derivándose desde ese momento una serie de consecuencias jurídicas de distinta índole, entre las que destacan, por su especial importancia, los beneficios derivados de la legislación de extranjería a favor del cónyuge de un ciudadano español.

***Derecho a la asistencia legal.*** La gratuidad de la justicia se contempla en el artículo 119 de la Constitución Española, el cual reza: “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Esto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como un derecho que no es absoluto e ilimitado, sino prestacional y de configuración legal (STC 16/1994), pero sin olvidar su contenido constitucional indisponible para el legislador (STC 117/1998). En ese orden, la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, es la norma que determina el contenido y extensión de este derecho cuya finalidad se concreta en permitir a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, proveerse de los profesionales necesarios para acceder a la tutela judicial en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

En el ámbito de la extranjería, la justicia gratuita se encuentra reconocida expresamente en el artículo 22 de la LOEX. Además, esta ley establece en su artículo 20 el derecho de todos los extranjeros a la tutela judicial efectiva. Y las garantías procesales en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones; la legitimación como partes en el

---

<sup>646</sup> Véase la reglamentación del expediente previo en: Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (BOE no. 21 de 25/1/1995, p. 2316-2317); e Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia (BOE no. 41 de 17/2/2006, p. 6330-6338).

proceso de organizaciones para la defensa de los inmigrantes; y el derecho al recurso contra los actos y resoluciones administrativos (art. 21).<sup>647</sup>

La LOEX dispone que *todos* los extranjeros tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. Tienen derecho a la asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes.

En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada. Deberá realizarse la constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente, o en caso de que se halle privado de su libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen. Cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.

## **Conclusión**

Las preguntas de investigación que se plantearon al inicio de este capítulo y las conclusiones que se extraen de lo estudiado son las siguientes:

*¿Cómo se ha construido la migración irregular con fines de empleo a lo largo del tiempo?*

La migración irregular ha sido construida a lo largo del tiempo a través de las regulaciones estatales de control de la migración internacional y sus mecanismos de inclusión y exclusión. Su característica distintiva es que es un concepto flexible que se va formando a lo largo del tiempo, según van cambiando las leyes que establecen las reglas de entrada, permanencia, empleo y exclusión de extranjeros y que, de esa forma, van definiendo lo que es legal e ilegal. El poder de los Estados de definir el estatus legal de los extranjeros es el factor decisivo en la creación de la migración irregular y, dentro de ésta, la realizada con fines de empleo. Por ejemplo, al indagar en la historia de las leyes migratorias en Estados Unidos y Canadá, es fácil percibir como la formación de la migración irregular en los primeros años de regulación estuvo relacionada con la aprobación de leyes profundamente racistas. Así, la prohibición de la inmigración de trabajadores chinos en 1882 y 1885, respectivamente, y de asiáticos en general en los años siguientes, generó la inmigración irregular de estos extranjeros. En otros países, la aprobación de leyes que diferenciaron

---

<sup>647</sup> Véase una reseña sobre el reconocimiento progresivo de derechos procesales a los migrantes irregulares en: Chocrón Giráldez, Ana María, El reconocimiento progresivo de derechos a los extranjeros en situación irregular en el ámbito de las garantías procesales, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009, p. 9-32.

entre varias categorías de extranjeros también resultó en formas específicas de exclusión e ilegalización de extranjeros. Por ejemplo, en el imperio alemán de finales del siglo XIX se establecieron reglas particulares para los trabajadores polacos que resultaron en su tratamiento como inmigrantes de segunda clase.

Por lo anterior, la migración irregular es un concepto que se va construyendo de acuerdo con las regulaciones migratorias que van emitiendo los Estados, los cuales tienen el poder soberano de definir el estatus legal, y por tanto ilegal, de los extranjeros en su territorio. Por ello, el estudio de las leyes y políticas migratorias a lo largo de la historia de la migración internacional moderna da la posibilidad de conocer los orígenes de la migración irregular y, de esta manera, tener un mejor entendimiento del fenómeno, en el caso concreto de este trabajo, de la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares.

*¿Cómo y cuándo apareció la ilegalidad en la legislación migratoria o de extranjería?*

La 'ilegalidad' comenzó a aparecer en la legislación de extranjería desde la década de 1920 cuando grupos específicos de extranjeros fueron considerados ilegales. Este cambio en los términos es importante toda vez que es un indicador de los cambios en las relaciones entre los extranjeros y el Estado. No es casualidad que este proceso haya tenido lugar tras la consolidación del Estado-Nación que surgió después de la Primera Guerra Mundial: hubo una redefinición de fronteras, territorios y de la noción de nacionalidad.

La aparición de la ilegalidad en las legislaciones de extranjería estuvo aparejada de la introducción de controles migratorios que facilitaron la vigilancia del cumplimiento de la ley. Lo anterior en virtud de que si bien las regulaciones de entrada y deportación de extranjeros fueron establecidas en la mayoría de países en la segunda mitad del siglo XIX, fue hasta después de la Primera Guerra Mundial que se contó con los medios para vigilar su cumplimiento: por un lado, con el uso de los pasaportes y los procedimientos de deportación y, por otro, con la creación de los registros de extranjeros y los mecanismos de vigilancia fronteriza, entre otros.

*¿Cuándo entró la migración irregular con fines de empleo al debate migratorio?*

La migración irregular con fines de empleo apareció sistemáticamente en las políticas y debates públicos sobre migración en la mayoría de los Estados hasta la década de los 70', cuando ya existía una población ilegal visible en la mayoría de los Estados. Por ejemplo, en Estados Unidos para estos años ya existía una población notoria de trabajadores irregulares, en su mayoría mexicanos, como consecuencia de las políticas migratorias de años anteriores: la exclusión de mexicanos de los programas de regularización de los años 30' y 40', la terminación del acuerdo de trabajadores temporales con México en 1964 y las políticas llevadas a cabo durante su vigencia, entre otras. De este modo, tanto por su magnitud como por su inminente aumento, la migración irregular fue considerada un problema social serio desde estos años por sus efectos en el 'desplazamiento' de los trabajadores nacionales y la 'depresión' de sus salarios, la evasión de impuestos, la sobrecarga de los servicios públicos y de salud, la opinión pública sobre la ingobernabilidad de este aspecto de la política migratoria, etc.

En el ámbito europeo, la introducción de políticas de inmigración cero desde mediados de los 70' desembocó en el aumento de la migración irregular en la forma de falso turismo, asilo y trabajo temporal y, por tanto, en su inclusión en el debate migratorio. Otros factores que influyeron en el aumento de la migración irregular en los años siguientes, tanto en Norteamérica como en Europa y visto desde la óptica de los Estados receptores, fueron la creciente burocratización y dificultad de los procedimientos de admisión y renovación de permisos, la inadecuada implementación de los controles migratorios (sanciones a los empleadores, vigilancia fronteriza y en los sitios de trabajo, etc.), las políticas migratorias que inintencionadamente resultaron en aumentos de la migración irregular (por ejemplo las regulaciones de inmigración permanente y refugio de Canadá de finales de 1967 y 1976) y, evidentemente, la continua demanda de mano de obra barata y flexible, entre otras.

*¿Cuáles son las políticas actuales de control de la migración irregular en los Estados de estudio?*

Desde la década de los 70' se empezó a dar una estandarización de las medidas de control de la migración irregular en la mayoría de los Estados desarrollados y grandes receptores de migrantes, lo cual es más palpable en los Estados dentro de una misma organización regional, como es el caso de la Unión Europea. Entre tales medidas se encuentran: el reforzamiento de las fronteras y los controles policiales, el endurecimiento de los requisitos de entrada para los extranjeros, el establecimiento de cuotas anuales de entrada de extranjeros, las sanciones a los empleadores y los transportistas, la criminalización de la migración irregular, las amnistías, las inspecciones en los sitios de trabajo, el aumento de las sanciones por cometer infracciones en materia migratoria y de tráfico de personas, etc.

En la primera década del siglo XXI el debate público sobre la migración irregular cambió por completo después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. Se puso énfasis en la seguridad y la prevención del crimen, y hubo una tendencia a ligar los asuntos de terrorismo con la migración irregular. Como consecuencia, las medidas para combatir el terrorismo fueron complementadas con medidas en contra de los migrantes irregulares y los traficantes de personas. La legislación antiterrorista aprobada después de los eventos de 2001 endureció diversas reglas concernientes a la residencia de extranjeros y el derecho de asilo. Es cierto que la mayoría de Estados tienen regulaciones que protegen los derechos básicos de los migrantes, pero tales legislaciones tienen sus limitaciones, las cuales son exacerbadas por el contexto de migración presente, el cual se caracteriza por un énfasis en la seguridad y una lectura limitada de los derechos e intereses de los extranjeros, en especial de los menos favorecidos, tales como los migrantes irregulares.

Actualmente existe una discrepancia considerable entre los objetivos de las políticas migratorias de los Estados: la reducción de la inmigración; y los resultados de tales políticas: la creación de la migración irregular. Esto puede ser atribuido a tres situaciones:

a) que las regulaciones que intentan limitar la migración, al reducir los canales legales para migrar, tienen efectos secundarios negativos no intencionados que contribuyen a la migración irregular. Por ejemplo, si se retira el estatus regular a los migrantes que se quedan sin empleo puede llevarlos –más que a regresar a su país– a permanecer en el Estado de empleo más allá del tiempo permitido en permiso de trabajo;

b) que las regulaciones migratorias que fallan en producir los resultados esperados revelan una inadecuada implementación; y

c) que los objetivos de la política migratoria frecuentemente tienen un significado meramente discursivo. Están hechos con el fin de demostrar al público que el gobierno tiene a la migración bajo control cuando en realidad se hacen pocos esfuerzos para producir los resultados perseguidos por las políticas migratorias.

Por estos mecanismos, emerge una laguna entre los objetivos de la política migratoria (que los migrantes abandonen el territorio del Estado a la expiración o término de su estatus) y el resultado de la política migratoria (que los migrantes irregulares permanezcan en su territorio y se nieguen a irse).

En conclusión, como lo demuestra la experiencia, la brecha entre los objetivos de las medidas de control de la migración irregular y los resultados obtenidos es cada vez más honda, con el evidente costo en materia de derechos humanos de los migrantes irregulares y sus familias.





### EPÍLOGO. LOS MIGRANTES IRREGULARES Y SUS DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO

El objetivo de este último capítulo es, de acuerdo con lo estudiado en los capítulos precedentes, la determinación del estándar mínimo internacional de trato que los migrantes irregulares deben gozar en los Estados de empleo o recepción en lo relativo a sus derechos humanos, incluidos los de carácter laboral. Lo anterior con el fin de clarificar las obligaciones de los Estados en esta materia y evitar o atenuar los continuos atropellos que sufren los migrantes irregulares: por un lado, por la falta de claridad en cuanto a la naturaleza exacta y el ámbito de los derechos disponibles para estas personas, en especial en lo relativo a los económicos, culturales y sociales; y, por otro, por la falta de conocimiento de los migrantes irregulares de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento internacional, independientemente de su condición migratoria.

Los derechos de los que son titulares los migrantes irregulares, de acuerdo con el Internacional general, el Derecho Internacional particular y el Derecho Comparado,<sup>1</sup> son:

1. Derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación;
2. Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona;
3. Prohibición de la esclavitud en todas sus formas, el trabajo forzoso y la servidumbre;
4. Derecho de no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
5. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica;
6. Derecho a no ser encarcelado por deudas de carácter contractual;
7. Derecho a un recurso efectivo / doble grado de jurisdicción penal / indemnización en caso de error judicial;
8. Respeto del principio *non bis in idem*;
9. Derecho de no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado;
10. Derecho de ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial / debido proceso legal;
11. Derecho de que se presuma la inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad;
12. No retroactividad de la ley penal/ principio de legalidad;
13. Derecho a la nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ella ni del derecho de cambiarla;
14. Derecho de casarse, fundar una familia y de la protección de ésta;
15. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;
16. Derecho al trabajo, la libre elección de su trabajo, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo / igual salario por trabajo igual / remuneración mínima;
17. Derecho de libertad sindical;
18. Derecho a la protección de la maternidad y la infancia;
19. Derecho a la educación;

---

<sup>1</sup> Véase tabla anexa.

20. Derecho a la salud.

Como se puede ver, no son pocos los derechos que deben gozar los migrantes irregulares de acuerdo con lo establecido en el orden internacional y la práctica de los Estados. No obstante, la falta de información, tanto de los funcionarios como de los migrantes, hace que estas personas vivan en condiciones deplorables y que se les nieguen los derechos humanos más básicos, tanto civiles y políticos como económicos, culturales y sociales. De ahí la importancia de difundir los derechos que estas personas deben tener reconocidos en todo Estado, independientemente de su condición migratoria, la cual si bien puede constituir una falta administrativa (o en algunos Estados penal), no implica la desaparición de su calidad de personas con dignidad y derechos inherentes, los cuales se adquieren por el sólo hecho de ser seres humanos.

DERECHO	DERECHO INTERNACIONAL PARTICULAR	DIG / JUS COGENS	DERECHO COMPARADO							EST. MIN. INT.	EST. MIN. INT. MIGR. IRREG.
			EEUU	CAN	RU	FRA	ALE	ITA	ESP		
No discriminación	Art. 1.3, 55.c), 13.1.b) CNU; Art. 2.1, 6, 7 DUDH; Art. 2.1, 26, 24 PIDCP; Art. 2.2 PIDESC; Art. 1.1 CEDR; Art. 1.1, 7, 88 CIDTM; Convenios No. 100 y 111 OIT; Art. 3.1, 45.a) COEA; Art. II DADH; Art. 1, 24 CADH; Art. 3 PSS; Art. 14 CoEDH; Art. 1 Protocolo No. 12 CoEDH; Art. E.V CSEr; Art. 21 CDFUE	✓	-	-	-	-	-	-	-	✗	✓
Igualdad ante la ley	Art. 7 DUDH; Art. 26 PIDCP; Art. 5 CEDR; Art. 18 CIDTM; Art. II DADH; Art. 24 CADH; Art. 6.1 CoEDH; Art. 20 CDFUE	✓	-	-	-	-	-	-	-	✗	✓
Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona	Art. 3 DUDH; Art. 6, 9 PIDCP; Art. 9, 16 CIDTM; Art. I DADH; Art. 4, 5, 7 CADH; Art. 2, 5 CoEDH; Art. 2, 6 CDFUE	✗	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Prohibición de la esclavitud en todas sus formas, el trabajo forzoso y la servidumbre	Art. 4 DUDH; Art. 8 PIDCP; Art. 11 CIDTM; Convenios No. 29 y 105 OIT; Art. 6 CADH; Art. 4 CoEDH; Art. 5 CDFUE	✓	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Derecho de no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes	Art. 5 DUDH; Art. 7 PIDCP; Art. 10 CIDTM; Art. 5.2; Art. 3 CoEDH; Art. 4 CDFUE	✓	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓

8. Epílogo. Los Migrantes Irregulares y sus Derechos Humanos: Estándar Mínimo Internacional de Trato

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	Art. 6 DUDH; Art. 16 PIDCP; Art. 24 CIDTM; Art. XVII DADH; Art. 3 CADH; Art. 13 CoEDH; Art. 47 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Derecho a no ser encarcelado por deudas de carácter contractual	Art. 11 PIDCP; Art. 20.1 CIDTM; Art. XXV CADH; Art. 7.7 CADH; Art. 1 Protocolo no. 4 CoEDH	×	-	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Derecho de ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano en caso de ser privado de la libertad	Art. 10 PIDCP; Art. 17 CIDTM; Art. XXV CADH; Art. 8, 11 CADH; Art. 1, 3 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Derecho a un recurso efectivo / Doble grado de jurisdicción penal / indemnización en caso de error judicial	Art. 8 DUDH; Art. 14, apartados 5 y 6, PIDCP; Art. 6 CEDR; Art. 16, apartados 8 y 9, 18.5 CIDTM; Art. 45.1) COEA; Art. XXV DADH; Art. 8.2.h), 10, 14, 25 CADH; Art. 5, apartados 4 y 5, 13 CoEDH; Art. 2 Protocolo No. 7 CoEDH, Art. 47, 48.2 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Principio <i>non bis in idem</i>	Art. 14.7 PIDCP; Art. 18.7 CIDTM; Art. 8.4 CADH; Art. 4 Protocolo no. 7 CoEDH; Art. 50 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Derecho de no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado	Art. 9 DUDH; Art. 14.1 PIDCP; Art. 16.4 CIDTM; Art. XXV DADH; Art. 7 CADH; Art. 5.1 CoEDH	×	-	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES  
EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA EUROPEA Y AMERICANA

Derecho de ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial / debido proceso legal	Art. 10 DUDH; Art. 14, apartados 1 y 3, PIDCP; Art. 18 CIDTM; Art. XVIII, XXVI DADH; Art. 8, 25 CADH; Art. 6 CoEDH; Art. 47 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Derecho de que se presuma la inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad	Art. 11.1 DUDH; Art. 14.2 PIDCP; Art. 18.2 CIDTM; Art. XXVI DADH; Art. 8.2 CADH; Art. 6.2 CoEDH; Art. 48.1 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
No retroactividad de la ley penal/ principio de legalidad,	Art. 11.2 DUDH; Art. 15.1 PIDCP; Art. 16.4, 18.1, 19.1 CIDTM; Art. XXV, XXVI DADH; Art. 9 CADH; Art. 7 CoEDH; Art. 49.1 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Derecho de buscar asilo en caso de persecución	Art. 14 DUDH; Art. XXVII DADH; Art. 18 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Derecho de no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, ni de ataques a la honra o la reputación, y a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques	Art. 12 DUDH; Art. 17 PIDCP; Art. 14 CIDTM; Art. V, IX, X DADH; Art. 11 CADH; Art. 8.1 CoEDH	×	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Derecho de salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país	Art. 13.2 DUDH; Art. 12.2 PIDCP; Art. 8 CIDTM; Art. VIII DADH; Art. 22.2 CADH; Art. 3.2 Protocolo no. 4 CoEDH	×	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Derecho a la nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ella ni del derecho de cambiarla	Art. 15 DUDH; Art. 24.3 PIDCP; Art. 29 CIDTM; Art. XIX DADH; Art. 20 CADH	×	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓

8. Epílogo. Los Migrantes Irregulares y sus Derechos Humanos: Estándar Mínimo Internacional de Trato

Derecho de casarse, fundar una familia y de la protección de ésta	Art. 16 DUDH; Art. 23 PIDCP; Art. VI DADH; Art. 17 CADH; Art. 15 PSS; Art. 12 CoEDH; Art. 9 CDFUE	×	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Derecho a la propiedad y a no ser privado arbitrariamente de ella	Art. 17 DUDH; Art. 15 CIDTM; Art. XXIII DADH; Art. 21 CADH; Art. 1 Protocolo No. 1 CoEDH; Art. 17 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión	Art. 18 DUDH; Art. 18.1 PIDCP; Art. 12 CIDTM; Art. III DADH; Art. 9 CoEDH; Art. 9 CoEDH; Art. 10 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	✓	✓
Libertad de opinión y de expresión	Art. 19 DUDH; Art. 19.2 PIDCP; Art. 13 CIDTM; Art. IV DADH; Art. 10 CoEDH; Art. 11 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Libertad de reunión y de asociación	Art. 20.1 DUDH; Art. 21 PIDCP; Art. 26.1.a) CIDTM; Art. XXI, XXII DADH; Art. 16.1 CADH; Art. 11 CoEDH; Art. 12 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
No expulsión colectiva / garantías en caso de expulsión	Art. 22.1 CIDTM; Art. 22 CADH; Art. 4 Protocolo No. 4 CoEDH; Art. 19 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Derecho a la seguridad social	Art. 22 y 25.1 DUDH; Art. 9 PIDESC; Art. 27 CIDTM; Art. 45.h) COEA; Art. XVI DADH; Art. 26 CADH; Art. 9 PSS; Art. 12.4 CSEr	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES  
EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA EUROPEA Y AMERICANA

Derecho al trabajo, la libre elección de su trabajo, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo / igual salario por trabajo igual / remuneración mínima	Art. 23, apartados 1, 2 y 3, DUDH; Art. 6, 7 PIDESC; Art. 25.1 CIDTM; Art. 9.1 Convenio no. 143 OIT; Art. 34, 45.b) COEA; Art. XIV DADH; Art. 26 CADH; Art. 6, 7 PSS; Art. 18 CSEr; Art. 15.1, 30, 31, 32, 33 CDFUE	×	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	×	✓
Derecho de libertad sindical	Art. 23.4 DUDH; Art. 22.1 PIDCP; Art. 8 PIDESC; Art. 26 CIDTM; Art. 2 Convenio no. 87 OIT; Convenio no. 98 OIT; Art. 45.c) COEA; Art. 26 CADH; Art. 8 PSS; Art. 28 CDFUE	×	×	✓	✓	✓	✓	✓	✓	×	✓
Derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas	Art. 24 DUDH; Art. 7.d) PIDESC; Art. 25.1.a) CIDTM; Art. 34.g) COEA; Art. XV DADH; Art. 26 CADH; Art. 7 PSS; Art. 31.2, 33 CDFUE	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×
Derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar: servicios sociales, vivienda, vestido, subsistencia mínima	Art. 25.1 DUDH; Art. 11 PIDESC; Art. 34.k), 45.a) COEA; Art. 26 CADH; Art. 12 PSS; Art. 13.4, 19 CSEr; Art. 34.3 CDFUE	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×
Derecho a la protección de la maternidad y la infancia	Art. 25.2 DUDH; Art. 24 PIDCP; Art. 10 PIDESC; Convenios No. 138 y 182 OIT; Art. VII DADH; Art. 19 CADH; Art. 16 PSS; Art. 24 CDFUE	×	✓	×	✓	✓	✓	✓	✓	×	✓

8. Epílogo. Los Migrantes Irregulares y sus Derechos Humanos: Estándar Mínimo Internacional de Trato

Derecho a la educación	Art. 26 DUDH; Art. 13 PIDESC; Art. 30 CIDTM; Art. 34.h), 49.a), b), 50 COEA; Art. XII DADH; Art. 26 CADH; Art. 2 Protocolo No. 1 CoEDH; Art. 14 CDFUE	×	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	×	✓
Derecho a la salud	Art. 25.1 DUDH; Art. 12 PIDESC; Art. 28 CIDTM; Art. XI DADH; Art. 10 PSS; Art. 13.4 CSEr; Art. 35 CDFUE	×	✓	×	✓	✓	✓	✓	✓	✓	×	✓
Derecho a la cultura / respeto de la identidad cultural	Art. 27 DUDH; Art. 27 PIDCP; Art. 15 PIDESC; Art. 31 CIDTM; Art. 50 COEA; Art. XIII DADH; Art. 26 CADH; Art. 14 PSS; Art. 22 CDFUE	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Igualdad de trato entre nacionales y extranjeros	Art. 17.7, 18.1 CIDTM; Convenio no. 97 y Recomendación no. 86 OIT; Art. 16 COEA	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Derecho de transferir ingresos, ahorros, efectos personales y otras pertenencias	Art. 32 CIDTM	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Conservación de la documentación	Art. 20, 21 CIDTM	×	-	-	-	-	-	-	-	-	×	×
Asistencia legal gratuita	Art. 14.2.d) PIDCP; Art. 18.4.d) CIDTM; Art. 47 CDFUE	×	×	×	×	×	×	×	×	✓	×	×



### 1. Conclusiones

1. La migración irregular es una consecuencia de las leyes y regulaciones que etiquetan a ciertas formas de movilidad como legal y deseable, y a otras como ilegal e indeseada. El derecho de un Estado de controlar el ingreso de extranjeros en su territorio con frecuencia es visto como un aspecto de la soberanía nacional. La preocupación de los Estados por decidir quién puede ser su ciudadano y a quién permitirá el ingreso en su territorio está vinculada con los procesos de construcción del Estado-Nación de los siglos XIX y XX. Sin embargo, la inquietud por la “migración ilegal” es un fenómeno bastante reciente, asociado con el endurecimiento de los controles fronterizos y las regulaciones de entrada de extranjeros durante el siglo XX, los cuales van cambiando y obedecen a la situación prevaleciente en el Estado de recepción. Desde principios del siglo XXI, tras los sucesos terroristas del 11 de septiembre de 2001, ha tenido lugar la asociación de la migración irregular con el terrorismo y el crimen en general. Ha habido una criminalización de la migración irregular y se ha exacerbado el endurecimiento de los controles fronterizos y las regulaciones de entrada de extranjeros, con el relativo costo de derechos humanos para los migrantes irregulares y sus familias.

2. En muchos Estados la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos a los extranjeros en general, y en particular a los migrantes irregulares, es inadecuada, tiene serias carencias o incluso es nula. La hostilidad difundida, el abuso y la violencia hacia los migrantes y otros extranjeros vulnerables y marginalizados (como los irregulares) se han hecho más visibles a nivel mundial en los últimos años que los movimientos internacionales de personas han aumentado. Las violaciones de los derechos humanos de estas personas están tan difundidas y son tan comunes que caracterizan este tipo de migración. Al no querer reconocer derechos a los migrantes irregulares, los Estados de empleo dan lugar a su explotación en sectores marginales de la actividad económica, de bajo nivel, poco reglamentados o ilegales. Los migrantes irregulares a menudo son tratados como una reserva de mano de obra flexible, pero no pueden beneficiarse de los derechos laborales, de asistencia sanitaria, así como de otros derechos sociales básicos, además de que pueden ser fácilmente deportados, por lo que viven en constante miedo y en la ‘invisibilidad’, siendo un blanco fácil de explotación.

3. En la actualidad, los migrantes irregulares son un grupo humano que carece de los derechos más básicos en los Estados de recepción, entre los que se encuentran derechos sociales de vital importancia. Es bien conocido que los derechos humanos son universales, indivisibles e inalienables. Sin embargo, existe resistencia a extender una protección igualitaria a todas las personas presentes en la jurisdicción de un Estado: a nacionales y extranjeros, con base en el nexo de la nacionalidad y, a extranjeros regulares, por un lado, y extranjeros irregulares, por otro, con base en la situación administrativa migratoria irregular.

4. La percepción que los Estados han tenido de los extranjeros ha cambiado a lo largo de la historia moderna dependiendo de las circunstancias en que se han visto inmersos por su

condición económica y social. Han pasado de ser los extranjeros calificados, civilizados, de procedencia occidental, en escaso número de finales del siglo XIX, a los extranjeros irregulares, procedentes de los países en vías de desarrollo, que pretenden asegurar su subsistencia acudiendo en masa a los Estados desarrollados, en busca de mejores oportunidades de vida y del estado de bienestar occidental de finales del siglo XX y principios del XXI. Ese perfil histórico del extranjero ha determinado las soluciones jurídicas desarrolladas por el Derecho Internacional.

5. Primero se tenía un Derecho Internacional de los Estados civilizados, discriminatorio y protector de los intereses de las potencias coloniales e imperialistas y de las personas y propiedades de sus nacionales en tierra extraña, que afirmaba la superioridad de un estándar internacional mínimo de derechos de los extranjeros frente al principio de equiparación a los nacionales, defendido por los países latinoamericanos. Posteriormente, se pasó a un Derecho Internacional universal en el que el progreso de las normas de derechos humanos no ha recorrido el camino suficiente para asegurar a todo extranjero, independientemente de su condición migratoria, derechos humanos básicos y necesarios para preservar su dignidad humana (por ejemplo ciertos derechos laborales), incluidos o no en el estándar mínimo internacional *general* o tradicional.

6. La protección de los derechos de los extranjeros cuenta con numerosos antecedentes en el Derecho interno y en el Derecho Internacional. Sin embargo, desde tiempos antiguos los extranjeros han tenido una posición de desventaja en los Estados de recepción. Esta situación sólo cambió parcialmente durante el Mercantilismo, etapa en la que los mecanismos de protección de los extranjeros (especialmente la protección diplomática) se dirigieron hacia los inversionistas, es decir, un grupo de extranjeros 'privilegiados'.

7. La posición de desventaja de los extranjeros continúa en la actualidad; aún más, hay grupos de extranjeros que se encuentran en una situación muy vulnerable, como lo son los migrantes irregulares. Por ello es preciso hacer uso de todos los mecanismos disponibles para proteger sus derechos. La práctica de los últimos años demuestra que la protección diplomática es un mecanismo factible para la defensa de los derechos de los extranjeros que no está limitado a los derechos económicos tradicionales que se protegían en una época anterior, sino que puede incluir todo tipo de derechos individuales reconocidos en el Derecho Internacional, especialmente los derechos humanos. De este modo, el régimen internacional de los derechos humanos no ha hecho obsoleta a la institución; por el contrario, la ha complementado. Por ello, la protección diplomática tiene una importante función contemporánea como mecanismo de defensa de los derechos humanos de los extranjeros.

8. Los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen un enfoque universalista y otorgan a todas las personas (y en consecuencia a los migrantes irregulares) la gran mayoría de derechos que consagran sin discriminación alguna, con las excepciones generalmente aceptadas. Sin embargo, en la práctica este objetivo y dicha protección se diluyen para los migrantes irregulares, quienes son aún más vulnerables a la violación de sus derechos humanos.

9. El examen de los instrumentos de derechos humanos, tanto universales como regionales, revela que los migrantes y sus familias, al ser extranjeros, se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad en lo referente a la protección de sus derechos humanos, en especial los económicos, sociales, culturales, políticos y de residencia. Esto en virtud de que los Estados ostentan considerable discreción para imponer restricciones en el goce y ejercicio de estos derechos por los no ciudadanos. Así, por ejemplo, se les limitan constantemente los derechos de carácter laboral, cruciales para que los trabajadores migrantes puedan vivir y trabajar con dignidad en el Estado de empleo. El caso de los derechos políticos también es relevante, pues comúnmente los migrantes no tienen derechos políticos sin importar el tiempo que hayan residido en un Estado.

10. La protección internacional que los instrumentos de derechos humanos otorgan a los migrantes irregulares puede calificarse como defectuosa. Por un lado, porque a pesar de que existe un buen número de instrumentos internacionales de derechos humanos que puede ser aplicado en beneficio de los migrantes irregulares, hay poca claridad en la naturaleza exacta y el ámbito de los derechos disponibles para estas personas, en especial en lo relativo a los económicos, culturales y sociales. Es cierto que la CIDTM se encargó de concentrar las disposiciones existentes de protección para estas personas, pero su falta de ratificación por los países desarrollados impide que se encuentren obligados por ella. Por otro lado, porque faltan mecanismos para que los migrantes irregulares hagan exigibles los derechos que les confieren los tratados internacionales de derechos humanos.

11. De los sistemas regionales existentes, el europeo es el más avanzado. Sin embargo, la protección de los migrantes irregulares en Europa está por debajo de lo que potencialmente se ofrece a estas personas a nivel internacional. El sistema americano de derechos humanos, por su parte, a pesar de que carece de instrumentos específicos relacionados con los migrantes ha sido progresista en su jurisprudencia, afirmando el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, vital para la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares.

12. Los instrumentos universales y regionales de derechos humanos, a pesar de sus defectos, son una valiosa herramienta de protección de los derechos humanos de todas las personas y vinculan a los Estados por la gran aceptación que poseen entre la Comunidad Internacional. Un importante número de Estados los ha ratificado y, en consecuencia, se ha obligado en sus términos (con la salvedad hecha de la Convención de 1990).

13. El cumplimiento de las normas imperativas del Derecho Internacional general o de *jus cogens* también puede coadyuvar al respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares. Las normas imperativas de Derecho Internacional general vinculan a todos los Estados, al margen de sus obligaciones internacionales convencionales, por lo cual resultan sumamente útiles a la hora de buscar fundamentos jurídicos de protección de los derechos humanos de estas personas, quienes, en virtud de su irregularidad, se ven condenadas a vivir en las sombras en los Estados de empleo, temerosas de denunciar las condiciones de abuso y explotación a las que son sometidas. Dentro de las normas de *jus cogens* se encuentran dos de vital importancia para los migrantes irregulares y que conforman el '*jus cogens* laboral': la prohibición de la esclavitud y el principio de igualdad y no discriminación.

14. La prohibición de la esclavitud es una norma imperativa que ya goza de amplio reconocimiento como tal entre la Comunidad Internacional desde la célebre sentencia de la CIJ en el caso *Barcelona Traction* y, más recientemente, con algunos pronunciamientos de los tribunales penales especiales. Es importante resaltar que la tendencia de la jurisprudencia internacional se dirige no sólo hacia la consolidación de la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como norma imperativa, sino también de la prohibición del trabajo forzoso, en especial en cuanto a los niños se refiere. Es innegable que nuevas formas contemporáneas de esclavitud han surgido en el mundo globalizado, por lo que la progresiva consideración del trabajo forzoso como norma imperativa significará estar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo.

15. En cuanto al principio de igualdad y no discriminación se refiere, es preciso destacar que si bien su consideración como norma imperativa, como un todo, es de reciente acontecimiento (OC-18/2003 de la CIDH), la norma que prohíbe la discriminación estuvo contemplada por la CIJ en su sentencia del caso *Barcelona Traction*, aunque sólo referida a la discriminación racial por sucesos más o menos contemporáneos como la II Guerra Mundial o el régimen del *apartheid* en Sudáfrica. No obstante, más de 40 años después del *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, el Derecho Internacional ha evolucionado y no se ha quedado estático ante los retos vigentes de nuestro tiempo, tales como las migraciones laborales internacionales y, dentro de éstas, las irregulares y las múltiples consecuencias negativas que tienen, entre las que destacan las frecuentes violaciones de los derechos humanos de los migrantes irregulares.

16. El hecho de que los conceptos tanto del *jus cogens* como de las obligaciones (y derechos) *erga omnes* ya integren el universo conceptual del Derecho Internacional es revelador de la alentadora y necesaria apertura de este último, en las últimas décadas, a determinados valores superiores y fundamentales. Hay que impulsar esta significativa evolución de la consagración de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos y más de aquéllos que padecen día a día situaciones de gran vulnerabilidad y desprotección como los migrantes irregulares.

17. Desde la década de los 70' se empezó a dar una estandarización de las medidas de control de la migración irregular en la mayoría de los Estados desarrollados y grandes receptores de migrantes, lo cual es más palpable en los Estados dentro de una misma organización regional, como es el caso de la Unión Europea. Entre tales medidas se encuentran: el reforzamiento de las fronteras y los controles policiales, el endurecimiento de los requisitos de entrada para los extranjeros, el establecimiento de cuotas anuales de entrada de extranjeros, las sanciones a los empleadores y los transportistas, la criminalización de la migración irregular, las amnistías, las inspecciones en los sitios de trabajo, el aumento de las sanciones por cometer infracciones en materia migratoria y de tráfico de personas, etc.

18. Sin embargo, existe una discrepancia considerable entre los objetivos de las políticas migratorias de los Estados: la reducción de la inmigración; y los resultados de tales políticas: la creación de la migración irregular. Esto puede ser atribuido a tres mecanismos:

a) a que las regulaciones que intentan limitar la migración, al reducir los canales legales para migrar, tienen efectos secundarios negativos no intencionados que contribuyen a la migración irregular. Por ejemplo, si se retira el estatus regular a los migrantes que se quedan sin empleo puede llevarlos –más que a regresar a su país– a permanecer en el Estado de empleo más allá del tiempo autorizado en permiso de trabajo.

b) a que las regulaciones migratorias que fallan en producir los resultados esperados revelan una inadecuada implementación;

c) y a que los objetivos de la política migratoria frecuentemente tienen un significado meramente discursivo. Están hechos con el fin de demostrar al público que el gobierno tiene a la migración bajo control cuando en realidad se hacen pocos esfuerzos para producir los resultados perseguidos por las políticas migratorias.

19. Por estos mecanismos, emerge una laguna entre los objetivos de la política migratoria (que los migrantes abandonen el territorio del Estado a la expiración o término de su estatus) y el resultado de la política migratoria (que los migrantes permanezcan en su territorio y se nieguen a irse una vez que es inválido su permiso de entrada). Y cada vez es más honda la brecha entre los objetivos de las medidas de control de la migración irregular y los resultados obtenidos. Se pone intensa presión sobre los partidos políticos y oficiales de gobierno para adoptar políticas más restrictivas, las cuales siguen probando su ineficacia en el control o disminución de la migración laboral irregular y en su no respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares, por ejemplo, al no contemplar su protección en el trabajo, excluirlos de los servicios médicos, educativos, de vivienda, etc. En aras de la seguridad nacional se sacrifican los derechos de seres humanos.

20. En los siete países estudiados se puede ver que los migrantes irregulares tienen una condición de vida muy precaria. En teoría tienen algunos derechos considerados como inherentes a toda persona, como el derecho de casarse, fundar una familia y la protección de ésta; sin embargo, su realización para estas personas dista mucho de la teoría. Tienen dificultades para casarse en virtud de que pueden ser denunciados ante las autoridades migratorias (Alemania) y ser deportados; además tienen cerrados los accesos a la reunificación familiar.

21. Otros derechos de vital importancia como los laborales también se ven tambaleados por el grado de persecución y temor en el que viven. Hay países como Estados Unidos en el que no se respeta el derecho laboral fundamental de libertad sindical a los migrantes irregulares (*Hoffman Plastic Compounds*), y a lo más que aspiran es a obtener el pago por el trabajo realizado, algo que si no se protegiera conllevaría a una prohibidísima relación de esclavitud entre el empleador y el trabajador. Otro aspecto a destacar es la limitada atención médica de urgencia que pueden recibir los migrantes irregulares, lo cual no deja de ser reprochable porque se trata de personas que contribuyen activamente al progreso de las economías de los países de empleo, y como tal deben ser atendidos por la seguridad social del Estado de la misma forma que nacionales y extranjeros regulares. En el ámbito educativo es donde parece que ha habido más progresos a nivel general. Es posible que los niños de migrantes irregulares acudan a la escuela hasta la edad de 16 o 18 años.

22. Los migrantes irregulares son seres humanos y sólo por ese hecho están amparados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual está construido sobre las premisas de la no discriminación y la dignidad de la persona humana. Es cierto que el Derecho Internacional ampara el aseguramiento de un estándar mínimo internacional *general* de derechos humanos a *todas* las personas, pero también lo es que la noción de estándar mínimo está en proceso de constante ampliación y que los grupos vulnerables como los migrantes irregulares se enfrentan a condiciones específicas en las que el aseguramiento de otros derechos básicos se convierte en una cuestión vital para la realización de los derechos contenidos en el estándar mínimo internacional general. Por ello, el objetivo específico de esta tesis fue la formulación de un ‘estándar mínimo internacional *particular*’ para los migrantes irregulares, a través del estudio de las normas pertinentes del Derecho Internacional general, del Derecho Internacional particular y del Derecho Comparado.

23. Los derechos que conforman dicho ‘estándar mínimo internacional *particular*’ para los migrantes irregulares son:

**a) Derechos civiles y políticos:** Derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación; Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; Prohibición de la esclavitud en todas sus formas, el trabajo forzoso y la servidumbre; Derecho de no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; Derecho a no ser encarcelado por deudas de carácter contractual; Derecho a un recurso efectivo / doble grado de jurisdicción penal / indemnización en caso de error judicial; Respeto del principio *non bis in idem*; Derecho de no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; Derecho de ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial / debido proceso legal; Derecho de que se presuma la inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad; No retroactividad de la ley penal/ principio de legalidad; Derecho a la nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ella ni del derecho de cambiarla; Derecho de casarse, fundar una familia y de la protección de ésta; Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

**b) Derechos económicos, culturales y sociales:** Derecho al trabajo, la libre elección de su trabajo, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo / igual salario por trabajo igual / remuneración mínima; Derecho de libertad sindical; Derecho a la protección de la maternidad y la infancia; Derecho a la educación; y Derecho a la salud.

24. Se ha llegado a lo anterior en virtud de que:

a) Los migrantes irregulares, independientemente de su condición migratoria, tienen reconocidos derechos humanos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales en el ordenamiento internacional. Esto de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados y la norma de *jus cogens* que prescribe la igualdad de trato y la no discriminación.

b) De acuerdo con el ordenamiento internacional vigente, los Estados están obligados a respetar y garantizar a los migrantes irregulares bajo su jurisdicción derechos humanos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales, con las excepciones generalmente

aceptadas. Esto en virtud de que por ser miembros de la Comunidad Internacional y haber ratificado los instrumentos de derechos humanos de aceptación general, se encuentran obligados a respetar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción.

c) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos requiere el trato igual de trabajadores nacionales y extranjeros, sea cual sea la condición de estos últimos, en cuanto a los derechos humanos laborales se refiere. Esto en virtud de que la norma de *jus cogens* que consagra el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y la mayoría de los instrumentos internacionales y las legislaciones de Derecho interno examinados prescriben la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros en materia de derechos laborales básicos.

d) Es posible respetar los derechos humanos laborales de los trabajadores migrantes irregulares, y a la vez controlar y prevenir efectivamente la migración laboral irregular a través de medidas que no comprometan los derechos humanos de estas personas. El vigilar de modo efectivo que los empleadores cumplan con las protecciones laborales con todos sus empleados coadyuvaría al respeto de los derechos de los migrantes irregulares, por un lado, y desincentivaría a los empleadores a contratarlos al tener que cumplir con las mismas protecciones con trabajadores nacionales, extranjeros e irregulares, por otro lado.

25. El Derecho Internacional es una fuente de protección actual y potencial para los migrantes irregulares. Por un lado, porque los Estados se encuentran obligados por las normas de derechos humanos que con su enfoque universalista protegen a todas las personas. Hay que recordar que estas personas son relegadas sistemáticamente de los canales internos tradicionales para exigir sus derechos Y, por otro, porque los principios generales de derechos humanos pueden tener una influencia persuasiva en las leyes y políticas de Derecho interno. En particular, la política migratoria puede ser especialmente favorable a esta influencia porque necesariamente implica las relaciones del Estado con otros Estados.

26. El imperio de la ley y las nociones universales de derechos humanos son los cimientos esenciales de una sociedad democrática y de la paz social. Los derechos humanos son universales, indivisibles e inalienables. Por ello, los Estados deben reconocer la necesidad de proteger a los grupos humanos más vulnerables dentro de su jurisdicción, como los migrantes irregulares, y deben cumplir con las obligaciones que han contraído en el orden internacional.

## **2. Aportes que esta tesis doctoral realiza a la investigación en la materia**

En el campo de la teoría, esta tesis doctoral contribuye a la investigación emergente sobre migración irregular y derechos humanos. En particular, aporta la compilación dentro de un estándar de los derechos que se deben respetar a los migrantes irregulares, con base en el estudio de las normas de Derecho Internacional general, particular y comparado. La investigación demuestra que la migración irregular es una construcción legal y política, por lo que cierto tipo de migración irregular puede evitarse a través de mejoras en las políticas, la adecuada implementación de las regulaciones, y la subsanación de las ineficiencias o

irracionalidades en el Derecho Migratorio de los Estados. De acuerdo con lo anterior, la tesis prueba que en buena medida son las políticas migratorias y las regulaciones, más que los migrantes, quienes deben ser hechos responsables por la migración irregular.

En el campo de la práctica, la tesis es útil al proporcionar un estándar mínimo de derechos para los migrantes irregulares y, de ese modo, clarificar su estatus legal en los Estados de recepción, independientemente de su condición migratoria. Existe desconocimiento por parte de los Estados (además de poca voluntad política), los migrantes y sus defensores sobre los derechos que se les deben proteger a estas personas. Las formulaciones progresivas e incluyentes de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueden ser una fuente útil para los abogados que buscan defender sus derechos, asegurar un cambio social y una reforma legal en los Estados de empleo para estas personas.



### I. CAPÍTULO 1

#### 1. Libros

Ábrego de Lacy, José María, El extranjero en el Antiguo Testamento, en *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 449-461.

Aguirre, Rafael, El extranjero en el cristianismo primitivo, en *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 463-483.

Agustín Santo, Obispo de Hipona, *La ciudad de Dios*, trad. de José Cayetano Díaz de Beyral, Buenos Aires: Poblet, 1942.

Albin, Pierre, *Les grands traités politiques: recueil des principaux textes diplomatiques depuis 1815 jusqu'à nos jours avec des notices historiques et des notes*, París: F. Alcan, 1912, 605 p.

Alexandrowicz, Charles Henry, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies: (16th, 17th and 18th centuries)*, Oxford: Clarendon Press, 1967, 259 p.

Alfonso X, *Las siete partidas del Rey Alfonso X El Sabio nuevamente glosadas por Gregorio López*, Madrid: B.O.E., 1985.

Anderson, M.S., *La Europa del siglo XVIII: 1713-1789*, trad. de Ricardo Hass, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1968.

Antiguo Testamento, *Biblia*.

Aristóteles, *La Política*, trad. de Patricio de Azcárate, en *Obras de Aristóteles*, Vol. 3, Madrid: Medina y Navarro, 1873, 302 p.

Ashtor, Eliyahu, *The Jews of Moslem Spain: Volume 1*, trad. de Aaron Klein and Jenny Machlowitz Klein, Philadelphia: Jewish Publications Society, 1973, 469 p.

Asís Roig, Rafael F. de, Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Dorado Porras, Javier, Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la constitución, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 35-114.

Asís Roig, Rafael F. de, Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 1, Madrid: Dykinson, 1998, p. 797-852.

Barker, Ernest, *Principles of Social & Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1951.

Baer, Yitzhak, *A History of the Jews in Christian Spain: Vol. I*, Philadelphia: Jewish Publication Society of America, 1961.

Bederman, David J., *International law in antiquity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, 352 p.

Beinart, Haim, *The expulsion of the Jews from Spain*, trad. de Jeffrey M. Green, Oxford; Portland (Oregon): The Littman Library of Jewish Civilization, 2002, 591 p.

Belmonte Díaz, José, *La expulsión de los judíos: auge y ocaso del judaísmo en Sefarad*, Bilbao: Beta III Milenio, 2007, 634 p.

Borchard, Edwin Montefiore, *The diplomatic protection of citizens abroad, or, The law of international claims*, New York: The Banks Law Pub. Co., 1922 (1ª ed. 1915), 988 p.

Burns, Robert Ignatius, *Islam Under the Crusaders: Colonial Survival in the Thirteenth-Century Kingdom of Valencia*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1973.

Capotorti, F., *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Ginebra: ONU, 1977.

Carpenter, Dwayne E., *Alfonso X and the jews: an edition of and commentary on Siete Partidas 7.24, "De los judíos"*, Berkeley: University of California Press, cop., 1986, 160 p.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid: Tecnos, 1984.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid: Tecnos, 1991, 219 p.

Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, 1991.

Cazelles, Henri, *Historia política de Israel: desde los orígenes a Alejandro Magno*, trad. de J. Luis Sierra, Madrid: Ediciones Cristiandad, 1984, 245 p.

Cicero, Marcus Tullius, *De Officiis*, trad. de Walter Miller, London: William Heinemann, 1913, 423 p.

Cohen, Mark R., *Under Crescent and Cross: The Jews in the Middle Ages*, Princeton: Princeton University Press, 1987.

Colbert, Edward P., *The Martyrs of Córdoba (850-859): A Study of the Sources*, Washington D.C.: Catholic University of America Press, 1962.

Contreras Peláez, Francisco José, La libertad en el pensamiento de Kant, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. II, Madrid: Dykinson, 1998, p. 483-578.

Corwin, Edward Samuel, *Liberty against government: the rise, flowering and decline of a famous juridical concept*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1948.

Courbage, Youssef, Fargues, Philippe, *Christians and Jews under Islam*, trad. de Judy Mabro, London: I. B. Tauris, 1998, 256 p.

De Coulanges, Numa Denis Fustel, *The Ancient City: A Study On The Religion, Laws, And Institutions Of Greece And Rome*, Baltimore; London: Johns Hopkins University Press, 1980 (1era ed. 1864, "La Cite Antique"), 416 p.

Díaz Barrado, Cástor Miguel, Los derechos humanos en el plano internacional: balance a los inicios de un nuevo siglo, en VV.AA., *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid: Dykinson, 2008, Vol. III.

D'Ozy, R., *Spanish Islam: a history of the Moslems in Spain*, trad. de Francis Griffin Stokes, London: Frank Cass, 1972.

Dunn, Frederick Sherwood, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1932, 230 p.

Fariñas Dulce, María José, El origen de los derechos de los trabajadores: las Internacionales obreras, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, tm. III, Vol. I, libro I, Madrid: Dykinson, 2007.

Fernández García, Eusebio, El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 1, Madrid: Dykinson, 1998, p. 571-600.

Fernández García, Eusebio, La aportación de las teorías contractualistas, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. II, Madrid: Dykinson, 1998, p. 3-42.

Fernández Liesa, Carlos R., Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 438-454.

Fernández Liesa, Carlos R., La protección de las minorías en el Derecho Internacional general. Análisis y evolución del estatuto jurídico internacional, en Mariño Menéndez, Fernando M., Fernández Liesa, Carlos R., Díaz Barrado, Cástor Miguel, *La protección internacional de las minorías*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

Fernández Liesa, Carlos R., Desarrollos doctrinales y de la práctica internacional de protección de derechos humanos en el siglo XIX, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid: Dykinson, 2007.

García Arias, Luis, *Estudios sobre relaciones internacionales y derecho de gentes*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971-1972, 2 Vol., p. 954 p.

García Jaén, Antonio, *De España y del Islam*, Tetuán: Editora Marroquí, 1954,

García Manrique, Ricardo, Peces-Barba, Gregorio, Los textos de la Revolución francesa, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 115-120.

García Manrique, Ricardo, Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 217-394.

Garner, Richard, *Law & society in classical Athens*, London: Croom Helm, 1987, 161 p.

Glick, Thomas F., *Islamic and Christian Spain in the early Middle Ages*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1979, 376 p.

Goitein, S.D., *A Mediterranean Society. The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Cairo Geniza, Vol. I: Economic Foundations*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1967, 550 p.

Goitein, S.D., *A Mediterranean Society. The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Cairo Geniza, Vol. II: The Community*, Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1971, 650 p.

Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*, México: UNAM, 1989, 180 p.

Gortázar Rotaeché, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Madrid: Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, 1997, 423 p.

Gramain, Paul, *Les droits internationaux de l'homme*, París: Les Editions Internationales, 1933, 248 p.

Griffith Dawson, Frank & Head, Ivan L., *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, Syracuse: Syracuse University Press, 1971, 334 p.

Grotius, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, trad. de Francis W. Kelsey, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1925.

Harvey, L. P., *Islamic Spain, 1250 to 1500*, Chicago; London: University of Chicago Press, 1990, 370 p.

Hazard, Paul, *La crisis de la conciencia europea 1680-1715*, trad. Julian Marías, 2ª ed., Madrid: Pegaso, 1952.

Herbert, Gary B., *A philosophical history of rights*, New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 2002, 362 p.

Homero, *La Odisea*, trad. de Carlos García Gual, Madrid: Alianza Editorial, 2005, 502 p.

Houten, Christiana van, *Alien in Israelite Law: A Study of the Changing Legal Status of Strangers in Ancient Israel*, Sheffield: Sheffield Academic Press, 1991, 200 p.

Izquierdo Benito, Ricardo, *La expulsión de los judíos de España: conferencias pronunciadas en el II curso de cultura hispano-judía y sefardí de la Universidad de Castilla-La Mancha, celebrado en Toledo del 16 al 19 de septiembre de 1992*, Toledo: Caja de Castilla-La Mancha, Asociación de Amigos del Museo Sefardí, D.L., 1993, 195 p.

Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, ed. de Adolfo Posada y Miguel Carbonell, México: UNAM, 2003, 199 p.

Jiménez Piernas, Carlos Bartolomé, Crespo Navarro, Elena, La organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: las Conferencias de Paz de La Haya, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid: Dykinson, 2007.

Jones, J. Walter, *The law and legal theory of the greeks: An introduction*, Oxford: Clarendon Press, 1956, 327 p.

Jordan, William Chester, *The French Monarchy and the Jews. From Philip Augustus to the Last Capetians*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989, 369 p.

Jordan, William Chester, *Louis IX and the Challenge of the Crusade: A Study in Rulership*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

Kamen, H., *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia*, Madrid: Alianza, 1987.

Kant, Immanuel, *La Paz Perpetua*, trad. de B. Espinosa, Madrid: Aguilar, 1966.

Katz, S., *The Jews in the Visigothic and Frankish kingdoms of Spain and Gaul*, Cambridge-Mass.: The Mediaeval Academy of America, 1937.

Kisch, Guido, *The Jews in Medieval Germany*, Chicago: The University of Chicago Press, 1949, 655 p.

Klingenberg, Eberhard, The Roman Imperial Legislation Prohibiting Jews from Owning Gentile Slaves, en Jackson, B. S., *Jewish Law Association Studies Jewish Law Association Studies IV. The Boston Conference Volume*, Pennsylvania: Scholars Press, 1990.

Klingenberg, Eberhard, Justinian's Novellae Concerning the Jews, en Goldman, E.A., (ed.), *Jewish Law Association Studies VIII. The Jerusalem 1994 Conference Volume*. Pennsylvania: Scholars Press, 1996.

Kohn, Hans, *The idea of nationalism. A study in its origins and background*, New Jersey: Transaction Publishers, 2005, 735 p.

Kriegel, A., Las internacionales obreras, Barcelona: Martínez Roca, 1968, 139 p.; Hobsbawm, E.J. & Pochtar, Ricardo, *Trabajadores: Estudios de Historia de la Clase Obrera*, Barcelona: Crítica, 1979.

Ladas, Stephen P., *The Exchange of Minorities. Bulgaria, Greece and Turkey*, New York: Macmillan, 1932, 849 p.

Laski, Harold J., *The Rise of European Liberalism: An Essay in Interpretation*, London: Allen & Unwin, 1936.

Lecler, J., *Historia de la tolerancia en el siglo de la Reforma*, versión española de A. Molina, Alcoy: Marfil, 1969.

Lewis, Bernard, *The Jews of Islam*, Princeton: Princeton University Press, 1987, 280 p.

Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984, 177 p.

Linder, Amnon, *The Jews in Roman Imperial Legislation*, Detroit, Michigan: Wayne State University Press, 1988.

Liszt, F. von, *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Gustavo Pili, 1929.

Locke, John, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, trad. de F. Jiménez Gracia, 2ª ed., Madrid: Espasa Calpe, 1997.

Lorimer, James, *Principes de Droit International*, trad. de E. Nys, Bruselas, París, 1885.

Mandelstam, André, La protection des minorités, *Recueil des Cours*, Vol. 1, No. I, 1923, p. 367-517.

Marcus, Jacob Rader, *The Jew in the medieval world: a source book: 315-1791*, ed. rev. por Marc Saperstein, New York: Hebrew Union College Press, 1999, 512 p.

Mariño Menéndez, Fernando M., La "protección internacional" de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 401-437.

Mariño Menéndez, Fernando M., Fernández Liesa, Carlos R., Díaz Barrado, Cástor Miguel, *La protección internacional de las minorías*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, 434 p.

Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, 694 p.

Mariño Menéndez, Fernando M., La protección internacional de los derechos fundamentales durante el siglo XIX: marco general, doctrinal y normativo, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid: Dykinson, 2007, p. 515-546.

Martens, Fedor Fedorovich, *Tratado de derecho internacional*, trad. de J. Fernández Prida, Madrid: La España Moderna, 1894, tm. I.

Menéndez Pidal, Ramón, España, eslabón entre la cristiandad y el Islam, 3ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1977, 168 p.

Meyerson, Mark D., English Edward D, (ed.), *Christians, Muslims, and Jews in medieval and early modern Spain: interaction and cultural change*, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 2000, 345 p.

Montes Romero-Camacho, Isabel, *Los judíos en la Edad Media española*, Madrid: Arco-Libros, 2001, 79 p.

Montesquieu, C. L. de Secondat, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2000.

Mundy, John H., *Europe in the High Middle Ages, 1150-1309*, London: Longman, 1973, 611 p.

Nasmith, David, *Outline of Roman History: From Romulus to Justinian*, London: Butterworth, 1890, 618 p.

Neufeld, H., *The international protection of private creditors from the treaties of Westphalia to the Congress of Vienna (1648-1815). A contribution to the history of the law of nations*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1971, 174 p.

Nussbaum, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, New York: Macmillan, 1947, 361 p.

Oliva, Pavel, *Esparta y sus problemas sociales*, Madrid: Akal, Universitaria, 1983, 344 p.

Peces-Barba, Gregorio, Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. III, Madrid: Dykinson, 1998, p. 121-216.

Peces-Barba, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III, 1999.

Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.

Peces-Barba, Gregorio, Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, tm. III, Vol. II, libro I, Madrid: Dykinson, 2007.

Pereña, Luciano, *La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español en el siglo XVI*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1954, 170 p.

Pereña, Luciano, *La Escuela de Salamanca: proceso a la conquista de América*, Madrid: Caja de Ahorros y Monte de Piedad, 1986, 257 p.

Pereña, Luciano, *La Escuela de Salamanca: conciencia crítica de América en el centenario de la reconciliación*, Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, Cátedra V Centenario, 1992, 59 p.

Pereña, Luciano, *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid: Mapfre, 1992, 304 p.

Pérez, Joseph, *Historia de una tragedia: la expulsión de los judíos en España*, Barcelona: Crítica, 2001, 174 p.

Pérez Luño, Antonio Enrique, Contreras Peláez, Francisco José, Kant y los derechos humanos, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. II, Madrid: Dykinson, 1998, p. 447-450.

Pérez Luño, Antonio Enrique, El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 2, tm. II, Madrid: Dykinson, 1998, p. 451-482.

Pharr, Clyde, (ed.), *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions (The Corpus of Roman Law)*, Clark, N.J.: The Lawbook Exchange, Ltd., 2001, 643 p.

Phillipson, Coleman, *The International Law And Custom Of Ancient Greece And Rome*, London: Macmillan and Co. Limited, 1911, Vol.1, 419 p.

Pirenne, Henri, *An Economic and Social History of Medieval Europe*, trad. de I. E. Glegg, Abington: Routledge, 2006 (1era ed. 1936), 264 p.

Platón, *Las Leyes*, trad. de Patricio de Azcarate, Madrid: Medina y Navarro, 1872.

Pufendorf, Samuel, *De Jure Naturae et Gentium*, trad. de C.H. Oldfather y W.A. Oldfather, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1934.

- Roberts, John C. De V., *World Citizenship And Mundialism: a guide to the building of a world community*, Westport, Conn.; London: Praeger, 1999, 176 p.
- Rodríguez Fernández, Justiniano, *La judería de la Ciudad de León*, León: Centro de Estudios e Investigación "San Isidoro", 1969.
- Roth, Andreas Hans, *The minimum standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1949, 194 p.
- Roth, Norman, *Conversos, Inquisition and the expulsion of the Jews from Spain*, Madison: University of Wisconsin Press, 2002, 483 p.
- Rousseau, Jean Jacques, *Extrait du Project de Pai Perpetuelle de Monsieur l'abbe de Saint-Pierre*, Amsterdam: Chez Marc Michel Rey, 1761, 58 p.
- Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, trad. de E. Azcoaga, Madrid: EDAF, 1992.
- Ruiz de Santiago, Jaime, Derechos Humanos, Derecho de Refugiados: Evolución y Convergencias, en Namihás, Sandra (coord.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ACNUR, 2001, p. 6-40.
- Sahlins, Peter, *Unnaturally French: foreign citizens in the Old Regime and after*, Ithaca: Cornell University Press, 2004, 480 p.
- Sánchez-Albornoz, Claudio, *España y el Islam*, Buenos Aires: Edit. Sudamericana, 1943, 199 p.
- Scelle, Georges, *Précis du Droit Des Gens*, París: Sirey, 1932.
- Scott, S. P., *The Visigothic Code (Forum Judicum)*, Boston: Boston Book Company, 1910.
- Serna Vallejo, Margarita, La historiografía sobre los *Rôles d'Oléron* (siglos XV a XX), en VV. AA., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander: Universidad de Cantabria, 2003, p. 543-566.
- Shih Shun Liu, *Extraterritoriality. Its Rise and Its Decline*, 1925, New York: Columbia University Press, 1925, 236 p.
- Simpson, John Hope, *Refugees. Preliminary Report of a Survey*, London: Royal Institute of International Affairs, 1938, 229 p.
- Solar Cayón, José Ignacio, Los derechos naturales en la filosofía política de Locke, en Peces-Barba, Gregorio, *et.al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 1, Madrid: Dykinson, 1998, p. 601-636.
- Suárez Fernández, Luis, *Documentos acerca de la expulsión de los judíos*, Valladolid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Patronato Menéndez Pelayo, 1964, 564 p.
- Suárez Fernández, Luis, *La expulsión de los judíos de España*, Madrid: Mapfre, 1991, 361 p.
- Stadtmuller, Georg, *Historia del derecho internacional público*, Madrid: Aguilar, 1961, 309 p.



Steinberg, S. H., *The 'Thirty Years War' and the Conflict for European Hegemony 1600-1660*, London: Edward Arnold, 1966, 128 p.

Suárez, Francisco, *Selections from Three Works of Francisco Suarez*, trad. de Gwladys L. Williams, Ammi Brown y John Waldron, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1944.

Suárez, Francisco, *De legibus*, ed. Luciano Pereña, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1971.

Szabo, Imra, Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores, en Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. 1, París; Barcelona: Serbal; UNESCO, 1984.

Thomas, H. *La trata de esclavos: historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona: Planeta, 1998.

Tiburcio, Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, The Hague; London: Nijhoff, 2001, 318 p.

Truyol y Serra, Antonio, *Los Principios al derecho público en Francisco de Vitoria*, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1946, 112 p.

Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1984.

Truyol y Serra, Antonio, *et.al., Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruylant: Bruxelles, 1988, 129 p.

Truyol y Serra, Antonio, Los tratados como factor del desarrollo histórico del Derecho Internacional, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1988)*, Vitoria: Universidad del País Vasco, 1990, p. 15-44.

Truyol y Serra, Antonio, *Historia del derecho internacional público*, versión española de Paloma García Picazo, Madrid: Tecnos, 1998, 171 p.

Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 13ª ed. rev., Vol. 1, Madrid: Alianza, 2004, 468 p.

Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 4ª ed. rev. y aum., Vol. 2, Madrid: Alianza, 2007, 441 p.

Twiss, Sir Travers, *Le droit des gens ou des nations, considérés comme communautés politiques indépendantes*, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs, G. Pedone-Lauriel, successeur, 1887.

Valdeón Baruque, Julio, *El chivo expiatorio: judíos, revueltas y vida cotidiana en la Edad Media*, Valladolid: Ámbito, 2000, 287 p.

Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, París; Barcelona: Serbal; UNESCO, 1984, 3 Vol., 963 p.

Vattel, Emer de, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, London: G.G. and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797.

- Vernant, Jacques, *The refugee in the post-war world*, London: Allen & Unwin, 1953, 827 p.
- Vernet, Juan, Martínez Martín, Leonor, *Al-Andalus: el islam en España*, Barcelona: Círculo de Lectores, 2001, 176 p.
- Verzijl, Jan Hendrik Willem, *International law in historical perspective*, Vol.5: Nationality and Other Matters Relating to Individuals, Leyden: Sijthoff, 1972, 518 p.
- Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2006.
- Vitoria, F. de, *Obras de Francisco de Vitoria. Reelecciones teológicas*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1950.
- Wang, Dong, *China's unequal treaties: narrating national history*, Lanham, Md.: Lexington Books, 2005, 179 p.
- Watson, Alan, *Rome of the XII Tables: persons and property*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1975, 195 p.
- Watt, W. Montgomery, *A history of Islamic Spain*, Edinburgh: Edinburgh U.P., 1965.
- Weiss, André, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Paris: L. Larose & Tenin, 1907-1913, 6 Vól.
- Wolff, Christian, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, trad. de Joseph H. Drake, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1934.

## **2. Artículos de Revistas**

- Ago, Roberto, (ed.), Commemoration du quatrieme centenaire de la naissance de Grotius: lectures given by R. Ago *et al.*, *Recueil des Cours*, Vol. 182, No. IV, 1983, p. 371-469.
- Anghie, Antony, Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law, *Harvard Journal of International Law*, Vol. 40, 1999.
- Barcia Trelles, Camilo, *Francisco Suárez (1548-1617): (les théologiens espagnols du XVIIe siècle et l'école moderne du droit international)*, *Recueil des Cours*, Vol. 43, No. I, 1933, p. 385-553.
- Buergenthal, Thomas, The Evolving International Human Rights System, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 4 (Oct., 2006).
- Cebada Romero, Alicia. Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No.4, 2002.
- Collomp, Catherine, Immigrants, Labor Markets, and the State, a Comparative Approach: France and the United States, 1880-1930, *The Journal of American History*, Vol. 86, No.1, Jun., 1999.
- Cutler, John Ward, The Treatment of Foreigners: In Relation to the Draft Convention and Conference of 1929, *The American Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2 (Apr., 1933), p. 225-246.

- Davison, Roderic H., The 'Dosografa' church in the treaty of Küçük Kaynarca, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, Vol. 42, No. 1, 1979, p. 46-52.
- De Domingo Pérez, Tomás, El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 7, Nº 11, 2002.
- De Zayas, Alfred M., International Law and Mass Populations Transfers, *Harvard International Law Journal*, Vol. 16, 1975.
- De Zayas, Alfred, The relevance of Roosevelt's Four Freedoms Today, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 61-62, 1992-1993.
- Del Vecchio, Giorgio, The evolution of hospitality. A note on the history of treatment of foreigners, *Sydney Law Review*, Vol.4, 1962-1964.
- Goodwin-Will, G. S., Entry and Exclusion of Refugees. The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, Vol. 3, 1982, p. 291-337.
- Gross. L., The Peace of Westphalia 1648 - 1948, *The American Journal of International Law*, Vol. 42, 1948.
- Hersiley, Amos S., The History of International Relations during Antiquity and the Middle Ages, *The American Journal of International Law*, Vol. 5, 1911.
- Heuven Goedhart, G.J. Van, The problem of refugees, *Recueil des Cours*, Vol. 82, No. I, 1953, p. 261-371.
- Holborn, Louise W., The legal status of political refugees, 1920-1938, *The American Journal of International Law*, Vol. 32, 1938, p. 680-703.
- Hyndman, P., Refugees under International Law with a Reference to the Concept of Asylum, *Australian Law Journal*, Vol. 60, No. 3, 1986.
- Kuhn, Arthur K., The International Conference on the Treatment of Foreigners, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1930), p. 570-573.
- Legaz Lacambra, Luis, La fundamentación del Derecho de Gentes en Suárez, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1948.
- Mailhiot, G. D., Actitud de Israel con respecto al extranjero en el Antiguo Testamento, *Anámnesis: revista semestral de investigación teológica*, Vol. 7, No. 13, 1997, p. 31-54.
- Marín López, A., Francisco de Vitoria y la Escuela Española de Derecho Internacional, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1984.
- Mariño Menéndez, Fernando M., El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 35, No. 2, 1983, p. 337-370.
- McDougal, Myres S. & Bebr, Gerhard, Human Rights in the United Nations, *The American Journal of International Law*, Vol. 58, No. 3 (Jul., 1964).
- Miaja de la Muela, A., El derecho *totius orbis* en el pensamiento de Francisco de Vitoria, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1965, III.
- Mobarec Asfura, Norma, Condición jurídica de los moros en la Alta Edad Media, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Vol. 2, 1961.

Montes Romero-Camacho, Isabel, Los judíos sevillanos en la Baja Edad Media: estado de la cuestión y perspectivas de investigación, *Historia, instituciones, documentos*, No. 19, 1992, p. 277-306.

Nafziger, James A.R., The General Admission of Aliens under International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 4, Oct., 1983.

Peces-Barba, Gregorio, Los derechos del hombre en 1789: reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa, *Anuario de filosofía del derecho*, Nueva época, tomo VI (1989), p. 57-128.

Reeves, Jesse S., The Prussian-American Treaties, *The American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3 (Jul., 1917).

Schnyder, F., Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés, *Recueil des Cours*, Vol. 114, No. I, 1965, p. 335-450.

Sohn, Louis B., How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights, *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 3 (Jul., 1995).

Ténékidès, Georges, Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités, *Recueil des Cours*, Vol. 90, No. II, 1956, p. 469-652.

Truyol y Serra, Antonio, La conception de la paix chez Vitoria et les classiques espagnols du Droit des Gens, *Recueils de la Société Jean Bodin*, Vol. XV, La Paix (2<sup>a</sup> partie), Bruxelles, 1961.

Truyol y Serra, Antonio, Théorie du droit international public: cours général, *Recueil des Cours*, Vol. 173, No. IV, 1981, p. 9-443.

Urdanoz O.P., Teófilo, Las casas y Francisco de Vitoria (En el V centenario del nacimiento de Bartolomé de las casas, 1474-1974), *Revista de estudios políticos*, No. 199, 1975.

Vlugt, W. van der, L'œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international, *Recueil des Cours*, Vol. 7, No. II, 1925, p. 395-509.

Weis, Paul, The International protection of refugees, *The American Journal of International Law*, Vol. 48, 1954, p. 123-221.

Wenin, André, Leyes y prácticas relativas a los migrantes en el primer testamento, *Spiritus*, Vol.42/2, N° 163, Quito, 2001.

### **3. Documentación**

#### **A) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**

*Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2)*, Observación General No. 3, 29 de julio de 1981.

*No discriminación*, Observación General No. 18, 10 de noviembre de 1989.

*Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Observación General No. 20, 1992.

#### **B) INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL**

*Reglas para la Admisión y Expulsión de Extranjeros*, Annuaire de l'Institut de Droit International, Vol. XII, 1892.

### **C) ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS**

Encyclopædia Britannica. *Capitulation*, Encyclopædia Britannica Online.

Steinberg, S.H., Thirty Years, *Encyclopædia Britannica*, Vol. 18, 1973.

### **D) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS**

*The International Bill of Human Rights*, Fact Sheet No.2 (Rev.1).

### **E) OIT**

*Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia de 1944)*.

*Memoria del Director General*, Actividades de la OIT, 1994-1995, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996.

### **F) SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES**

*Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936, Recopilación de tratados y otros documentos*, 2ª reimpr., México: SRE, 1990, (1ª ed. 1956), 749 p.

### **G) SOCIEDAD DE NACIONES**

*International Conference on the Treatment of Foreigners*, L.N. Doc. C.36.M.21.1929.II.

*International Conference on the Treatment of Foreigners Proceedings*, L.N. Doc. C.97.M.23.1930.II.

## **4. Jurisprudencia**

### **A) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*Caso de Irlanda vs. Reino Unido*, demanda no. 5310/71, sentencia de 18 de enero de 1978.

*Caso de X y Y vs. Países Bajos*, demanda no. 8978/80, sentencia de 26 de marzo de 1985.

### **B) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

#### **\* Casos Contenciosos**

*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4.

*Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 8.

*Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C, No. 22.

*Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69.

*Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72.

*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79.

*Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 94.

*Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, No. 97.

*Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98.

**\* Opiniones Consultivas**

*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2.

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.

**C) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

*Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962*, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970.

**5. Normativa**

**A) CONSTITUCIONES**

Constitución Mexicana (1917)

**B) LEGISLACIONES NACIONALES**

***i. México***

Ley Federal del Trabajo, de 1 de abril de 1970

**C) SOCIEDAD DE NACIONES**

Acuerdo sobre refugiados rusos del 5 de julio de 1922.

Convención Relativa al Intercambio de Poblaciones griega y turca, y su Protocolo de 1923.

Acuerdo sobre refugiados armenios del 31 de mayo de 1924.

Acuerdo sobre otros grupos de refugiados (sirios, turcos), del 30 de junio de 1928.

Plan para brindar certificados de identidad a los refugiados del Saar del 30 de julio de 1935.

Acuerdo sobre condición de refugiados venidos de Alemania del 4 de julio de 1936.

Convención sobre la condición de refugiados venidos de Alemania del 10 de febrero de 1938.

## II. CAPÍTULO 2

### 1. Libros

Accioly, Hildebrando, *Tratado de direito internacional publico*, Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1933-35, 3 Vol.

Álvarez, Alejandro, *Exposé de Motifs et Déclaration des Grands Principes du Droit International Moderne*, 1ª ed., París: Les Éditions internationales, 1936, 57 p.

Amerasinghe, C. F., *State responsibility for injuries to aliens*, Oxford: Clarendon Press, 1967, 324 p.

Amerasinghe, C. F., The Quantum of Compensation for Nationalized Property, en Lillich, Richard B., (ed.), *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975.

Amerasinghe, C. F., *Local Remedies in International Law*, 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 480 p.

Amerasinghe, Chittharanjan F., *Diplomatic Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2008, 376 p.

Anand, R. P., (ed.), *Asian States and the Development of International Law*, Delhi: Vikas Publications, 1972, 245 p.

Anzilotti, Dionisio, *Teoria generale della responsabilita dello Stato nel diritto internazionale*, Florencia: Lumachi, 1902.

Basdevant, J., Étrangers, en De Lapradelle, A. & Niboyet, J.P., *Répertoire de Droit International*, París: Sirey, 1930.

Bennouna M., La Protection Diplomatique, un Droit de l'État?, en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber Paix, Développement, Démocratie/Peace, Development, Democracy*, Bruselas: Bruylant, 1998.

Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, J. H. Burns & H. L. A. Hart eds., Oxford: Oxford University Press, 1996, 456 p.

Bollecker-Stern, Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, París: E. Pedone, 1973, 382 p.

Borchard, Edwin Montefiore, *The diplomatic protection of citizens abroad, or, The law of international claims*, New York: The Banks Law Pub. Co., 1922 (1ª ed. 1915), 988 p.

Bozeman, Adda B., *The future of law in a multicultural world*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1971, 229 p.

Brierly, J. L., *The law of nations: an introduction to the international law of peace*, 2ª ed., London: Oxford University Press, 1936, 271 p.

Briggs, Herbert W., *The law of nations; cases, documents, and notes*, 2<sup>a</sup> ed., New York: Appleton-Century-Crofts, 1952, 1108 p.

Brown Scott, J. (ed.), *The reports to the Hague Conferences of 1899 and 1907 / being the official explanatory and interpretative commentary accompanying the draft conventions and declarations submitted to the Conference by the several commissions charged with preparing them, together with the texts of the final acts, conventions and declarations as signed, and of the principal proposals offered by the delegations of the various powers as well as of other documents laid before the commissions*, Oxford: Clarendon Press, 1917.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press, 1973.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5<sup>a</sup> ed., Oxford; New York: Clarendon Press, 1998, 743 p.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6<sup>a</sup> ed., Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2003, 742 p.

Calvo, Carlos, *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris: A. D'Amyot, Durand et Pedone-Lauriel, 1868. Volumen 1, 521 p.

Cardona Llorens, Jorge, Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional público, en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Vol. 1, 1989, p. 231-248.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid: Tecnos, 1991, 340 p.

Cavaglieri, Arrigo, *Corso di Diritto Internazionale*, 3<sup>a</sup> ed., Nápoles: Rondinella Alfredo, 1934, 582 p.

Cohen, Jerome Alan & Chiu, Hungdah, *People's China and international law: a documentary study*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1974, 1790 p.

Condorelli, L., L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003 (a), p. 3-28.

Coussirat-Coustère, Vincent & Eisemann, Pierre Michel, *Repertory of international arbitral jurisprudence*, Vol. 2: 1919-1945, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 872 p.

Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 428 p.

Cuthbert, Joseph, *Nationality and Diplomatic Protection. The Commonwealth of Nations*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1969, 256 p.

Dawson, Frank G. & Head, Ivan L., *International Law, National Tribunals, and the Rights of Aliens*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1971 334 p.



Decenièrre-Ferrandièrre, A., *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris: Rousseau, 1925.

Dhokalia, Ramaa Prasad, *The codification of public international law*, Manchester: Manchester University Press, 1970, 367 p.

Díaz Barrado, Cástor Miguel, *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid: Tecnos, 1993, 54 p.

Díaz Barrado, Cástor Miguel, La protección de españoles en el extranjero: Práctica constitucional, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1992)*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 1993, p. 239-354.

Díez de Velasco Vallejo, Manuel, Reflexiones sobre la protección diplomática, en VV.AA., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; Universidad Complutense, 1986, p. 377-392

Díez de Velasco, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 13ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, 831 p.

Díez de Velasco, M., Protección diplomática e inactividad del Estado: la práctica española, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid: Editer Publicaciones, 2005, p. 194-211.

Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, 1175 p.

Díez-Hochleitner Rodríguez, Javier, Protección diplomática v. arbitraje de inversiones, en Caflisch, Lucius, *et.al.* (coord.), *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2005, p. 469-505.

Domínguez Redondo, Elvira, *Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, Valencia: Tirant lo blanch, 2005, 516 p.

Dominicé, C., Regard Actuel sur la Protection Diplomatique, in *Liber Amicorum Claude Reymond Autour de l'Arbitrage*, París: Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 73-81.

Dunn, Frederick Sherwood, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1932, 230 p.

Dunn, Frederick Sherwood, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, New York: Columbia University Press, 1933.

É., David, Droits de l'homme et droit humanitaire, en *Mélanges Fernand Dehousse*, Vol. I, *Les progrès du droit des gens*, París; Bruselas: Fernand Nathan/ Editions Labor, 1979.

Eagleton, Clyde, *The responsibility of states in international law*, New York: The New York University Press, 1928, 291 p.

Feller, A. H., *The Mexican claims commissions, 1923-1934: a study in the law and procedure of international tribunals*, New York: Kraus Reprint, 1971, 572 p.

Flauss, Jean-François, Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003 (b), p. 29-61.

Freeman, Alwyn V., *The international responsibility of states for denial of justice*, London; New York, etc.: Longmans, Green and co., 1938, 758 p.

Friedmann, Wolfgang, *The changing structure of international law*, London: Stevens & Sons, 1964, 410 p.

Gaja, G., Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique, Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003 (a), p. 63-69.

Gaja, G., Is a State Specially Affected when its Nationals' Human Rights are Infringed?, en Lal Chand Vohrah, *et.al.*, (ed.), *Man's inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haya: Kluwer Law International, 2003 (b), p. 373-382.

García Amador, F. V., *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad: análisis crítico de la concepción tradicional*, Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1963, 590 p.

García Amador, F.V., Sohn, Louis B. & Baxter, R.R., *Recent codification of the law of State responsibility for injuries to aliens*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1974, 402 p.

García Amador, F. V., *The Changing law of international claims*, New York: Oceana Publications, 1984.

Gestoso y Acosta, Luis, *Curso elemental de derecho internacional público e historia de los tratados* (Vol. 1), Valencia: Domenech, 1897, 544 p.

González Campos, Julio D., *et.al.*, *Curso de derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid: Civitas, 2008, 1140 p.

Gortázar Rotaèche, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Madrid: Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, 1997.

Hall, William Edward, *A treatise on international law*, 8ª ed., Higgins, A. Pearce (ed.), Oxford: Clarendon Press, 1924.

Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, 5ª ed., London: Sweet & Maxwell, 1998, 1123 p.

Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México: Editora Nacional, 1980.

Heffter, A. G., *Le droit international de l'Europe*, 3ª ed., trad. de J. Bergson, Berlin: Schroeder, 1857.

Heilborn, Paul, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus der völkerrechtlichen Begriffin*, Berlín: J. Springer, 1896.

Higgins, Rosalyn, *Conflict of Interests*, London: Bodley Head, 1965.

Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use it*, Oxford: Oxford University Press, 1995, 308 p.

Huici Sancho, Laura, *El hecho internacionalmente ilícito de las organizaciones internacionales: el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*, Barcelona: Bosch, 2007, 153 p.

Hyde, Charles Cheney, *International law / chiefly as interpreted and applied by the United States*, Boston: Little, Brown, 1922, 2 Vol.

Jacobini, H. B., *A study of the philosophy of international law as seen in works of Latin American writers*, Westport, Connecticut: Hyperion Press, 1979, 158 p.

Javillier, Jean Claude, Razón de ser de los derechos y principios fundamentales y dinámica de las normas internacionales del trabajo, en OIT, *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas*, Ginebra: OIT, Educación Obrera, No. 122, 2001.

Jessup, Philip C., *A Modern Law of Nations*, New York: Macmillan Co., 1948, 236 p.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1980, 379 p.

Jiménez Piernas, Carlos B., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del estado*, Alicante: Universidad de Alicante, 1988, 340 p.

Jiménez Piernas, Carlos B., El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del standard mínimo y la protección diplomática, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1987)*, Vitoria: Universidad del País Vasco, 1989, p. 65-116.

Jiménez Piernas, C., La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional, en C. Jiménez Piernas (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado: XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989*, Alicante: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, 1990, p. 17-109.

Jiménez Piernas, Carlos Bartolomé, Crespo Navarro, Elena, La organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: las Conferencias de Paz de La Haya, en Peces-Barba, Gregorio, et.al., *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 3, tm. V, Madrid: Dykinson, 2007, p. 643-694.

Juste Ruíz, José, Las obligaciones “erga omnes” en Derecho Internacional Público, en Miaja de la Muela, Adolfo, *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid: Tecnos, 1979, tomo I, p. 219-233.

Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Company, Inc., 1952, 461 p. Reimpreso en 2003 por The Lawbook Exchange, Ltd.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa, 1995.

Lauterpacht, Hersch, *International law and human rights*, Hamden, Conn.: Archon Books, 1968 (reimpr. de la ed. de 1950), 475 p.

- Lillich, Richard B., (ed.), *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1975, 174 p.
- Lillich, Richard B. (ed.), *International law of state responsibility for injuries to aliens*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1983, 412 p.
- Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984, 177 p.
- Mangas Martín, Araceli, Protección diplomática y consular, en Mangas Martín, Araceli & González Alonso, Luis Norberto, (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Madrid: Fundación BBVA, 2008, p. 731-738.
- Mariño Menéndez, F. M., *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996, 231 p.
- Mariño Menéndez, Fernando M., Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el derecho internacional, en Cardona Llorens, Jorge (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III, 1999, Castellón: Aranzadi, 2000, p. 315-362.
- Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, 694 p.
- Maúrtua, Víctor M. & Scott, James Brown, *Responsibility of states for damage to the person or property of foreigners: a statement of the principles which should govern the codification of international law on the subject*, New York: American Institute of International Law, Oxford University Press, 1930.
- Miaja de la Muela, A., Le role de la condition des mains propres de la personne lesee dans les reclamations devant les tribunaux internationaux, *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1968, p. 189-213.
- Miaja de la Muela, Adolfo, Las situaciones jurídicas subjetivas en Derecho Internacional Público, en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado: Homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, Oviedo: Universidad de Oviedo, 1970, p. 25-50.
- Möller, Axel, *International law in peace and war*, trad. de H.M. Pratt, London: Stevens, 1931.
- Moore, John Bassett, *A digest of international law*, Washington, D.C.: Govt. Print. Off., 1906.
- Nussbaum, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, New York: Macmillan, 1947, 361 p.
- Okoye, Felix Chuks, *International Law and the New African States*, London: Sweet and Maxwell, 1972, 225 p.
- Olivart, Ramón María de Dalmau, Marqués de, *Tratado de derecho internacional público*, tm. II, Madrid: Hijos de R. Álvarez, 1903, 306 p.
- Oppenheim, Lassa, *International Law: a treatise*, 5ª ed., H. Lauterpacht (ed.), Vol. I, London: Longmans, 1935.

Oppenheim, Lassa, *International law: a treatise*, 8<sup>a</sup> ed., H. Lauterpacht (ed.), Vol. 1, London: Longmans, Green, 1955, 1072 p.

Oppenheim, Lassa, *Oppenheim's international law*, 9<sup>a</sup> ed., Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), Vol.1, Harlow: Longman, 1992, 1333 p.

Orrego-Vicuña, Francisco, Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement, en Ko-Yung Tung, *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata: International Finance And Development Law*, London: Kluwer Law International, 2001, p. 503-525.

Panhuis, Haro F. Van, *The Role of Nationality in International Law: An Outline*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1959, 256 p.

Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos, 2009, 831 p.

Pellet, A., Le droit international à l'aube du XXI siècle. La Société internationale contemporaine-Permanence et tendances nouvelles, en J. Cardona (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional 1997*, Vol. I, Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 19-112.

Podestá Costa, L. A. & Ruda, J. M., *Derecho Internacional Público*, Vol. I, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1985.

Quel López, Francisco Javier, Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (2002)*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2002, p. 339-383.

Quel López, Francisco Javier, La violación de obligaciones *erga omnes* y su incidencia en el ejercicio de la protección diplomática, en Vargas Gómez-Urrutia, Marina & Salinas de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 2, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 1183-1200.

Remiro Brotóns, Antonio, *et.al., Derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 1382 p.

Ress, G., La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels: Nemesis-Bruylant, 2003, p. 121-151.

Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, 6<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos, 2006, 589 p.

Röling, Bernard Victor Aloysius, *International law in an expanded world*, Amsterdam; Leyden: Djambatan, 1960.

Rosenne, Shabtai (ed.), *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (1925-1928)*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1972, Vol. II.

Rosenne, Shabtai (ed.), *League of Nations Conference for the Codification of International Law (1930)*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1975, Vol. II.

Roth, Andreas Hans, *The minimum standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1949, 194 p.

Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona: Ediciones Ariel, 1961, 697 p.

Rousseau, Charles E., *Droit international public*, París: Sirey, 1970-1983.

Ruiloba Santana, Eloy, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Valencia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1978, 336 p.

Ruíz Moreno, Isidoro T., *Lecciones de derecho internacional público*, Buenos Aires: El Ateneo, 1934, 404 p.

Sepúlveda, César, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo*, México: UNAM, 1944.

Sepúlveda, César, *Derecho Internacional Público*, México: Porrúa, 1964.

Sepúlveda, César, Martínez Báez, Antonio, García Robles, Alfonso, *Carlos Calvo: tres ensayos mexicanos*, México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, 79 p.

Sepúlveda, César, *Las fuentes del derecho internacional americano: una encuesta sobre los métodos de creación de reglas internacionales en el Hemisferio Occidental*, México: Porrúa, 1975, 154 p.

Shaw, M. N., *International Law*, 4<sup>a</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 985 p.

Shea, Donald R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955, 323 p.

Sinha, S. Prakash, *New nations and the law of nations*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1967, 176 p.

Steinbach, Peter A., *Untersuchungen zum Internationalen Fremdenrecht. Grundsätze internationaler Rechtsprechung über die Prinzipien des Fremdenrechts, insbesondere das Problem des völkerrechtlichen Schutzes von Individualrechten*, Bonn; Köln: Ludwig Röhrscheid, 1931.

Steiner, Henry J. & Vagts, Detlev F., *Transnational legal problems: materials and texts*, 2<sup>a</sup> ed., Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1976, 1429 p.

Syatauw, J. J. G., *Some Newly Established Asian States and the Development of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1961, 249 p.

Tiburcio, Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, The Hague; London: Nijhoff, 2001, 318 p.

Torroja Mateu, Helena, *El derecho del estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona: Editorial Bosch, 2007, 219 p.

- Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899.
- Truyol y Serra, Antonio, *Historia del derecho internacional público*, versión española de Paloma García Picazo, Madrid: Tecnos, 1998, 171 p.
- Tuchman, B., *The proud tower. A portrait of the world before de the war, 1890-1914*, N.Y.: Macmillan, 1966.
- Ulloa y Cisneros, Alberto, *Derecho Internacional Público*, 2a. ed., Tomo I, Lima: Imp. Torres Aguirre, 1938, 394 p.
- Vattel, Emer de, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, London: G.G. and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797.
- Vellas, Pierre, *Droit international public: institutions internationales, methodologie, historique, sources, sujets de la societe internationale, organisations internationales*, Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1967, 483 p.
- Vermeer-Künzli, Anna Maria Helena, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, Leiden: Leiden University, 2007, 250 p.
- Villán, Carlos, El futuro del sistema de protección de los derechos humanos en las naciones Unidas, en Mariño Menéndez, F. M., *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996.
- Weiss, Paul, *Nationality and statelessness in international law*, 2da. ed., Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1979, 339 p.
- Whiteman, Marjorie M., *Digest of international law*, Vol. 8, Washington, D.C.: Department of State, 1967, 1291 p.
- Wilson, Robert Renbert, *The international law standard in treaties of the United States*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1953, 321 p.
- Witenberg, J. C., *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internacionales*, París: Pedone, 1937.
- Wyler, E., *La Règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París: Presses Universitaires de France, 1990, 293 p.

## **2. Artículos de Revistas**

- Abellán Honrubia, Victoria, La responsabilité internationale de l'individu, *Recueil des Cours*, Vol. 280, 1999, p. 135-428.
- Álvarez Jofré, Alejandro, Latin America and International Law, *American Journal of International Law*, Vol. 3, 1909.
- Andrés Sáenz de Santa María, María Paz, Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno, *Anuario de Derecho Internacional*, No. 3, 1976.

Andrés Sáenz de Santa María, María Paz, La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el Exterior, *Revista de derecho de la Unión Europea*, N°. 11, 2006.

Aznar Gómez, Mariano J., El asunto Lagrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 54, 2002, No. 2, p. 733-753.

Bedjaoui, Mohammed, L'humanité en quête de paix et de développement (I): Cours général de droit international public (2004), *Recueil des Cours*, Vol. 324, 2006, p. 9-529.

Berlia, G., Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique, *Annuaire français de droit international*, III, 1957.

Borchard, Edwin M., Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3 (Jul., 1926).

Borchard, Edwin M., Important Decisions of the Mixed Claims Commission United States and Mexico, *The American Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3 (Jul., 1927).

Borchard, Edwin M., "Responsibility of States," at the Hague Codification Conference, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1930).

Borchard, Edwin, The "minimum standard" of the treatment of aliens, *American Society of International Law-Proceedings*, Vol. 62, 1939.

Borchard, Edwin, The "minimum standard" of the treatment of aliens, *Michigan Law Review*, Vol. 38, No. 4, 1940.

Bou Franch, Valentín, Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *jus cogens*: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido, *Anuario de Derecho Internacional*, No. 18, 2002.

Brownlie, Ian, International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law, *Recueil des Cours*, Vol. 255, 1995, p. 9-228.

Caplan, Lee M., State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, *American Journal of International Law*, Vol. 97.

Castañeda, Jorge, The underdeveloped nations and the development of international law, *International Organization*, Vol. 15, 1961.

Cavare, Louis, Les transformations de la Protection diplomatique, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 19, 1958.

Condorelli, L., La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 86, 2003 (b).

Crespo Navarro, Elena, El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 57, No.1, 2005.

Deen-Racsmány, Z., Diplomatic Protection and the LaGrand Case, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, p. 87-103.



Diez de Velasco Vallejo, Manuel, Protección Diplomática e Inactividad del Estado: La Práctica Española, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Vol. 1, Madrid: UAM, 2005.

Dugard, John, Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 24, 2005.

Dunn, Frederick Sherwood, International Law and Private Property Rights, *Columbia Law Review*, Vol. 28, 1928.

Falk, Richard A., The new states and international legal order, *Recueil des Cours*, Vol. 118, No. II, 1966, p. 1-103.

Fatouros, A. A., International Law and the Third World, *Virginia Law Review*, Vol. 50, No.5, 1964.

Feller, A. H., Some Observations on the Calvo Clause, *The American Journal of International Law*, Vol. 27, 1933.

Feria Tinta, M., Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 2001.

Flauss, J. F., Protection Diplomatique et protection internationale des droits de l'homme, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, No. 1, 2003 (a), p. 1-36.

Forcese, Craig, Shelter from the Storm: Rethinking Diplomatic Protection of Dual Nationals in Modern International Law, *George Washington International Law Review*, Vol. 37, 2005, p. 469-500.

Freeman, Alwyn V., Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law, *American Journal of International Law*, Vol.40, No.1, 1946.

Gaja, Giorgio, The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, p. 11-14.

García - Amador, F. V., State Responsibility in the Light of the New Trends of International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 49, No. 3 (Jul., 1955), p. 339-346.

García - Amador, Francisco V., State responsibility: some new problems, *Recueil des Cours*, Vol. 94, No. II, 1958, p. 365-491.

García Arias, Luis, Sobre el derecho de protección diplomática, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, No. 1, 1959, p. 129-152.

García Arias, Luis, La Doctrine des "Clean Hands" en Droit International Public, *Annuaire des Anciens Auditeurs de l'Academie de Droit International*, Vol. 30, 1960.

Guha Roy, S. N., Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a part of universal International Law?, *American Journal of International Law*, Vol. 55, 1961.

Hackworth, Green H., Responsibility of States for Damages caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference for the Codification of International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1930).

Jessup, Philip C., Responsibility of States for Injuries to Individuals, *Columbia Law Review*, Vol. 46, No. 6, (Nov. 1946).

Jiménez Piernas, Carlos B., La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, No. 1, 1993, p. 9-52.

Kauffman, E., Der ungarisch-rumänische Streit über die rumänische Agrarreform vor dem Völkerbundsrate, *Zeitschrift Für Ostrecht*, Vol. 1, 1927.

Lauterpacht, H., Allegiance, Diplomatic Protection and Criminal Jurisdiction over Aliens, *Cambridge Law Journal*, Vol. 9, 1946.

Leibholz, Gerhard, Das Verbot der Willkür und des Ermessensmissbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten, *Zeitschrift Für Ausländisches. Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, Vol. 1, 1929.

Lillich, R., The effectiveness of the local remedies today, *American Society of International Law-Proceedings*, Vol. 58, 1964.

Lillich, R. B., The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack, *The American Journal of International Law*, Vol. 69, No. 2 (Apr., 1975).

Lillich, R. B., Duties of States regarding the civil rights of aliens, *Recueil des Cours*, Vol. 161, No. III, 1978, p. 329-443.

Lillich, Richard B., The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 73, 1979.

Lipstein, K., The place of the Calvo clause in International Law, *British Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1945.

Makarov, A., Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 8, 1955.

Mariño Menéndez, Fernando M., El concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 35, No. 2, 1983.

Miaja de la Muela, A., El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, Vol. II, 1963, p. 9-58.

Miaja de la Muela, A., Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 22, 1969.

Milano, Enrico, Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 35, 2004.

Murphy, Cornelius F. Jr., State Responsibility for Injuries to Aliens, *New York University Law Review*, Vol. 41, No. 1, (March 1966).

Nash Leich, Marian, Contemporary Practice of the United States Relating to International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 78, No. 1 (Jan., 1984); Vol. 84, No. 2 (Apr., 1990).

Parry, Clive, Some considerations upon the protection of individuals in international law, *Recueil des Cours*, Vol. 90, No.II, 1956, p. 653-726.

Pellet, Alain, "Human Rightism" and International Law, en Conforti, B., *et al.* (eds.), *The Italian Yearbook of International Law*, Volume X, 2000, p. 3-16.

Pérez Barahona, Sergio, El Estatuto de "Refugiado" en la Convención de Ginebra de 1951, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, No. 1, 2003.

Pérez Giralda, Aurelio, El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados. Al Final del Camino, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 4, 2002.

Pergantis, Vasileios, Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66, 2006, p. 351-397.

Root, Elihu, The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad, *The American Journal of International Law*, Vol. 4, No. 3 (Jul., 1910).

Salazar Albornoz, Mariana, Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection. Contemporary Challenges, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 6, 2006, p. 377-417.

Salmon, Jean A., Des 'Main Propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales, *Annuaire Francaise de Droit Internartional*, Vol. 10, 1964.

Scelle, Georges, *Revue de Droit International (Lapradelle)*, Vol. 1, 1927.

Scelle, Georges, Règles générales du droit de la paix, *Recueil des Cours*, Vol. 46, no. IV, 1933, p. 327-703

Simma, B., Self contained regimes, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 16, 1985.

Sohn, Louis B. & Baxter, R. R., Responsibility of States for injuries to the economic interests to aliens, *American Journal of International Law*, Vol. 55, 1961.

Sohn, L. B., The New International Law: Protection of the Rights of the Individuals Rather than States, *American University Law Review*, Vol. 32, 1982, p. 1-64.

Tamburini, Francesco, Historia y Destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Vol. 24, Valparaíso, Chile, 2002.

Taran, Patrick; Geronomi, Eduardo, Globalization, Migration and Rights, Protection is Paramount, *Perspectives on Migration*, No. 3, OIT, 2002.

Thierry, Hubert, L'évolution du droit international: cours général de droit international public, *Recueil des Cours*, Vol. 222, No. III, 1990, p. 9-186.

Torroja Mateu, Helena, La "protección diplomática" de los "derechos humanos" de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 58, No. 1, 2006.

Verdross, A., Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, *Recueil des Cours*, Vol. 37, No. III, 1931, p. 323-412.

Vermeer-Künzly, A., Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006.

Vermeer-Künzli, A., Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, 2007, p. 941-954.

Visscher, Charles de, Cours général de principes de droit international public, *Recueil des Cours*, 1954, Vol. 86, No. II, 1954, p. 445-556.

Visscher, Paul de, Cours général de droit international public, *Recueil des Cours*, Vol. 136, No. II, 1972, p. 1-202.

Warbrick, Colin, Protection of Nationals Abroad, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, No. 4, 1988.

Warbrick, Colin, Diplomatic Representations and Diplomatic Protection - Current developments in Public International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, p. 723-733.

Witenberg, J. C., La protection de la propriété immobilière des étrangers, *Clunet*, Vol. 55, 1928.

### **3. Documentación**

#### **A) ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS**

*Determinación de la Condición de Refugiado*, Conclusión N° 8 (XXVIII), 28° período de sesiones, 1977.

*Consecuencias Extraterritoriales de la Determinación de la Condición de Refugiado*, Conclusión N° 12 (XXIX), 29° período de sesiones, 1978.

#### **B) ASAMBLEA DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA**

Resolución de 9 de junio de 1998 que crea el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos.

#### **C) COMISIÓN DE COMPENSACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

Reglas Provisionales para el Procedimiento de Reclamación, adoptadas por el Consejo de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, 6ª sesión del 26 de junio de 1992, S/AC.26/1992/10.

## **D) COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL**

### **\* *Anuarios de la CDI***

*Yearbook of the International Law Commission*, 1957, Vol. I, Summary record of the 413th meeting, A/CN.4/SR.413.

*Yearbook of the International Law Commission*, 28º período de sesiones, 1976, Vol. II (2ª Parte), A/CN.4/SER.A/1976/Add.1.

*Yearbook of the International Law Commission*, 32º período de sesiones, 1980, Vol. II (2ª Parte), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1.

*Yearbook of the International Law Commission*, 50º período de sesiones, 1998, Vol. II (2ª Parte), A/CN.4/SER.A/1998/Add.1.

### **\* *Informes de G. Amador***

*Primer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, Relator Especial, 8º período de sesiones, 1956, A/CN.4/96.

*Segundo informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, Relator Especial, 9º período de sesiones, 1957, A/CN.4/106.

*Tercer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, Relator Especial, 10º período de sesiones, 1958, A/CN.4/111.

*Cuarto informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, Relator Especial, 11º período de sesiones, 1959, A/CN.4/119.

*Quinto informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, Relator Especial, 12º período de sesiones, 1960, A/CN.4/125.

*Sexto informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, Relator Especial, 13º período de sesiones, 1961, A/CN.4/134.

### **\* *Infomes de R. Ago***

*Primer informe sobre responsabilidad de los Estados*, Relator Especial Robert Ago, 21º período de sesiones, 1969, A/CN.4/217.

### **\* *Infomes de M. Bennouna***

*Informe preliminar sobre la protección diplomática*, Mohamed Bennouna, Relator Especial, 50º período de sesiones, 1998, A/CN.4/484.

### **\* *Informes de J. Dugard***

*Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, Relator Especial, 52º período de sesiones, 2000, A/CN.4/506.

*Segundo informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, 53º período de sesiones, 2001, A/CN.4/514.*

*Tercer informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, 54º período de sesiones, 2002, A/CN.4/523.*

*Cuarto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, 55º período de sesiones, 2003, A/CN.4/530.*

*Quinto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, 56º período de sesiones, 2004, A/CN.4/538, 7 de marzo de 2004.*

*Sexto informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, 57º período de sesiones, 2005, A/CN.4/546, 11 de agosto de 2004.*

*Séptimo informe sobre la protección diplomática, John R. Dugard, Relator Especial, 58º período de sesiones, 2006, A/CN.4/567, 7 de marzo de 2006.*

**\* Informes de la CDI**

*Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, 2007, Suplemento Nº 10, A/59/10.*

**\* Proyectos de artículos de la CDI**

*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, 53ª sesión, 2001, A/56/10.*

*Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries, 58ª sesión, 2006, A/61/10, 1 de octubre de 2006.*

**\* Reportes de la CDI**

Reporte de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, 4 UN GAOR Supp., No.10, p. 1, UN Doc. A/925, 1949.

Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, A/51/10.

**E) ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS**

*Dictionnaire de la Terminologie du Droit International, París, 1960.*

*Encyclopédie Juridique Dalloz, París, 1969.*

**F) INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL**

*Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, Session de Lausanne – 1927.*

*La règle de l'épuisement des recours internes, Session de Grenade – 1956.*

*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu*, Session de Varsovie – 1965.

### **G) INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION REPORTS**

Orrego-Vicuña, Francisco, *The Changing Law of Nationality of Claims*, Report prepared for the International Law Association International Committee on Diplomatic Protection, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 2000.

Informe de 2006 de la Conferencia de Toronto, *Diplomatic Protection of Persons and Property*, Chair Francisco Orrego Vicuña. La Conferencia aprobó la resolución no. 5/2006 “*Diplomatic Protection of Persons and Property*”.

### **H) SOCIEDAD DE NACIONES**

*International Conference on the Treatment of Foreigners*, League of Nations Publications, L.N. Doc. C.36.M.21.1929.II.

*Treaty of friendship and establishment between the Kingdom of Egypt and the Persian Empire*, signed at Teheran, November 28, 1928, *League of Nations Treaty Series*, no. 2127, 1929.

### **I) OCDE**

Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, *Working Papers on International Investment*, No. 2004/3, September 2004, 40 p.

### **J) ONU**

#### **\* Asamblea General**

Resolución 95, UN Doc. A/64/Add.1, 1947.

Resolución 3314, 29 UN GAOR Supp., no. 31, UN Doc. A/9631, 1974.

*Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven*, Resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985.

Resolución A/61/10, de 1 de octubre de 2006.

Resolución 50/45 de 11 de diciembre de 1995.

Resolución 51/160 de 16 de diciembre de 1996.

Resolución 52/156 de 15 de diciembre de 1997.

*Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005*, Resolución 60/1, 24 de octubre de 2005.

Resolución 60/251, de 15 marzo de 2006.

#### **\* ECOSOC**

Resolución 76 (V), de 5 de agosto de 1947, modificada por la resolución 304 I (XI), de 14 y 17 de julio de 1950.

Resolución 1235 (XLII), de 6 de junio de 1967

Resolución 1503 (XLVIII), de 27 de mayo de 1970.

Resolución 1983/27, de 26 de mayo de 1983.

Resolución 1992/19, de 30 de julio de 1992.

Resolución 1993/11, de 27 de julio de 1993.

Resolución 2000/3 de 19 de junio de 2000.

Decisión 2002/235, de 24 de julio de 2002.

**\* Consejo de Derechos Humanos**

Resolución 5/1 “*Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos*”, novena sesión, 18 de junio de 2007.

**\* Otros**

Elles, Diane, *International provisions protecting the human rights of non-citizens*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/392/Ver.1, 1980.

**K) REVUÉ DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

Reporte de la Conferencia Internacional de París sobre el Tratamiento de los Extranjeros, *Revue de Droit International Privé*, Vol. 25, 1930.

**L) SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES (MÉXICO)**

*Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936, Recopilación de tratados y otros documentos*, 2ª reimpr., México: SRE, 1990, (1ª ed. 1956), 749 p.

*Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, 2ª reimpr., México: SRE, 1990, (1ª ed. 1956), 378 p.

**M) THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

Treaty with Turkey and other instruments signed at Lausanne, July 24, 1923, Convention Respecting Conditions of Residence and Business and Jurisdiction, *The American Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, Supplement: Official Documents (Apr., 1924).

Treaty of Friendship, Commerce and Consular rights between the United States and Germany, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, Supplement: Official Documents (Jan., 1926).

Draft Conventions and Comments on Nationality, Responsibility of States For Injuries to Aliens, and Territorial Waters, prepared by the Research in International Law of The



Harvard Law School, *The American Journal of International Law*, Vol. 23, 1929, supl. esp. 22.

## **N) THE AMERICAN LAW INSTITUTE**

*Restatement of the law, second: foreign relations law of the United States, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C. May 26, 1962*, St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1965, 679 p.

### **4. Jurisprudencia**

#### **A) COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS**

*Henry Kalenga vs. Zambia*, Comm. No. 11/88 (1994).

#### **B) COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*Bertrand Russell Peace Foundation Ltd vs. Reino Unido*, demanda no. 7597/76, decisión de 2 de mayo de 1978.

*G. Kapas vs. Reino Unido*, no. 12822/87, decisión de 9 de diciembre de 1987.

*O. L. vs. Reino Unido*, demanda no. 11970/86, decisión de 13 de julio de 1987.

*X y Y vs. Reino Unido*, demanda no. 7215/75, sentencia de 11 de octubre de 1993.

*Nadler y Reckziegel vs. Alemania*, demanda no. 27718/95, decisión de admisibilidad de 12 de abril de 1996

*A Leschi y otros vs. Francia*, demanda no. 37505/97, decisión de 22 de abril de 1998.

#### **C) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*Casos de De Wilde, Ooms y Versyp ("Vagrancy") vs. Bélgica (méritos)*, demandas no. 832/66; 2835/66; 2899/66, sentencia de 18 de junio de 1971.

*Al Adsani vs. Reino Unido*, demanda no. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001.

*Vlastimir y Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović y Dragan Suković vs. Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido*, demandas no. 52207/99, sentencia de 12 de diciembre de 2001.

#### **D) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

##### **\*Asuntos contenciosos**

*Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.

*Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Ser. C, No. 5.

**\*Opiniones consultivas**

*Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1981, Serie A, No. 101.

*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16.

**E) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

**\* Casos contenciosos**

*Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, sentencia de 18 de noviembre de 1953.

*Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, Segunda fase, sentencia de 6 de abril de 1955.

*Caso Interhandel (Suiza vs. Estados Unidos de América)*, objeciones preliminares, sentencia de 21 de marzo de 1959.

*Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962*, objeciones preliminares, 24 de julio de 1964.

*Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962*, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970.

*Caso relativo a la Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América vs. Italia)*, sentencia de 20 de julio de 1989.

*Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001.

*Caso relativo a la Orden de Detención del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo vs. Bélgica)*, sentencia del 14 de febrero de 2002.

*Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América)*, sentencia de 31 de marzo de 2004.

*Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática del Congo)*, objeciones preliminares, sentencia del 24 de mayo de 2007; sentencia de 30 de noviembre de 2010.

**\* Opiniones consultivas**

*Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949.

**F) CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE**

*Reclamación Canevaro (Italia vs. Perú)*, 3 de mayo de 1912, Vol. XI.

**G) CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL**

*Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia vs. Reino Unido)*, Serie A, No. 2, 30 de agosto de 1924.

*Caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia (Alemania vs. Polonia)*, Serie A, No. 7, 5 de febrero de 1926.

*Caso relativo a la fábrica de Chorzów (Alemania v. Polonia)*, Serie A - No. 9, 26 de julio de 1927.

*Caso de los préstamos serbios (Francia vs. Serbia)*, Serie A, No. 20/21, 12 de julio de 1929.

*Caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia vs. Lituania)*, Series A/B, No. 76, 28 de febrero de 1939.

## **H) ESPAÑA**

Tribunal Supremo. Sentencia TS (Sala 3ª), de 29 de diciembre de 1986.

## **I) REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS**

*Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español (España vs. Reino Unido)*, 1 de mayo de 1925, Vol. II, p. 615-742.

*North American Dredging Company (EE.UU. vs. México)*, 31 de marzo de 1926, Vol. IV, p. 691-746.

*William A. Parker (EE.UU. vs. México)*, 31 de marzo de 1926, Vol. IV, p. 35-41.

*L. F. H. Neer and Pauline Neer (EE.UU. vs. México)*, 15 de octubre de 1926, Vol. IV, p. 60-66.

*Harry Roberts (EE.UU. vs. México)*, 2 de noviembre de 1926, Vol. IV, p. 77-81.

*Teodoro Garcia and M. A. Garza (EE.UU. vs. México)*, 3 de diciembre de 1926, Vol. IV, p. 119-134.

*Caso de la Isla de Palmas (Países Bajos vs. EE.UU.)*, 4 de abril de 1928, Vol. II, p. 829-871.

*Mexican Union Railway (Ltd.) (Gran Bretaña vs. México)*, febrero de 1930, Vol. V, p. 115-129.

*El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (Gran Bretaña vs. México)*, 18 de junio de 1931, Vol. V, p. 191-199.

*Asunto Chevreau (Francia vs. Reino Unido)*, 9 de junio de 1931, Vol. II, p. 1113-1143.

*International Fisheries Company (EE.UU. vs. México)*, Julio de 1931, Vol. IV, p.

*Dickson Car Wheel Company (EE.UU. vs. México)*, julio de 1931, Vol. IV, p. 669-691.

*Caso Salem (Egipto vs. EE.UU.)*, 8 de junio de 1932, Vol. II, p. 1161-1237.

S. S. “*I’m Alone*” (*EE.UU. vs. Canadá*), 30 de junio de 1933 y 5 de enero de 1935, Vol. III, p. 1609-1618.

*Caso Mergé—Decisión No. 55 (Italia vs. EE.UU.)*, 10 de junio de 1955, Vol. XIV, p. 236-248.

*Reclamación Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido)*, 6 de marzo de 1956, Vol. XII, p. 83-153.

## **J) TRIBUNAL DE RECLAMACIONES IRÁN-EE.UU.**

*Irano-Reading & Bates, S.S.K.*, DEC 32-A18-FT, 6 de abril de 1984.

## **K) JURISPRUDENCIA NACIONAL**

### **\* Alemania**

Tribunal Federal Supremo Administrativo, *Asunto del refugiado yugoslavo*, 25 de noviembre de 1958.

Tribunal Federal Supremo Administrativo, *Asunto de la reclamación de compensación de un refugiado*, de 11 de julio de 1968.

## **5. Normativa**

### **A) CONSTITUCIONES**

Constitución Mexicana (1917).

Constitución Política del Perú (1993).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Constitución de Bolivia (2009).

### **B) ONU**

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 18 de mayo de 1965.

Convenio sobre Eliminación de la Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de diciembre de 1984.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 18 de diciembre de 1990.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 6 de octubre de 1999.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 10 de diciembre de 2008.

### **C) SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Carta Africana de Derechos Humanos, de 27 de julio de 1981.

### **D) SOCIEDAD DE NACIONES**

Convención de la Haya de 1930 sobre Algunas Cuestiones Relativas al Conflicto de las Leyes de Nacionalidad.

### **E) SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

### **F) SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

### **G) UNIÓN EUROPEA**

Tratado de Comunidad Europea de Energía Atómica, de 25 de marzo de 1957.

Tratado de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957.

Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992.

Tratado de la Unión Europea, versión consolidada (Diario Oficial de la Unión Europea C 115 de 9.05.2008).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada (Diario Oficial de la Unión Europea C 115/49 de 9.05.2008).

### III. CAPÍTULO 3

#### 1. Libros

Bennouna, Mohamed, *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1988. Avenir d'un idéal commun*, París: La Documentation française, 1999.

Birdsall, Nancy, Levine, Ruth & Ibrahim, Amina, *UN Millennium Project 2005. Toward universal primary education: investments, incentives, and institutions. Task Force on Education and Gender Equality*, London: Earthscan, 2005, 183 p.

Blanc Altemir, Antonio, Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, en Blanc Altemir, Antonio (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid: Tecnos, 2001.

Bluntschli, Johann Caspar, *Le droit international codifié*, 4ª ed., París: Guillaumin, 1886, 606 p.

Bosniak, Linda S., Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers, en Bogusz, Barbara *et.al.*, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 311-341.

Caestecker, Frank, *Alien Policy in Belgium, 1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens*, New York, Berghahn, 2000.

Canessa Montejo, Miguel Francisco, *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Carens, Joseph, Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States, en Brubaker, William R., (ed.), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, New York: University Press of America, 1989.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1995, 174 p.

Castles, Stephen, Davidson, Alastair, *Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging*, Basingstoke: Macmillan, 2000.

Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 428 p.

Da Lomba, Sylvie, Fundamental Social Rights for Irregular Migrants: The Right to Health Care in France and England, en Bogusz, Barbara *et.al.*, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 363-386.

De la Vega, Connie, Lozano-Batista, Advocates should use applicable International standards to address violations of undocumented workers' Rights in the United States, en Bayefsky, Anne, (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and*

*Migrant Workers: Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2006.

De Lucas, Javier, *Puertas que se cierran*, Barcelona: Icaria, 1996.

Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, 1175 p.

Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, 7ª ed., París: Dalloz, 2004.

Eggli, Anne V., *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2002.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta, 2001.

Freixes Sanjuán, Teresa, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001.

Galindo Velez, Francisco, Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado, en Namihás, Sandra (coord.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ACNUR, 2001.

García Manrique, Ricardo, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001.

Goodwin-Gill, Guy S., *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford: Clarendon Press, 1978.

Gortázar Rotaèche, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Madrid: Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, 1997.

Guild, Elspeth, Who is an irregular migrant?, en Bogusz, Barbara, *et.al.* (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Hierro, Liborio, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001.

Jacobson, David, *Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

Jiménez Piernas, Carlos B., El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del standard mínimo y la protección diplomática, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1987)*, Vitoria: Universidad del País Vasco, 1989, p. 65-116.

Johnson, Kevin R., The moral high ground? The relevance of International Law to remedying racial discrimination in US immigration laws, en Hernández Truyol, Berta E., *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York: New York University Press, 2002.

Lauterpach H., (ed.), *International Law Reports*, Vol. 26, Cambridge: Cambridge University Press, 1958-II.

Lauterpacht, H. (ed.), *International Law Reports*, Vol. 42, Cambridge: Cambridge University Press, 1950-1957.

Lázaro González, Isabel E., Noción de extranjero: Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería, en Adroher Biosca, Salomé, Charro Baena, Pilar (coord.), *La inmigración: derecho español e internacional*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 17-58.

Le Guyader, Alain, La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme, en Maugenest, Denis, Pougoué, Paul-Gérard, (dir.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, París: Karthala, 1995.

Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984, 177 p.

Lyon, Beth, New International Human Rights Standards on Unauthorised Immigrant Workers Rights: Seizing an Opportunity to Pull Governments Out of the Shadows, en Bayefsky, Anne, (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers: Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2006.

Marie, Claude Valentine, *Preventing illegal immigration. Juggling Economic Imperatives, Political Risks and Individual Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 2003.

Mariño Menéndez, Fernando (dir.), *Derecho de Extranjería Asilo y Refugio*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Política Social, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 1995, 708 p.

Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, 694 p.

Marks, Stephen P., Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados, Vasak, Karel, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984.

Meron, Theodor, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford: Clarendon Press, 1986, 362 p.

Meron, T., *The implications of the European Convention on Human Rights for the development of public international law*, Strasbourg: Council of Europe, 2000, 24 p.

Meyer-Bisch, P., Le problème des limitations du noyau intangible des droits de l'Homme, en Meyer-Bisch, P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, Fribourg: Editions universitaires, 1991.

Oppenheim, Lassa, *International law: a treatise*, 8ª ed., H. Lauterpacht (ed.), Vol. 1, London: Longmans, Green, 1955, 1072 p.

Oppenheim, Lassa, *Oppenheim's international law*, 9ª ed., Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), Vol.1, Harlow: Longman, 1992, 1333 p.



Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13ª ed., Madrid: Tecnos, 2009, 831 p.

Plender, Richard, *International Migration Law*, 2a ed. rev., Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

Quel López, Francisco Javier, Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (2002)*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2002.

Remiro Brotóns, Antonio, *et.al.*, *Derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 1382 p.

Rivier, Alphonse, *Principes du droit des gens*, t. I, París: Arthur Rousseau, 1896.

Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 2006, 589 p.

Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munich: Beck, 1992.

Rubio Llorente, Francisco, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001.

Sassen, Saskia, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, New York; Chichester: Columbia University Press, 1996.

Schuck, Peter, Smith, Rogers, *Citizenship without consent: Illegal aliens in the American polity*, New Haven, London: Yale University Press, 1985.

Schuck, Peter, *Citizens, Strangers, and In-Betweens: Essays on Immigration and Citizenship*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1998.

Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2003.

Sohn, Louis B. & Buergenthal, T. (eds.), *The Movement of Persons across Borders. Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 23, Washington, D.C.: American Society of International Law, 1992.

Sorensen, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, London: Macmillan, 1968, 930 p.

Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

Sottas, Eric, El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional, en Marzal, Antonio (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra: J.M. Bosch, ESADE/ Facultad de Derecho, 2001.

Soysal, Yasemin Nuhoglu, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago: University of Chicago, 1994.

Spener, David, *Clandestine Crossings: Migrants and Coyotes on the Texas-Mexico Border*, Ithaca: Cornell University Press, 2009, 298 p.

Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2ª ed., París: PUF, 1995.

Sudre, Frédéric, Quel noyau intangible des droits de l'homme?, en Maugenest, D., Pougoué, P. G., (dir.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, París: Karthala, 1995.

Tiburcio, Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, The Hague; London: Nijhoff, 2001, 318 p.

Trindade, Antonio Augusto Cançado, La protección de los derechos humanos en el Sistema de la Organización de Estados Americanos y el derecho interno de los Estados, en *Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres*, San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

Trindade, Antônio Augusto Cançado, Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en Cançado Trindade, Antônio Augusto, Moyer, Charles, Zeledón, Cristina (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo IV, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

Twaddle, Michael (ed.), *Expulsion of a minority: essays on Ugandan Asians*, Londres: Athlone Press, 1975.

Van Boven, Theodor C., Criterios distintivos de los derechos humanos, en Vasak, Karel (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, París: Serbal/UNESCO, 1984, Vol. 1.

Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, París; Barcelona: Serbal; UNESCO, 1984, 3 Vol., 963 p.

Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta, 2002, 1028 p.

Waldock, Humphrey Sir, Human Rights in International Contemporary Law and the significance of the European Convention, en *The European convention on human rights: a report of a lecture and conference held on November 23 and 24*, London: The British Institute of International and Comparative Law, 1965.

Walzer, Michael, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books, 1983.

## **2. Artículos de Revistas**

Afolayan, A. A., Immigration and expulsion of ECOWAS aliens in Nigeria, *International Migration Review*, Vol. 22, 1988.

Aleinikoff, T. Alexander, Between National and Post-National: Membership in the United States, *Michigan Journal of Race and Law*, Vol. 4, 1999.

Alexidze, Levan, Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 172, No. 3, 1981.

Blat Mellado, Concha, Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de derechos humanos. De la letra a la realidad, *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, No. 28, Tercer Trimestre de 1999.

Böhning, Roger, The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, Special Issue: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (Winter, 1991).

Bosniak, Linda, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers under the International Migrant Workers Convention, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, 1991.

Boswell, Richard A., Restrictions on 'Non Citizens' Access to Public Benefits: Flawed Premise, Unnecessary Response, *UCLA Law Review*, Vol. 42, 1994-1995.

Carens, Joseph H., The Rights of Irregular Migrants, *Ethics & International Affairs*, Vol. 22, No. 2 (2008).

Casanovas i la Rosa, Oriol, La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés, *Recueil des Cours*, Vol. 306.

Chetail, Vincent, Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants, *Revue belge de droit international*, No. 1, 2004.

Chueca Sancho, Ángel G., El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 1, noviembre de 2002.

Cohen-Jonathan, Gérard, Les droits de l'homme, une valeur internationalisée, *Droits fondamentaux*, No. 1, julio-diciembre de 2001.

Cole, David, The Idea of Humanity: Human Rights and Immigrants Rights, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 37, 2005-2006.

Dauvergne, Catherine, Sovereignty, Migration and Rule of Law in Global Times, *Modern Law Review*, Vol. 67, 2004.

Delgado, Richard, Stefancic, Jean, Cosmopolitanism inside out: international norms and the struggle for civil Rights and local justice, *Connecticut Law Review*, Vol. 27, 1995.

Dunne, Elizabeth, The Embarrassing Secret of Immigration Policy: Understanding Why Congress Should Enact an Enforcement Statute for Undocumented Workers, *Emory Law Journal*, Vol. 49, 2000.

Fiss, Owen, The immigrant as a pariah, *Boston Review*, Vol. 23, October/November .

Foo, Lora Jo, The Vulnerable and Exploitable Immigrant Workforce and the Need for Strengthening Worker Protective Legislation, *Yale Law Journal*, Vol. 103, 1993 – 1994.

Gaja, Giorgio, Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. 3, 1999.

Gallotti, Maria, The Gender Dimension of Domestic Work in Western Europe, *International Migration Papers*, No. 96, OIT, 2009.

García Amador, F. V., State Responsibility in the Light of the New Trends of International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 49, No. 3 (Jul., 1955).

Hailbronner, K., Non-refoulement and 'humanitarian' refugees: customary International law or wishful legal thinking?, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 26, 1985-1986.

Higgins, Rosalyn, Derogations under Human Rights Treaties, *British Year Book of International Law*, Vol. 48, 1976-1977.

Jiménez Piernas, Carlos B., La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, No. 1, 1993, p. 9-52.

Joppke, Christian, The legal-domestic sources of immigrant Rights: the United States, Germany, and the European Union, *Comparative Political Studies*, Vol. 34, 2004.

Koh, Harold Hongju, The United States Constitution and International Law: International Law as Part of Our Law, *American Journal of International Law*, Vol. 98, 2004.

Lillich, R. B., Duties of States regarding the civil rights of aliens, *Recueil des Cours*, Vol. 161, No. III, 1978, p. 329-443.

Lyon, Beth, The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorised Migrant Workers' Rights for the Hemisphere: A Comment on Advisory Opinion 18, *New York University Review of Law and Social Change*, Vol. 28, 2004.

Lyon, Beth, When More Security Equals Less Workplace Safety: Reconsidering U.S. Laws that Disadvantage Unauthorized Workers, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, Vol. 6, 2004.

Margulies, Peter, Stranger and Afraid, Undocumented Workers and Federal Employment Law, *DePaul Law Review*, Vol. 38, 1989.

Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D. & Chen, Lung Chu, The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order, *The American Journal of International Law*, Vol. 70, No. 3, 1976.

Meron, Theodore, International Law in the age of Human Rights, *Recueil des Cours*, Vol. 301, 2003.

Milano, Enrico, Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 35, 2004.

Ngai, Mae M., The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965, *Law and History Review*, Vol. 21, No. 1, Spring 2003.

Ortega Velázquez, Elisa, Los trabajadores migrantes irregulares y sus derechos humanos laborales en Estados Unidos: el caso de los trabajadores mexicanos, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 1, No. 2, 2008.

Paoletti, Sarah, Human Rights for All Workers: The Emergence of Protection for Unauthorised Workers in the Inter-American Human Rights System, *Human Rights Brief*, Vol. 12, No. 1, 2004.

Paspalanova, Mila, Undocumented v. Illegal Migrant: Towards terminological coherence, *Migraciones Internacionales*, Vol. 4, No. 3, 2008.

Pezzoli, Maria Chiara, *et al.*, HIV Infection Among 'Illegal' Migrants, Italy, 2004 –2007, *Emerging Infectious Diseases*, Vol. 15, 2009.

Salazar Alborno, Mariana, Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection. Contemporary Challenges, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 6, 2006, p. 377-417.

Stoddard, Ellwyn, Conceptual analysis of the 'alien invasion'. Institutionalized support of illegal Mexican aliens in the US, *International Migration Review*, Vol. 10, No. 2, 1976.

Trindade Cançado, Antônio Augusto, International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law, *Recueil des Cours*, Vol. 317, 2005.

Vargas, Jorge A., US Border Patrol Abuses, Undocumented Mexican Workers and International Human Rights, *San Diego International Law Journal*, Vol. 2, No. 1, 2002.

Warbrick, Colin, Diplomatic Representations and Diplomatic Protection - Current developments in Public International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, p. 723-733.

Wishnie, Michael J., Immigrants and the right to petition, *New York University Law Review*, Vol. 78, 2003.

Wolff, Hans, *et.al.*, Undocumented migrants lack access to pregnancy care and prevention, *BMC Public Health*, 19 de marzo de 2008.

Wolff, Hans, *et.al.*, Chlamydia trachomatis prevalence in undocumented migrants undergoing voluntary termination of pregnancy: a prospective cohort study, *BMC Public Health*, 24 de noviembre de 2008.

### **3. Documentación**

#### **A) ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS**

Conclusiones del Comité Ejecutivo No. 22 (XXXII), 1981.

*Protección de personas en busca de asilo en caso de llegada en masa*, 1980.

*Asilo temporal*, 1980.

#### **B) AMNISTÍA INTERNACIONAL**

*Gulf Cooperation Council (GCC) countries: Women deserve dignity and respect*, MDE 04/004/2005, 10 de mayo 2005.

Amnistía Internacional, *Vivir entre las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2006.

### **C) COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS**

Comunicación núm. 159/96, *Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l'Homme c. Angola*, undécimo informe anual de actividades, 1997-1998.

### **D) COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL**

#### **\* Informes de G. Amador**

*Primer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 8º período de sesiones, 1956, A/CN.4/96.

*Segundo informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 9º período de sesiones, 1957, A/CN.4/106.

*Tercer informe sobre responsabilidad internacional*, F. V. García Amador, *Relator Especial*, 10º período de sesiones, 1958, A/CN.4/111.

#### **\* Informes Maurice Kamto**

*Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto*, *Relator Especial*, 57º periodo de sesiones, 2005, A/CN.4/554.

*Segundo Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto* *Relator Especial*, 58º periodo de sesiones, 2006, A/CN.4/573.

*Tercer Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto*, *Relator Especial*, 59º periodo de sesiones, 2007, A/CN.4/581.

*Cuarto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto*, *Relator Especial*, 60º periodo de sesiones, 2008, A/CN.4/594.

*Quinto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto*, *Relator Especial*, 61º periodo de sesiones, 2009, A/CN.4/611.

*Sexto Informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto*, *Relator Especial*, 62º periodo de sesiones, 2010, A/CN.4/625.

#### **\* Otros**

*Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58ª sesión, 2006, A/61/10, 1 de octubre de 2006.

### **E) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a Community Return Policy on Illegal Residents*, Com. (2002) 564 final, Bruselas, 14 de octubre de 2002.

#### **F) COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES**

*Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar, informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, octubre de 2005.

Koser, Khalid, *Irregular migration, state security and human security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005.

#### **G) COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO**

*Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen*, Observación General No. 6, de 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

*Los derechos del niño en la justicia de menores*, Observación general No. 10, de 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10.

#### **H) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**

*La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General no. 15, del 22 de julio de 1986, 27º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

*Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General No. 29, del 31 de agosto de 2001, 72º período de sesiones, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.7.

#### **I) COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIARES**

*Día de debate general sobre los trabajadores migratorios en el servicio doméstico. 14 de octubre de 2009. Nota de antecedentes*, 17 de julio de 2009, CMW/C/11/CRP.1.

*Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico*, Observación General no. 1, del 30 de noviembre de 2010, 13º período de sesiones, U.N. Doc. CMW/C/12/CRP.2/Rev.2.

#### **J) COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER**

*Trabajadoras migratorias*, Recomendación general No. 26, de 5 de diciembre de 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R.

#### **K) DIARIOS**

\* *Associated Press*

“No Answers for Kin of Mexican 9/11 Victims”, Associated Press, 10 de septiembre de 2004.

\* *CNN*

“Una jornada de protestas en todo Estados Unidos por una reforma migratoria”, *CNN*, 1 de mayo de 2010.

\* *El País*

Más patrullas contra la inmigración ilegal en Gambia, *El País*, 9 de marzo de 2009.

Canarias recibe más de 1.400 inmigrantes indocumentados sólo durante el fin de semana”, *El País*, 3 de septiembre de 2006.

\* *New York Times*

Mckinley Jr., James C., A Mexican Manual for Illegal Migrants Upsets Some in U.S., *New York Times*, 6 de enero de 2005.

\* *Telegraph*

Silvio Berlusconi says illegal migrants are 'army of evil', *Telegraph*, 16 de abril de 2008.

\* *The Sidney Morning Herald*

Suicidal boy didn't need a psychiatrist, Court told, *The Sidney Morning Herald*, 28 de julio de 2003.

\* *The Washington Post*

Eggen, Dan, “Tough Anti-Terror Campaign Pledged; Ashcroft tells Mayor he will use new las to fullest extent”, *The Washington Post*, 26 de octubre de 2001, p. A01.

\* *The Washington Times*

Seper, Jerry, Illegal criminal aliens abound in the US, *The Washington Times*, 26 de enero de 2004.

\**Time, New York*

Barnes, Edward, Slaves of New York: how crime and mismanaged laws have made the city the biggest magnet for Chinese illegals, *Time* (New York City), 2 de noviembre de 1998.

## **L) DICCIONARIOS**

*Dictionnaire de Droit International Public*, Jean Salmon (dir.), Bruselas: Bruylant, 2001.

*Diccionario de la Real Academia Española*, 22<sup>a</sup> edición.

## **M) ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW**

Doehring, Karl, Aliens, Expulsion and Deportation, en Bernhardt, Rudolf (dir.), Amsterdam: Elsevier Science Publishers, Vol. I, 1992.



## **N) DIRECTORIO GENERAL PARA EL EMPLEO, LOS ASUNTOS SOCIALES Y LAS OPORTUNIDADES EQUITATIVAS DE LA COMISIÓN EUROPEA**

*Child Poverty and Well-Being in the EU*, Luxemburgo: Oficina para las publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, enero de 2008.

## **O) INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL**

*Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. X, 1888-1889, sesión de Lausana.

*Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. XI, 1889-1892, sesión de Hamburgo.

*Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 12, 1892-1894, sesión de Ginebra

*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1894, 2a parte.

*Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 39, tomo II, 1936, sesión de Bruselas.

## **P) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

Asamblea General de Naciones Unidas, *Measures to ensure the human rights and dignity of all migrants workers*, Resolución AG 3449/XXX, 9 de diciembre de 1975.

Asamblea General, *Resoluciones sobre apatridia de 1974 a 2007*,

*Anuario Jurídico de las Naciones Unidas*, 1980.

Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *Recommendations on Statistics of International Migration*, 1998, Revision 1, Statistical Papers Series M, No. 58, Rev. 1.

*Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Normas básicas de humanidad. Informe del Secretario General presentado de conformidad con la resolución 1998/29 de la Comisión*, 18 de diciembre de 1998, Doc. E/CN.4/1999/92.

*Derechos del Niño. Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, Sra. Ofelia Calcetas Santos*, 29 de enero de 1999, E/CN.4/1999/71.

Informe final del Relator Especial David Weissbrodt, "*Les droits des non-ressortissants*", presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, de la resolución 2000/104 de la Comisión y de la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social.

*Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, de 20 de mayo de 2002, E/2002/68/Add.1.

*Specific groups and individuals: migrante workers*, Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes, 12 de enero de 2004, E/CN.4/2004/76.

*Reporte del Relator Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 30 de diciembre de 2005, E/CN.4/2006/73.

Asamblea General, *Expulsión de extranjeros*, Memorando de la Secretaría, Doc. A/CN.4/565, 10 de julio de 2006.

Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Trends in International Migrant Stock: The 2008 Revision, United Nations database*, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008, 2009, disponible en:

<http://esa.un.org/migration/p2k0data.asp>.

*Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12.

*Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7.

*Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29.

## **Q) ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**

*Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad*, mediante la resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), de 3 de junio de 2008.

## **R) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

Reynieri, E., *Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union*, *International Migration Paper*, No. 41, OIT, 2001.

*Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo en su 92ª sesión, Reporte VI, Punto de la Agenda no. 6, Ginebra, 1-17 de junio de 2004.

*Facing the global jobs crisis: Migrant workers, a population at risk*.

*Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe IV (2).

## **S) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES**

*Glosario sobre Migración*, Derecho Internacional sobre Migración, No. 7, Ginebra: OIM, 2006.

*La Vulnerabilidad de las Migrantes se ve Exacerbada porque no Tienen Acceso a Cuidados de Salud Materno – Infantil*, 6 de marzo de 2009.

## **T) ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA**

*Guide on Gender-Sensitive Labour Migration Policies*, Viena: OSCE, 2009

#### **U) PICUM**

Honsberg, Bernd, Undocumented Migrants in the Construction Sector in Europe, en LeVoy, Michele, Verbruggen, Nele, Wets, Johan (eds.), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, Bruselas: PICUM, 2003.

Taran, Patrick A., Globalization, migration and exploitation: irregular migrants and fundamental rights at work, en LeVoy, Michele, Verbruggen, Nele, Wets, Johan (eds.), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, Bruselas: PICUM, 2003.

*Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas: PICUM, 2007.

*PICUM's Main Concerns About the Fundamental Rights of Undocumented Migrants in Europe in 2006*, Bruselas: PICUM, 2007.

*Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas: PICUM, 2008.

*Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa 2009*, Bruselas: PICUM, 2009.

#### **V) SECRETARY OF THE STATE FOR THE HOME DEPARTMENT – REINO UNIDO**

*Human Trafficking*, Command Paper 6996, Government Reply to the Twenty-Sixth Report From the Joint Committee on Human Rights, session 2005-06, HL Paper 245, HC 1127, 19 de diciembre de 2006.

#### **W) THE PEW HISPANIC CENTER**

Lindsay Lowell, B. & Suro, Roberto, *How many undocumented: The numbers behind the U.S.-Mexico Migration Talks*, 2002.

#### **X) UNESCO**

Pécoud, Antoine, Guchteneire, Paul de, Migration, Human Rights and the United Nations: An investigation into the low ratification record of the UN Migrant Workers Convention, *Global Migration Perspective Series*, No. 3, UNESCO, octubre de 2004.

#### **Y) UNICEF**

*A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective*, Informe presentado en la Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004.

#### **Z) UNIÓN INTERPARLAMENTARIA**

*Protección de la niñez y la adolescencia*, Manual para parlamentarios no. 7, Suiza: SRO-Kundig, 2008.

#### **4. Jurisprudencia**

##### **A) ALEMANIA**

*In re Rojas et al., Caso del extranjero apátrida* (Alemania), República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo de Apelaciones, 30 de septiembre de 1958.

##### **B) CANADÁ**

*Re Immigration Act Re Vergakis*, Tribunal Supremo de British Columbia, 11 de agosto de 1964.

##### **C) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda no. 13178/03, sentencia de 12 de octubre de 2006.

##### **D) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

###### **\*Asuntos contenciosos**

*Caso Yatama*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127

*Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C. No. 139.

###### **\*Opiniones consultivas**

*Opinión Consultiva respecto al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana (arts. 74 y 75)*, de 24 de septiembre de 1982, Serie A, no. 2.

*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.

*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, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.

##### **E) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

###### **\* Casos contenciosos**

*Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, segunda fase, sentencia de 6 de abril de 1955.

*Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)*, Nueva Demanda: 1962, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970.

*Caso LaGrand (Alemania v. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001.

*Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática del Congo)*, objeciones preliminares, sentencia del 24 de mayo de 2007; sentencia de 30 de noviembre de 2010.

**\* Opiniones consultivas**

*Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949.

**F) CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL**

**\* Opiniones consultivas**

*Decretos de Nacionalidad emitidos en Túnez y Marruecos*, 7 de febrero de 1923, Serie B, No. 4.

*Adquisición de la Nacionalidad Polaca*, 15 de septiembre de 1923, Serie B, No. 7.

*Intercambio de Poblaciones Griegas y Turcas*, 21 de febrero de 1925, Serie B, No. 10.

**\* Casos contenciosos**

*Caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia (Alemania vs. Polonia)*, Serie A, No. 7, 5 de febrero de 1926.

**G) ESTADOS UNIDOS**

*United States ex rel. Zapp et al. vs. District Director of Immigration and Naturalization*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 6 de junio de 1941.

*Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953.

*United States ex rel. Tie Sing Eng vs. Murff, District Director, INS*, Distrito Sur de Nueva York, 6 de octubre de 1958, 165 F. Supp. 633, confirmada *per curiam*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), denegada *certiorari*, 361 U.S. 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959).

Tribunal de Apelación, 2º circuito, *United States ex rel. Tom Man vs. Murff, District Director, INS*, 264 F.2d 926, 3 de marzo de 1959.

*Hitai vs. INS*, Tribunal de Apelación, 2º Circuito, 343 F. 2d 466, 29 de marzo de 1965.

*Simsek vs. Minister of Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Tribunal Superior de Australia, 10 de marzo de 1982.

*INS vs. Stevic*, U.S. Supreme Court, 467 U.S. 407, 104 S.Ct. 2489, 81L.Ed.2d 321, 5 de junio de 1984.

U.S. District Court, Northern California, *Singh vs. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Cal. 2002).

Tribunal Supremo, *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S., 2002.

#### **H) IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL**

*Irano-Reading & Bates, S.S.K., DEC 32-A18-FT*, 6 de abril de 1984.

#### **I) REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS**

*Caso Paquet (expulsión) (Bélgica vs. Venezuela)*, 1903, Vol. IX, p. 323-325.

*Caso Boffolo (Italia vs. Venezuela)*, 1903, Vol. X, p. 528-538.

*Reclamación Canevaro (Italia vs. Perú)*, 3 de mayo de 1912, Vol. XI.

*G. L. Solis (EE.UU. vs. México)*, 3 de octubre de 1928, Vol. IV, p. 358-364.

*Caso Mergé—Decisión No. 55 (Italy v. U.S.A.)*, 10 de junio de 1955, Vol. XIV.

#### **J) SUDÁFRICA**

Tribunal Supremo, Sala de Apelaciones, *Khan vs. Principle Immigration Officer*, 10 de diciembre de 1951.

#### **K) TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA**

*Le Procureur vs. Furundzija*, causa No. IT-95-17/1, Sala de Primera Instancia, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

### **5. Normativa**

#### **A) LEGISLACIONES NACIONALES**

##### ***i. Australia***

*Migration Act* de 1958.

##### ***ii. Italia***

Legge 15 luglio 2009, n. 94 Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, publicada en la Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n.170 del 24 de julio de 2009, Suplemento ordinario n.128).

#### **B) ONU**

Carta de las Naciones Unidas de 1945.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Bélico de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II de 1977.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.

Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957.

Convención para Reducir los Casos de Apatridia 1961.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de 1966.

Declaración sobre Asilo Territorial de 1967.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven de 1985.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.

### **C) ÁFRICA**

Convención de la OUA por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986.

### **D) EUROPA**

Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950.

Carta Social Europea de 1961.

Convención sobre la reducción de los casos de múltiple nacionalidad y sobre obligaciones militares en caso de múltiple nacionalidad de 1963, Protocolo de enmienda y Protocolo adicional de 1977 y Segundo Protocolo de enmienda de 1993.

Convención europea sobre la nacionalidad de 1997.

### **E) AMÉRICA**

Declaración Americana de Derechos Humanos de 1966.

*Declaración de Cartagena Sobre Refugiados*, adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

Convención que fija la condición de los ciudadanos naturalizados que renuevan su residencia en el país de su origen (A-10) de 1906.

Convención sobre nacionalidad (A-34) de 1933.

Convención sobre la nacionalidad de la mujer (A-33) de 1933.

#### IV. CAPÍTULO 4

##### 1. Libros

Abramovich, Víctor, Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid: Trotta, 2004.

Andreassen, Bard-Anders, Smith, Alan G., Stokke, Hugo, Compliance with Economic and Social Human Rights: realistic evaluations and monitoring in the light of immediate obligations, en Eide, Asbjorn, Hagtvet, Benrt, *Human Rights in perspective*, Oxford: Basil Blackwell, 1992.

Artola, Juan, Tráfico de personas: cruce de fronteras, documentos de identidad y principales rutas, en *Seminario Internacional de Tráfico ilícito de migrantes, derechos humanos e instituciones nacionales*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), 2008.

Asúa Batarrita, A., La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración, en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

Boerefijn, Ineke, *The Reporting Procedure under Covenant on Civil and Political Rights*, Antwerpen: Intersentia-Hart, 1999.

Böhning, W. R., Basic Rights of 'Temporary' Migrant Workers: Law vs. Power, en Tomasi, L. F., (ed.), *In defense of the alien, Vol. VIII, Immigration Enforcement, Employment Policy, Migrant Rights and Refugee Movements*, Proceedings of the 1985. Annual National Legal Conference on Immigration and Refugee Policy, New York: Center for Migration Studies, 1986.

Bonet Pérez, Jordi, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

Bonet Pérez, Jordi, La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Madrid: Catarata, 2006.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford [England]; New York: Oxford University Press, 2003.

Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, trad. de Ángel González, México: Ediciones Gernika, 1996.

Canessa Montejo, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.



Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2001.

Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga, 1ª. reimpresión, Barcelona: Ariel, 1993.

Chapman, Audrey, Russell, Sage, (eds.), *Core Obligations: Building a framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp: Intersentia, 2002.

Cholewinski, Ryszard, *Migrants Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford: Clarendon Press, 1997.

Craven, Matthew C. R., *The international covenant on economic, social, and cultural rights: a perspective on its development*, Oxford: Clarendon Press, 1998.

Craven, Matthew C. R., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its Development*, 2ª reimpr., Oxford: Clarendon Press, 2002.

Da Lomba. Sylvie, Fundamental Social Rights for Irregular Migrants: The Right to Health Care in France and England, en Bogusz, Barbara et.al., (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Drzewicki, Krzysztof, The right to work and rights in work, en Eide, Asbjorn, Krause, Catarina, Rosas, Allan, *Economic, Social and Cultural Rights*, 2ª ed. rev., Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Eide, Asbjorn, Economic, Social and Cultural Rights as human rights, en Eide, Asbjorn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Fitzpatrick, Joan, The Human Rights of Migrants, en Aleinikoff, T. Alexander, Chetail, Vincent, (ed.), *Migration and international legal norms*, La Haya: T.M.C. Asser Press, 2003.

Gavison, Ruth, On the relationships between civil and political rights, and social and economic rights, en Coicaud, Jean-Marc, Doyle, Michael W., Gardner, Anne-Marie, *The Globalization of Human Rights*, New York: United Nations University Press, 2003.

Goodwin-Gill, Guy S., *International law and the movement of persons between states*, Oxford: Clarendon Press, 1978.

Goodwin-Gill, G. S., Immigration, Nationality and the Standards of International Law, en Dummett, A., (ed.), *Towards a Just Immigration Policy*, London: Cobben Trust, 1986.

Gross, James A., A Long Overdue Beginning. The Promotion and Protection of Worker's Rights as Human Rights, en Gross, James A., (ed.), *Worker's Rights as Human Rights*, Ithaca: Cornell University Press, 2003.

Jenks, C. Wilfred, Human rights, social justice and peace: The broader significance of the ILO experience, en Eide, Asbjörn, Schou, August, (dir.), *International Protection of Human Rights*, Estocolmo: Almqvist & Wiksell.

Jiménez Piernas, Carlos, La Costumbre Internacional y los Actos Unilaterales, en Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional*, 12ª ed., Madrid: Tecnos, 1999.

Joly, D., (ed.), *Global Changes in Asylum Regimes*, Basingstoke: Palsgrave Macmillan, 2002.

Kariyawasam, Prasad, La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, trad. del inglés de Fernando M. Mariño Menéndez, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Madrid: Catarata, 2006.

Leary, Virginia, The Paradox of Worker's Rights as Human Rights, en Compa, Lance A., Diamond, Stephen F., (eds.), *Human rights, Labor rights, and International Trade*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984.

Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005.

Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, *Human Rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven: Yale University Press, 1980.

McKean, Warwick, *Equality and discrimination under international law*, Oxford: Clarendon Press; Oxford University Press, 1983.

Newman, Frank, Vasak, Karl, Derechos civiles y políticos, en Vasak, Karl, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984.

Oppenheim, Lassa, *International law: a treatise*, 8ª ed., H. Lauterpacht (ed.), Vol. 1, London: Longmans, Green, 1955.

Oraá, Jaime, En torno al valor jurídico de la Declaración Universal, en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1995.

Pécoud, Antoine, De Guchteneire, Paul, Introduction: The UN Convention on Migrant Workers' rights, en en Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, UNESCO, 2010.

Ramcharan, B. G., Equality and Non Discrimination, en Henkin, L., (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981.

Sáinz - Cantero Caparrós, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona: Atelier Penal, 2002.

Scheinin, Martin, The Right to Social Security, en Eide, Asbjørn, Krause, Catarina, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1995.

Schwelb, Egon, Alston, Philip, Las instituciones principales y otros organismos fundados según la Carta, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 2, París: Serbal/UNESCO, 1984.

Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2003.

Shelley, Toby, *Exploited: Migrant Labour in the New Global Economy*, London: Zed Books, 2007.

Sobrino Heredia, José Manuel, Los medios jurídicos de acción: El Derecho de las Organizaciones Internacionales, en Díez de Velasco, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 11ª ed., Madrid: Tecnos, 1999.

Sohn, L., Supplementary Paper: A Short History of United Nations Documents on Human Rights, en Commission to Study the Organization of Peace, (ed.), *The United Nations and Human Rights*, Metuchen: Scarecorw Press, 1968.

Spieler, Emily A., Risks and Rights. The Case for Occupational Safety and Health as a Core Worker Right, en Gross, James A, (ed.), *Worker's Rights as Human Rights*, Ithaca: Cornell University Press, 2003.

Szabo, Imre, Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984.

Taran, Patrick A., The Need for a Rights Based Approach to Migration in the Age of Globalization, en Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, UNESCO, 2010.

Trebilcock, Anne, The ILO Declaration on fundamental principle and rights at work: a new tool, en Blanpain, Roger, Engels, Chris, *The ILO and the Social Challenges of the 21st Century: The Geneva Lectures*, La Haya: Kluwer Law International, 2001.

Trindade, Antonio Augusto Cançado, La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Costa Rica: IIDH, 1994.

Valticos, Nicolás, *Derecho internacional del trabajo*, Madrid: Tecnos, 1977.

Van Boven, Theodor C., Estudios del derecho internacional positivo de los derechos humanos, en Vasak, Karel, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984 (a).

Van Boven, Theodor C., Criterios distintivos de los derechos humanos, en Vasak, Karel, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984 (b).

Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2006.

Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2002.

Von Potobsky, Geraldo, Bartolomei de la Cruz, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

Warzazi, Halima E., *Exploitation of Labour Through Illicit and Clandestine Trafficking*, Preliminary Study, New York: United Nations, 1974.

Weissbrodt, David S., *The human rights of non-citizens*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

Wolf, F., Human Rights and the International Labour Organisation, en Meron, T., (ed.), *Human Rights in the International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford: Clarendon Press, 1984.

## **2. Artículos de Revistas**

Alston, Philip, U.S. Ratification of the covenant of Economic, Social and Cultural Rights: The need for an entirely new strategy, *American Journal of International Law*, Vol. 84, No. 2, 1990.

Alston, Philip, 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 3, 2004.

Bassiouni, M. Cherif, Enslavement as an International Crime, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 23, 1991.

Böhning, W. R., The ILO and the New Convention on Migrant Workers: The Past and Future, *International Migration Review*, Vol. 25, 1991.

Bosniak, Linda, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Workers under the International Migrant Workers Convention, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, 1991.

También véase Buergenthal, Thomas, The Evolving International Human Rights System, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 4, 2006.

Chapman, Audrey, A 'Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, No. 1, 1996.

Chuang, J., Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 11, 1998.

- Cornelius, Wayne A., Controlling 'Unwanted' Immigration: Lessons from the United States, 1993-2004, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 31, No. 4.
- Dankwa, E. V. O., Working paper on article 2 (3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 3, 1987.
- Goodwin-Gill, G. S., Jenny, R. K., Perruchoud, R., Basic Humanitarian Principles Applicable to Non Nationals, *International Migration Review*, Vol. 10, 1985.
- Goodwin-Gill, G. S., International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees, *International Migration Review*, Vol. 23, 1989.
- Guiraudon, Virginie, Lahav, Gallya, A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migrant Control, *Comparative Political Studies*, Vol. 133, 2000.
- Hasenau, M., Setting Norms in the United Nations System: The Draft Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families in relation to ILO Standards on Migrant Workers, *International Migration Review*, Vol. 28, 1990.
- Hasenau, Michael, ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis, *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, Special Issue: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.
- Hune, H., Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families, *International Migration Review*, Vol. 21, 1987.
- Javillier, Jean Claude, Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del Trabajo, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 113, No. 4, 1994.
- Kellerson, Hilary, La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales. Un reto para el futuro, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, Número 2, 1998.
- Klerk, Y., Working Paper on Article 2 (2) and Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987.
- Lillich, R. B., Duties of States regarding the civil rights of aliens, *Recueil des Cours*, Vol. 161, No. III, 1978.
- Mahalic, D, Mahalic, J. G., The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987.
- Maupain, Francis, Revitalization Not Retreat: The Real Potencial of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2005.
- Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order, *The American Journal of International Law*, Vol. 70, 1976.
- Meron, Theodore, International Law in the age of Human Rights, *Recueil des Cours*, Vol. 301, 2003.
- Nafziger, J. A. R., Bartel, B. C., The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law, *International Migration Review*, Vol. 25, 1991.

- Ortega Velázquez, Elisa, Los trabajadores migrantes irregulares y sus derechos humanos laborales en Estados Unidos: el caso de los trabajadores mexicanos, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 1, No. 2, 2008.
- Pécoud, Antoine, De Guchteneire, Paul, Migration, Human Rights and the United Nations: an investigation into the obstacles to the UN Convention on Migrant Workers' rights, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 24, No. 2, 2006.
- Penna, L. R., Some Salient Human Rights in the UN Convention on Migrant Workers, *Asian and Pacific Migration Journal*, Vol. 2, 1993.
- Rassam, A. Yasmine, Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, 1999.
- Redman, Renee Colette, The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement: the First Human Right to be Recognized as Customary International Law, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 70, 1994.
- Reynieri, E., Migrants in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union, *International Migration Paper*, No. 41, OIT, 2001.
- Rodríguez Montañés, T., Ley de Extranjería y Derecho Penal, *La Ley*, No. 5261, 2001.
- Schloenhardt, A., The Business of Migration: Organised Crime and Illegal Migration in Australia and the Asia-Pacific Region, *Adelaide Law Review*, Vol. 21, 1999.
- Schloenhardt, A., Trafficking in Migrants in the Asia-Pacific: National, Regional and International Responses, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, 2001.
- Schwelb, Egon, The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter, *The American Journal of International Law*, Vol. 66, No. 2, 1972.
- Sweepston, Lee, La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, No. 1, 1999.
- Thomas, Albert, La Organización Internacional del Trabajo. Origen, evolución y porvenir, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 1, 1921. Artículo republicado en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 115, No. 3-4, p. 283-284, en el número especial: "75 Años de la Revista Internacional del Trabajo. Numero Retrospectivo".
- Valticos, Nicolás, La Organización Internacional del Trabajo: Cincuenta años de actividades normativas, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 80, No. 3, 1969.
- Valticos, Nicolás, Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, No. 2, 1998.
- Yussouf, Geoffrey, Global Human Trafficking and the UN Convention against Transnational Organised Crime, *UCL Human Rights Review*, Vol. 1, no. 1, 2008.
- Zhang, S., Chin, K. L., Enter the Dragon: Inside Chinese Human Smuggling Organisations, *Criminology*, Vol. 40, No. 4, 2002.

### **3. Documentación**

#### **A) AMNISTÍA INTERNACIONAL**

*Vivir en las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2006.

## **B) BANCO MUNDIAL**

*World Bank Analytical Classifications, (presented in World Development Indicators), GNI per capita in US\$ (Atlas methodology), Country Analytical History.*

*How We Classify Countries. A short History.*

## **C) CLANDESTINO**

*Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe. Final Report* (período cubierto: 01/09/2007 al 31/08/2009), 23 de noviembre de 2009.

## **D) COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL**

*Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Irán*, Informe del Relator Especial Reynaldo Galindo Pohl, de 28 de enero de 1987, E/CN.4/1987/23.

*Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos incluyendo tratados de derechos humanos*, A/52/10, 1997.

## **E) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

*International Provisions Protecting the Human Rights of Non Citizens*, Estudio preparado por la Baronesa Elles, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.I, 1980.

*Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 1999/44, 27 de abril de 1999, 56° sesión, E/CN.4/RES/1999/44.

*Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 2000/48, 25 de abril de 2000, 62° sesión.

*Derechos humanos de los migrantes*, Resolución 2005/47, 19 de abril de 2005, 57° sesión, E/CN.4/RES/2005/47.

## **F) COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES**

*Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, Suiza: Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, 2005.

## **G) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Observación General No. 3, de 14 de diciembre de 1990, E/1991/23.

*El derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1)*, Observación General No. 4, 13 de diciembre de 1991.

*La aplicación interna del Pacto*, Observación General No. 9, de 3 de diciembre de 1998, E/C.12/1998/24.

*El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, Observación General No. 12, de 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5.

*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación general No. 14, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.

*El derecho al trabajo*, Observación General No. 18, 6 de febrero de 2006, E/C.12/GC/18.

*El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, Observación General No. 19, 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19

*La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 20, 42º período de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

## **H) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**

*La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General no.15, de 22 de julio de 1986, 27º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

*No Discriminación*, Observación General No. 18, 10 de noviembre de 1989, 37º período de sesiones, 1989, 37º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

*Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, Observación general no. 24, de 11 de noviembre de 1994, 52º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

*Continuidad de las obligaciones*, Observación General No. 26, de 66º período de sesiones, de 8 de diciembre de 1997, HRI/GEN/1/Rev.7.

*Artículo 12 - La libertad de circulación*, Observación General No. 27, 67º período de sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev.7.

*Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General no. 29, de 31 de agosto de 2001, 72º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Observación general No. 31, de 26 de mayo de 2004, 80º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

## **I) COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL**

*La Libertad Sindical (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT)*, 4ª ed. rev., Ginebra: OIT, 1996.



*Informe del Comité de Libertad Sindical no. 327. Caso no. 2121 (España), 2001, Queja contra el Gobierno de España presentada por la Unión General de Trabajadores en España.*

#### **J) COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIARES**

Reglamento del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares” el 7 de mayo de 2004, HRI/GEN/3/Rev.1/Add.1.

*Compilación de directrices sobre la forma y contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes de los tratados internacionales de derechos humanos, de 6 de mayo de 2005, HRI/GEN/2/Rev.2/Add.1.*

*Directrices para los informes periódicos que han de presentar los Estados Partes en virtud del artículo 73 de la Convención”, de 20 de mayo de 2008, CMW/C/2008/1.*

*Día de debate general sobre los trabajadores migratorios en el servicio doméstico. 14 de octubre de 2009. Nota de antecedentes, 17 de julio de 2009, CMW/C/11/CRP.1.*

*Trabajadores migratorios empleados en el servicio doméstico, Observación General no. 1, del 30 de noviembre de 2010, 13º período de sesiones, U.N. Doc. CMW/C/12/CRP.2/Rev.2.*

#### **K) COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL**

*A. Yilmaz-Dogan vs. Países Bajos, Comunicación 1/1984, CERD/C/36/D/1/1984, decisión de 10 de agosto de 1988.*

*Discriminación contra los no ciudadanos, Recomendación general No. 11, 1993.*

*Comunicación 4/1991, L. K., vs. The Netherlands, UN Doc. CERD/C/42/D/4/1991, decisión de 16 de marzo de 1993.*

*Discriminación contra los no ciudadanos, Recomendación general No. 30, 65º período de sesiones, 2005.*

#### **L) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS**

*Derechos humanos de los migrantes: Mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Resolución 8/10, 18 de junio de 2008, 28º sesión.*

*Derechos humanos de los migrantes, Resolución 9/5, 24 de septiembre de 2008.*

#### **M) GLOBAL COMMISSION ON INTERNATIONAL MIGRATION**

*Martin, Susan, The Legal and Normative Framework of International Migration, , Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme, 2005.*

#### **N) MÉDICINS DU MONDE**

*European survey on undocumented migrant's access to health care*, París: Observatoire Européen de l'Accès aux Soins de Médecins du Monde, 24 de septiembre de 2007.

**O) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**

*La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud, Nueva York, Ginebra: ONU, 2002.

**P) OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO**

Iselin, B., Adams, M., *Distinguishing between Human Trafficking and People Smuggling*, Bangkok: UN Office on Drugs and Crime, Regional Centre for East Asia and the Pacific, 2003.

*Global Report in Trafficking in Persons*, UN.Gift, 2009; *Trafficking in Persons. Global Patterns*, 2005.

*Tráfico Ilícito de Migrantes*, Viena: UNODC, 2009.

**Q) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families*, OIT Doc. GB.229/IO/I/6, Apéndice.

*Recent Events in the United Nations System (Draft International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families)*, OIT Doc. GB.235/IO/I/3, p. 2.

*Medidas que deben tomarse en relación con la resolución sobre discriminación adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 44ª. Reunión*, 1961, Documento GB.148/9/8.

*Informe final del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*, Boletín Oficial Vol. LXII, Serie A, 1979.

*Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*, Boletín Oficial Vol. LXX, Serie A, 1987.

*Actas de la LXXXI de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994.

*Memoria del Director General*, Actividades de la OIT, 1994-1995, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996.

*Seguimiento a darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, 1997, GB.270/3/1.

*Política de elaboración de normas: fortalecimiento de los procedimientos de control de la OIT*, 268ª reunión, Ginebra, marzo de 1997, Documento GB.268/LILS/6 y Corr.

*Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, 1999. Informe III (Parte 1B). Trabajadores migrantes.*

*Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo, Ginebra: OIT, 2003.*

*Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004. Informe VI. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada.*

Ndjonkou, Djankou, *International Labour Standards: Rights of Non-nationals*, OIT, Junio, 2007.

*Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe IV (2).*

## **R) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO**

*Conferencia Ministerial de la OMC, Singapur, 1996, Declaración Ministerial, 1996, WT/MIN (96)/DEC.*

## **S) ONU**

*Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, NU Doc. E/CN.4/1987/17.*

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/60/871).

*Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families: UN Doc. A/C.3/38/1, 16 de junio de 1983; UN Doc. A/C.3/38/5, 11 de octubre de 1983; UN Doc. A/C.3/39/1, 14 de junio de 1984; UN Doc. A/C.3/40/6, 15 de octubre de 1985; UN Doc. A/C.3/43/1, 20 de junio de 1988; UN Doc. A/C.3/43/7, 17 de octubre de 1988; UN Doc. A/C.3/44/1, 19 de junio de 1989; A/C.3/44/4, 17 de octubre de 1989.*

UN Centre for Human Rights, *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York; Geneva: United Nations, 1994.

*Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague, Dinamarca, 1995, A/CONF.166/9.*

*Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, Documento A/CONF.177/20/Rev.1.*

*Conferencia Mundial en contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, “Conferencia de Durban”, 2001.*

*\* Asamblea General*

*Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, AG Res. 1803 (XVII) de 1962.*

*Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

*Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, AG Res. 3281 (XXIX) de 1974.

\* *Consejo de Seguridad*

Resolución 310 de 1972 sobre el caso de los trabajadores africanos que laboraban en Namibia.

\* *Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población*

International Migration Report 2009.

#### **T) PICUM**

*Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa 2009*, Bruselas: PICUM, 2009.

PICUM sobre *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas: PICUM, 2007.

#### **U) UNESCO**

De Varennes, F., *Strangers in Foreign Lands – Diversity, Vulnerability and Rights of Migrants*, *MOST Working Paper*, No. 9, París: UNESCO, 2002.

#### **V) US DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY**

Hoefler, Michael, Rytina, Nancy, Baker, Bryan C., *Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2009*, *Population Estimates*, January 2010.

#### **W) US GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE**

*Illegal Immigration. Border-Crossing Deaths Have Doubled Since 1995. Border Patrol's Efforts to Prevent Deaths Have Not Been Fully Evaluated*, Report to the Honorable Bill Frist, Majority Leader, U.S. Senate, agosto de 2006, GAO-06-770.

### **4. Jurisprudencia**

#### **A) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

\* *Opiniones Consultivas*

*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A.

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva 18/2003, 17 de septiembre de 2003, Serie A, no. 18

## **B) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

### **\* Opiniones Consultivas**

*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950.

*Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951.

*Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971.

*Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.

*Consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.

### **\* Casos Contenciosos**

*Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España)*, Nueva Demanda: 1962, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970.

*Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, sentencia de 24 de mayo de 1980.

*Caso relativo a actividades militares en el territorio del Congo*, sentencia de 3 de febrero de 2006.

## **C) CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS**

*Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S. 137 (2002).

## **D) TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA**

*Caso Brima, Kamara y Kanu*, Sentencia de la Segunda Sala del 20 de junio de 2007 (FILE D).

## **E) TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA**

*Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Segunda Sala del 15 de marzo de 2002.

## **V. CAPÍTULO 5**

### **1. Libros**

Akandji-Kombe, J.F., *The European Social Charter and protection of illegal migrants*, Consejo de Europa, AS/Mig/Inf (2005) 17.

Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the ECHR*, Antwerp: Intersentia, 2002.

Blake, Nicholas, Developments in the Case Law of the European Court of Human Rights, en Bogusz, Barbara, et.al., (ed.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Blasi Casagran, Cristina, *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa*, Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus, Quaderns de Treball, no. 51, octubre de 2010.

Brillat, Régis, La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales, en Jimena Quesada, Luis, (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Brouwer, Evelien, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Canessa Montejo, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos, 2003.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Cholewinski, Ryszard, European Union Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost?, en Bogusz, Barbara, et.al., (ed.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Cholewinski, Ryszard, *Migrants Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford: Clarendon Press, 1997.

Cholewinski, Ryszard, *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social Rights*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005.

Cholewinski, Ryszard, The Legal Situation of Irregular Migrants: Is Their Dignity Guaranteed in the Receiving Countries?, en *Conference on "Irregular Migration And Dignity of Migrants: Co-Operation in the Mediterranean Region"*, *Proceedings*, Atenas, 3-4 de octubre de 2001, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2002.

Chueca Sancho, Ángel G., La política de inmigración de la UE en el mediterráneo o el síndrome de las tres "R", Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea, en Chueca Sancho, Ángel G., Gutiérrez Castillo, Víctor L., Blázquez Rodríguez, Irene, (coord.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea, Huygens: Fundación Tres Culturas del Mediterráneo*, 2009.

De Lucas, J., Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración, en Miraut Martín, L. (ed.), *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid: Dykinson, 2004.

De Lucas, J., La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política, en Ceriani Cernadas, P., Fava, R., (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Buenos Aires: Librería Paidós, Universidad Nacional de Lanús, 2009.

Díaz Barrado, Cástor, La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Política Social Internacional y Europea*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

Dijk, P. van, Hoof, G.J.H. van, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>a</sup> ed., La Haya: Kluwer Law International, 1998.

Drzemczewski, A., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1984.

Drzemczewski, Andrew, The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights: a general survey, en COE, *Human Rights of Aliens in Europe*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 2<sup>a</sup> ed., San José, Costa Rica: IIDH, 1999.

Faúndez Ledesma Héctor, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, en VV.AA., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión, Tomo II*, San José, Costa Rica: IIDH, 2004.

Flauss, Jean-François, Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales, en Jimena Quesada, Luis, (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Freixes Sanjuan, Teresa, La justiciabilidad de la Carta Social Europea, en Jimena Quesada, Luis (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2010.

Gomien, Donna, Harris, David, Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 1996.

Greer, Steven, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Estrasburgo: COE/Human Rights files No. 17, 2000.

Harris, David, O'Boyle, Michael, Bates, Edward, Buckley, Carla, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

Lambert, Hélène, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2007.

López Escudero, Manuel, Comentario art. 34, en Mangas Martín, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario Artículo por Artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

Macdonald, Ronald St. John, The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, en *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, Vol. 3, Milán: Giuffrè, 1987.

Mangas Martín, Araceli, Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales, en Mangas Martín, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario Artículo por Artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

Martín y Pérez de Nanclares, José, Comentario art. 15, en Mangas Martín, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario Artículo por Artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Chile: Universidad de Chile, 2005.

O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2ª ed., Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989.

Oellers-Frahm, K., The Contribution of the Council of Europe to the Legal Position of Aliens, en Max Planck Institute of Comparative Law (ed.), *The Legal Position of Aliens in National and International Law*, Vol. 2, Heidelberg: Springer, 1987.

Oppenheim, Lassa, *Oppenheim's international law*, 9ª ed., Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), Harlow: Longman, 1996.

Pastor Ridruejo, José Antonio, Las relaciones entre el Tribunal de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras la entrada en vigor de la Constitución para Europa, en Aldecoa Luzárraga, Francisco, *et.al.*, (coord.), *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

Pearson, Frederic S., Rochester, J. Martin, *Relaciones internacionales: situación global en el siglo XXI*, 4ª ed., trad. de Rodrigo Jaramillo Arango, Santa Fe de Bogotá: McGraw-Hill, 2000.

Rosas, Allan, Scheinin, Martin, Implementation mechanisms and remedies, en Eide, Asbjorn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Rossi, Julieta, Abramovich, Víctor, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en Martín, Claudia, Rodríguez, Diego, Guevara, José A., (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México: Universidad Iberoamericana, 2004.



Salmón, Elizabeth, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*, Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo, 2010.

Scheinin, Martin, Economic and Social Rights as legal rights, en Eide, Asbjorn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Schermers, H. G., Human Rights and the Free Movement of Persons. The Role of the European Commission and Court of Human Rights, en Schermers, H. G., *et al.*, (eds.), *Free Movement of Persons in Europe*, La Haya; Dordrecht: T.M.C. Asser Institute / Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Steiner, Henry, Alston, Philip, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, New York: Oxford University Press, 2000.

Szabo, Imre, Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, París: Serbal/UNESCO, 1984.

Tirado Mejía, Álvaro, *Avances, fortalezas y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington D.C.: OEA, 2001.

Trindade, Antonio Augusto Cançado, La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Costa Rica: IIDH, 1994.

Trindade, Antonio Augusto Cançado, La protección de los derechos humanos en el Sistema de la Organización de Estados Americanos y el derecho interno de los Estados, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección Internacional de los derechos humanos de las mujeres*, San José, Costa Rica: IIDH, 1996.

Trindade, Antonio Augusto Cançado, Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, en Méndez, Juan E., Cox, Francisco, (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica: IIDH, 1998.

Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, Costa Rica: IIDH, 2009.

Vasak, Karel, El Consejo de Europa, en Vasak, Karel, (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 3, París: Serbal/UNESCO, 1984.

## **2. Artículos de Revistas**

Acosta, Diego, The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive), *European Journal of Migration and Law*, Vol. 11, 2009.

Acosta, Diego, Latin American Reactions to the Adoption of the Returns Directive, Bruselas: Centre for European Policy Studies, 2009.

- Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Ángel G., La Constitución Europea y ... los extranjeros, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 8, 2005.
- Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Ángel G., Directiva de retorno, directiva de expulsión: (nota crítica avuelapluma desde los derechos humanos), *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 18, 2008.
- Andersen, N. O., Free Movement of Labour within the Nordic Countries and within the European Communities, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 57, 1988.
- Campos Sánchez-Bordona, Manuel, Los jueces nacionales ante la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: algunas cuestiones que suscita el Título VII de la Carta, *Noticias de la Unión Europea*, No. 291, 2009.
- Cassese, A., Can the notion of inhuman and degrading treatment be applied to socio-economic conditions?, *European Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1, 1991.
- Ceriani Cernadas, Pablo, La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, No. 5, 2009.
- Cholewinski, Ryszard, The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 2, 2000.
- Chueca Sancho, Ángel G., El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 1, noviembre de 2002.
- Chueca Sancho, Ángel G., Los derechos fundamentales en la Constitución Europea. Tres carencias... y cómo superarlas, *Página Abierta*, No. 154, diciembre de 2004.
- Chueca, Sancho, Ángel G., La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del tratado de la Unión Europea: un breve apunte, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 15, 2007.
- Einarsen, T., Discrimination and Consequences for the Position of Aliens, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 64, No. 3.
- García Ramírez, Sergio, La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 114, 2005.
- García Ramírez, Sergio, El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 117, 2006.
- Grief, N., Addo, M. K., Some practical issues affecting the notion of absolute right in Article 3 of the European Convention on Human Rights, *European Law Review*, Vol. 23, 1998.
- Henckaerts, J. M., The current status and content of the prohibition of mass expulsion of aliens, *Human Rights Law Journal*, Vol. 15, 1994.
- Moon, G., The draft discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights: A Progress Report, *European Human Rights Law Review*, Vol. 1, 2000.
- Oren, Gross, Fionnuala, Ni Aolain, From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, No. 3, 2001.

Pinto, Mónica, Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 40, 2004, “Edición especial sobre Derechos económicos, sociales y culturales”.

Roldán Barbero, Javier, La Carta Democrática Interamericana aprobada el 11 de noviembre de 2001 por la Asamblea General de la OEA, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 54, No. 1, 2002.

Saavedra, Pablo, Algunas consideraciones sobre la Relatoría de Trabajadores Migrantes y Miembros de sus familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 29, 1999.

Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 30-31, 2001, “Edición especial sobre el Fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

Ventura Robles, Manuel E., Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 40, 2004, “Edición especial sobre Derechos económicos, sociales y culturales”.

Winisdoerffer, Yves, Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, 1998.

### **3. Documentación**

#### **A) ACNUR**

*Observaciones a la Propuesta de la Comisión Europea sobre la Directiva relativa a procedimientos y garantías para el retorno de nacionales de terceros países*, 12/2005.

*UNHCR position on the proposal for a Directive on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals*, 16 de junio de 2008.

#### **B) CARITAS EUROPA**

*CCME – Churches’ Commission for Migrants in Europe, COMECE – Commission of the Bishops’ Conferences of the European Community, ICMC – International Catholic Migration Commission, JRS-Europe – Jesuit Refugee Service Europe, QCEA – Quaker Council for European Affairs, Comments on the European Commission’s Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals COM (2005) 391, March 2006.*

#### **C) COMISIÓN EUROPEA EN CONTRA DEL RACISMO Y LA INTOLERANCIA**

“Immigrants without legal status”, CRI (2006)19.

## **D) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

*Informe anual 1983-1984*, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10, del 28 de septiembre de 1984.

*Informe anual 1985*, OEA/Ser.L/V/III.12 doc. 13, del 15 de agosto de 1985.

*Derechos Humanos de Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la UE*, Resolución No. 03/08.

## **E) COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO**

*Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen*, Observación General No. 6, de 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

## **F) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Observación General No. 3, de 14 de diciembre de 1990, E/1991/23.

## **G) COMITÉ DEL CONVENIO-MARCO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS NACIONALES**

*Segunda opinión sobre Dinamarca*, ACFC/INF/OP/II (2004)005, Estrasburgo, 11 de mayo de 2005.

*Opinión sobre Austria*, ACFC/INF/OP/I (2002)009, Estrasburgo, 16 de mayo de 2002.

## **H) COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES**

*Digest of the Case Law of the ECSR*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005.

*Migrant's Rights in the European Social Charter*, Information document prepared by the Secretariat of the ESC, 22 de junio de 2006.

*IFHR (Federación Internacional de Derechos Humanos) vs. Francia*, Queja No. 13/2003, decisión de 8 de septiembre de 2004.

## **I) COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y EL TRATAMIENTO O CASTIGO INHUMANO O DEGRADANTE**

*CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996 (includes a section on Foreign nationals detained under aliens legislation)*, 7th General Report, CPT/Inf (1997) 10.

*Deportation of foreign nationals by air*, 13th General Report, CPT/Inf (2003) 35.

## **J) COMISIONADO EUROPEO PARA LOS DERECHOS HUMANOS**

Recomendación del Comisionado para los Derechos Humanos, Estrasburgo, 19 de septiembre de 2001, CommDH/Rec(2001)1.

“*Migrants have Rights*”, Presentación del Comisionado Europeo para los Derechos Humanos, Conferencia del Consejo de Europa sobre Cohesión Social en una Europa Multicultural, 9 de noviembre de 2006, CommDH/Speech (2006) 22.

#### **K) COMITÉ SELECTO DE LA CASA DE LOS LORES PARA LAS COMUNIDADES EUROPEAS DEL REINO UNIDO**

*Fingerprinting Illegal Immigrants: Extending the Eurodac Convention*, 10º Reporte, (Sub-Comité E), 8 de junio de 1999.

#### **L) COMISIÓN EUROPEA**

*Communication on measures to counter racism in the candidate countries* (COM (1999)256), 26 de mayo de 1999.

*The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments*, COM (2001), 5 de diciembre de 2001.

#### **M) CONSEJO DE EUROPA**

*Collected edition of the "Travaux préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, Vol. III, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1976.

*Recommendation No. R (2000) 3 of the Committee of Ministers to member states on the Right to the Satisfaction of Basic Material Needs of Persons in Situations of Extreme Hardship*, adoptada por el Consejo de Ministros el 19 de enero de 2000 en su 694ª reunión.

*Twenty Guidelines on Forced Return*, adoptados por el Consejo de Ministros el 4 de mayo de 2005 en su 925ª reunión.

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Comité sobre Migración, Refugiados y Población, Relator: Sr. Ed van Thijn (Países Bajos), Grupo Socialista, *Human rights of irregular migrants*, Doc. 10924, 4 de mayo de 2006.

*Resolución 1509 (2006)*, de 27 de junio de 2006, sobre los Derechos Humanos de los Migrantes Irregulares de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

*Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177)*, Explanatory Report.

#### **N) CONSEJO DE JUSTICIA Y ASUNTOS INTERNOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

*Documento de la reunión del 27 de septiembre de 2001*, SN 4038/01.

*Conclusiones 12-13 de junio de 2007*, 10002/07, 10267/07.

#### **O) CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA**

*Consejo Europeo de Bruselas. 29 y 30 de octubre de 2009. Conclusiones de la Presidencia, 15265/1/09, REV 1, CONCL 3, 1 de diciembre de 2009.*

## **P) PARLAMENTO EUROPEO**

*Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM(2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD), 20 de septiembre de 2007, OPINIÓN MINORITARIA DE GIUSTO CATANIA, de conformidad con el artículo 48, apartado 3, del reglamento. Grupo Confederado de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica, Vicepresidente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior o Comisión LIBE, 12 de septiembre de 2007.*

*Decisión sobre la aprobación por el Parlamento Europeo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 29 de noviembre de 2007.*

*The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, Estudio encargado por el Parlamento Europeo, Bruselas, 12/2007.*

## **Q) PICUM**

*Comment on the Green Paper on a Community Return Policy on Illegal Residents (presented by the European Commission COM(2002) 175 final).*

*“Common principles on removal of irregular migrants and rejected asylum seekers”, agosto de 2005.*

## **R) OEA**

*Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, Washington D.C.: OEA, 1973.*

*AG/RES. 1404 XXVI-O/96.*

*AG/RES 1480 XXVII-O/97.*

*AG/RES. 1928 (XXXIII-O/03).*

*“Acción de la OEA sobre la Directiva de Retorno de la Unión Europea en materia migratoria”, CP/RES. 938 (1654/08), de 26 de junio de 2008.*

*El Tema Migratorio en la OEA. Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Gestión de la Migración Internacional, CEPAL-CELADE, 8 de septiembre de 2010.*

## **S) ONU**

*Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, visita al Reino Unido, E/CN.4/1999/63/Add.3.*

*Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes*, E/CN.4/2003/85

*UN experts express concern about proposed EU Return Directive*, United Nations, Press Release, del 18 de julio de 2008.

#### **4. Jurisprudencia**

##### **A) COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*X vs. Suecia*, demanda no. 434/58, decisión de 30 de junio de 1959.

*X, Y, Z, V y W vs. Reino Unido*, demanda no. 3325/67, decisión de 15 de diciembre de 1967.

*Brückmann vs. La República Federal de Alemania*, demanda no. 6242/73, decisión de 27 de mayo de 1974.

*X y Y vs. Reino Unido*, demanda no. 6564/64, decisión de admisibilidad, de 21 de mayo de 1975.

*Becker vs. Dinamarca*, demanda no. 7011/75, decisión de 3 de octubre de 1975.

*Agee vs. Reino Unido*, demanda no. 7729/76, decisión de 17 de diciembre de 1976.

*Winterwerp vs. Países Bajos*, demanda no. 6301/73, decisión de 24 de octubre de 1979.

*X vs. Países Bajos*, demanda no. 8896/80, decisión de admisibilidad, de 10 de marzo de 1981.

*Zamir vs. Reino Unido*, demanda no. 9174/80, decisión de 11 de octubre de 1983.

*Paramanathan vs. La República Federal de Alemania*, demanda No. 12068/86, decisión de 1 de diciembre de 1986.

*V. P. vs. Reino Unido*, demanda no. 13162/87, decisión de 9 de noviembre de 1987.

*Alibaks y otros vs. Países Bajos*, demanda No. 14209/88, sentencia de 16 de diciembre de 1988.

*Farmakopoulos vs. Bélgica*, demanda no. 11683/85, decisión de 27 de marzo de 1992.

*Voulofitch y Oulianova vs. Suecia*, demanda no. 19373/92, decisión de 13 de enero de 1993.

*Piermont vs. Francia*, demanda no. 15773/89, decisión de 27 de abril de 1995.

*M.A.R. vs. El Reino Unido*, demanda no. 28038/95, decisión de admisión de 16 de enero de 1997.

*B.B. vs. Francia*, demanda no. 30930/96, sentencia de 7 de septiembre de 1998.

*Jagmail Singh Cheema vs. Francia*, demanda no. 33639/96, decisión de 21 de abril de 1999.

*Maaioia vs. Francia*, decisión de admisibilidad de 22 de marzo de 2000.

## **B) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Informe de Fondo, Resolución N° 40/79, *Caso 2.777, Thelma King y otros (Panamá)*, 7 de marzo de 1979.

Informe de Fondo, Resolución No. 30/81, *Caso 7.378, Carlos Stetter (Guatemala)*, 25 de junio de 1981.

Informe de Fondo, Resolución N° 56/81, *Caso 5.713, Alberto Texier (Chile)*, 16 de octubre de 1981.

Informe de Admisibilidad N° 28/93, *Caso 10.675, Ciudadanos Haitianos en República Dominicana (República Dominicana)*, 13 de octubre de 1993.

Informe de Admisibilidad N° 34/98, *Caso 11.610, Loren Laroye Riebe, Jorge Alberto Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*, 5 de mayo de 1998.

Informe N° 38/99, *Víctor Saldaño (Argentina)*, 11 de marzo de 1999.

Informe de Fondo, N° 49/99, *Caso 11.610, Loren Laroye Riebe, Jorge Alberto Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*, 13 de abril de 1999.

Informe de Admisibilidad N° 89/00, *Caso 11.495, Juan Ramón Chamorro Quiroz (Costa Rica)*, 5 de octubre de 2000.

Informe de Admisibilidad No.108/00, *Petición 11.753, Ramón Martínez Villareal (Estados Unidos)*, 4 de diciembre de 2000.

Informe de Admisibilidad N°. 28/01, *Caso 12.819, Dilcia Yean y Violeta Bosica (República Dominicana)*, 22 de febrero de 2001.

Informe de Admisibilidad N° 37/01, *Caso 11.529, José Sánchez Guner Espinales y otros (Costa Rica)*, 22 de febrero de 2001.

Informe N°. 28/01, *Caso 12.819, Dilcia Yean y Violeta Bosico (República Dominicana)*, 22 de febrero de 2001.

Informe N° 29/01, *Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros (El Salvador)*, 7 de marzo de 2001.

Informe de Admisibilidad y Fondo N° 51/01, *Caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos)*, 4 de abril de 2001.

Informe de Admisibilidad N° 6/02, *Petición 12.071, 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Bahamas (Bahamas)*, 27 de febrero de 2002.

Informe de Admisibilidad N° 7/02, *Petición 11.661, Manickavasagam Suresh (Canadá)*, 27 de febrero de 2002.

Informe de Admisibilidad No. 12/02, *Caso 12.090, Jesús Enrique Valderrama Perea (Ecuador)*, febrero de 2002.

Informe N° 19/02, *Petición 12.379, Mario Alfredo Lares-Reyes, Vera Allen Frost y Samuel Segura (Estados Unidos)*, 27 de febrero de 2002.



Informe N° 39/02, Admisibilidad, *Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM (Brasil)*, 9 de octubre de 2002.

Informe de Fondo N° 52/02, *Petición 11.753*, 10 de octubre de 2002.

Informe de Admisibilidad No. 61/03, *Petición P4446/02, Roberto Moreno Ramos (Estados Unidos)*, 10 de octubre de 2003.

Informe de Admisibilidad No. 77/03, *Peticiones 12.091 y 172/99, Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Iñiguez, respectivamente (Ecuador)*, 2003.

### **C) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

#### **\* Opiniones Consultivas**

*El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2.

*“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC- 1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1.

*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.

*El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8.

*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*, Opinión Consultiva OC-10/89, del 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 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, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.

#### **\* Casos Contenciosos**

*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4.

*Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 52.

*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55.

*Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C, No. 56.

*Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*, resoluciones de 18 de agosto de 2000, 14 de septiembre de 2000, 12 de noviembre de 2000, 26 de mayo de 2001, 2 de febrero de 2006 y 8 de julio de 2009.

*Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72.

*Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73.

*Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74.

*Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94.

*Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98.

*Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112.

*Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, No. 130.

## **D) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*Lawless vs. Irlanda*, demanda no. 332/57, sentencia de 1 de julio de 1961.

*Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica vs. Bélgica*, demandas no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968.

*Casos de De Wilde, Ooms y Versyp ("Vagrancy") vs. Bélgica (méritos)*, demandas no. 832/66; 2835/66; 2899/66, sentencia de 18 de junio de 1971.

*15 estudiantes extranjeros vs. Reino Unido*, demanda no. 7671/76, decisión de admisibilidad de 19 de mayo de 1977.

*Irlanda vs. Reino Unido*, demanda no. 5310/71, sentencia de 18 de enero de 1978.

*Klass y otros vs. Alemania*, demanda no. 5029/71, sentencia de 6 de septiembre de 1978.

*Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica vs. Bélgica*, demandas no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968.

*Marckx vs. Bélgica*, demanda no. 6833/74, sentencia de 13 junio de 1979.

*Giama vs. Bélgica*, demanda no. 7612/76, sentencia de 17 de junio de 1980.

*Guzzardi vs. Italia*, demanda no. 7367/76, sentencia de 6 de noviembre de 1980.

*Silver y otros vs. Reino Unido*, demandas no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 y 7136/75, sentencia de 25 de febrero de 1983.

*Rasmussen vs. Dinamarca*, demanda no. 8777/79, sentencia de 28 de noviembre de 1984.

*Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, demandas no. 9214/80, 9473/81, 9474/81, sentencia de 28 de mayo de 1985.

*James vs. El Reino Unido*, demanda no. 10622/83, sentencia de 21 de febrero de 1986.

*Harabi vs. Países Bajos*, demanda no. 10798/84, sentencia de 5 de marzo de 1986.

*Sánchez-Reisse vs. Suiza*, demanda no. 9862/82, sentencia de 19 de septiembre de 1986.

*Agosi vs. Reino Unido*, demanda no. 9118/80, sentencia de 24 de octubre de 1986.

*Bozano vs. Francia*, demanda no. 5/1985/91/138, sentencia de 2 de diciembre de 1986.

*Weeks vs. Reino Unido*, demanda no. 9787/82, sentencia del 27 de enero de 1987.

*Boyle and Rice vs. Reino Unido*, demandas no. 9659/82, 9658/82, sentencia de 27 de abril de 1988.

*Belilos vs. Suiza*, demanda no. 10328/83, sentencia de 29 de abril de 1988.

*Berrehab vs. Países Bajos*, demanda no. 10730/84, sentencia de 21 de junio de 1988.

*Soering vs. Reino Unido*, demanda no. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989.

*Fadele vs. Reino Unido*, demanda no. 13078/87, decisión de admisibilidad de 12 de febrero de 1990.

*Fox, Campbell y Hartly vs. Reino Unido*, demandas no. 1244/86 – 12445/86 – 12383/86, sentencia de 26 de junio de 1990.

*Wassink vs. Países Bajos*, demanda no. 12535/86, sentencia de 27 de agosto de 1990.

*Darby vs. Suecia*, demanda no. 11581/85, sentencia de 23 de octubre de 1990.

*Moustaquim vs. Bélgica*, demanda no. 12313/86, sentencia de 18 de febrero de 1991.

*Cruz Varas y otros vs. Suecia*, demanda no. 15576/89, sentencia de 20 de marzo de 1991.

*Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, demandas no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, sentencia de 30 de octubre de 1991.

*Drozd y Janousek vs. Francia y España*, demanda no. 12747/87, sentencia de 26 de junio de 1992.

*Kolompar vs. Bélgica*, demanda no. 11613/85, sentencia de 27 de agosto de 1992.

*Vijayanathan y Pusparajah vs. Francia*, demandas no. 17550/90, 17825/91, sentencia de 27 de agosto de 1992.

*Brannigan y Mc Bride vs. Reino Unido*, demandas no. 14553/89, 14554/89, sentencia de 26 de mayo de 1993.

- Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*, demanda no. 14556/89, sentencia de 24 de junio de 1993.
- Gül vs. Suiza*, demanda no. 23218/94, sentencia de 10 de octubre de 1994.
- Beaumartin vs. Francia*, demanda no. 15287/89, sentencia de 24 de noviembre de 1994.
- Quinn vs. Francia*, demanda no. 18580/91, sentencia de 22 de febrero de 1995.
- Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH vs. Países Bajos*, demanda no. 40395/6, sentencia de 23 de febrero de 1995.
- Loizidou vs. Turquía*, demanda no. 15318/89, sentencia de 23 de marzo de 1995.
- Öcalan vs. Turquía*, demanda no. 46221/99, sentencia de 12 de mayo de 1995.
- Jamil vs. Francia*, demanda no. 15917/89, sentencia de 8 de junio de 1995.
- Tugar vs. Italia*, demanda no. 22869/93, decisión de admisibilidad de 18 de octubre de 1995.
- Ribitsch vs. Austria*, demanda no. 18896/91, sentencia de 4 de diciembre de 1995.
- Amuur vs. Francia*, demanda no. 19776/92, sentencia de 25 de junio de 1996.
- Akdivar y otros vs. Turquía*, demanda no. 21893/93, sentencia de 16 de septiembre de 1996.
- Gaygusuz vs. Austria*, demanda no. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996.
- Chahal vs. El Reino Unido*, demanda no. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996.
- Nsona vs. Países Bajos*, demanda no. 23366/94, sentencia de 28 de noviembre de 1996.
- Ahmut vs. Países Bajos*, demanda no. 21702/93, sentencia de 28 de noviembre de 1996.
- Aksoy vs. Turquía*, demanda no. 21987/93, sentencia de 18 de diciembre de 1996.
- Efstratiou vs. Grecia*, demanda no. 24095/94, sentencia de 18 de diciembre de 1996.
- Bouchelkia vs. Francia*, demanda no. 23078/93, sentencia de 29 de enero de 1997.
- H.L.R. vs. Francia*, demanda no. 24573/94, sentencia de 29 de abril de 1997.
- D vs. Reino Unido*, demanda no. 146/1996/767/964, sentencia de 2 de mayo de 1997.
- Mehemi vs. Francia*, demanda no. 25017/94, sentencia de 26 de septiembre de 1997.
- El Boujaïdi vs. Francia*, demanda no. 25613/94, sentencia de 26 de septiembre de 1997.
- Boujlifa vs. Francia*, demanda no. 25404/94, sentencia de 21 de octubre de 1997.
- Petrovic vs. Austria*, aplicación no. 20458/92, demanda de 27 de marzo de 1998.
- Selcuk y Asker vs. Turquía*, demandas no. 23184/94, 23185/94, sentencia de 24 de abril de 1998.
- Ali vs. Suiza*, demandas no. 69/1997/853/1060, sentencia de 5 de agosto de 1998.
- Yasa vs. Turquía*, demanda no. 22495/93, sentencia de 2 de septiembre de 1998.

- Osman vs. Reino Unido*, demanda no. 23452/94, sentencia de 28 de octubre de 1998.
- Andric vs. Suecia*, demanda no. 45917/99, decisión de (no) admisibilidad de 23 de febrero de 1999.
- Cakici vs. Turquía*, demanda no. 23657/94, sentencia de 8 de julio de 1999.
- Selmouni vs. Francia*, demanda no. 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999.
- Pancenko vs. Latvia*, demanda no. 40772/98, decisión de admisibilidad de 28 de octubre de 1999.
- Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, demanda no. 33290/96, sentencia de 21 de diciembre de 1999.
- T.I. vs. El Reino Unido*, demanda no. 43844/98, decisión de admisibilidad de 7 de marzo de 2000.
- Tatete vs. Suiza*, demanda no. 41874/98, sentencia de 6 de julio de 2000.
- Jabari vs. Turquía*, demanda no. 40035/98, sentencia de 11 de julio de 2000.
- Ha You Zhu vs. Reino Unido*, demanda no. 36790/97, decisión sobre admisibilidad de 12 de septiembre de 2000.
- Ilić vs. Croacia*, demanda no. 42389/98, sentencia de 19 de septiembre de 2000.
- Köksal vs. Países Bajos*, demanda no. 31725/96, decisión de 19 de septiembre de 2000.
- Biba vs. Grecia*, demanda no. 33170/96, sentencia de 26 de septiembre de 2000.
- Maaioia vs. Francia*, sentencia de 5 de octubre de 2000.
- Kudla vs. Polonia*, demanda no. 30210/96, sentencia de 26 de octubre de 2000.
- Joseph William Kwakye-Nit y Akua Dufie vs. Países Bajos*, demanda no. 31519/96, decisión de admisibilidad de 7 de noviembre de 2000.
- Peers vs. Grecia*, demanda no. 28524/95, sentencia de 19 de abril de 2001.
- Chipre vs. Turquía*, demanda no. 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001.
- Price vs. Reino Unido*, demanda no. 5493/72, sentencia de 10 de julio de 2001.
- Hatton y otros vs. Reino Unido*, demanda no. 36022/97, sentencia de 2 de octubre de 2001.
- Sen vs. Países Bajos*, demanda no. 31465/96, sentencia de 21 de diciembre de 2001.
- Conka vs. Bélgica*, demanda no. 51564/99, sentencia de 5 de febrero de 2002.
- Beyeler vs. Italia*, demanda no. 33202/96, sentencia de 28 de mayo de 2002.
- Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*, demanda no. 34462/97, sentencia de 4 de junio de 2002.
- Willis vs. Reino Unido*, demanda no. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002.
- Amrollahi vs. Dinamarca*, demanda no. 56811/00, sentencia de 11 de julio de 2002.

*Kalashnikov vs. Rusia*, demanda no. 47095/99, sentencia de 15 de julio de 2002.

*Sejdovic y Sulejmanovic vs. Italia*, demandas no. 57574/00, 57575/00, sentencia de 8 de noviembre de 2002.

*Mouisel vs. Francia*, demanda no. 67263/01, sentencia de 14 de noviembre de 2002.

*Eugenia Michaelidou Developments Ltd y Michael Tymvios vs. Turquía*, demanda no. 16163/90, sentencia de 31 de julio de 2003.

*Koua Poirrez vs. Francia*, demanda no. 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003.

*Iorgov vs. Bulgaria*, demanda no. 36295/02, sentencia de 11 de marzo de 2004.

*F vs. Reino Unido*, demanda no. 17341/03, decisión de admisibilidad de 31 de agosto de 2004.

*Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) vs. Irlanda*, demanda no. 45036/98, sentencia de 30 de junio de 2005.

*Timishev vs. Rusia*, demandas no. 55762/00, 55974/00, sentencia de 13 de diciembre de 2005.

*Riener vs. Bulgaria*, demanda no. 46343/99, sentencia de 23 de mayo de 2006.

*Fedorenko vs. Ucrania*, demanda no. 25921/02, sentencia de 1 de junio de 2006.

*Lupsa vs. Rumania*, demanda no. 10337/04, sentencia de 8 de junio de 2006.

*Saadi vs. Reino Unido*, demanda no. 13229/03, sentencia de 11 de julio de 2006.

*Ramzy vs. Países Bajos*, demanda no. 25424/05, sentencia de 27 de mayo de 2008.

## **E) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

*Sloman Neptun Schiffahrts AG vs. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, casos C-72/91 y 73/91, sentencia de 17 de marzo de 1993.

*Parlamento Europeo vs. Consejo de la Unión Europea, caso C-540/03*, sentencia de 27 de junio de 2006.

*R.J. Reynolds Tobacco y otros vs. Comisión Europea, case C-131/03 P*, sentencia de 12 de diciembre de 2006.

## **F) UK SECRETARY OF STATE FOR THE HOME OFFICE**

*R. vs. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Adam, Limbuela y Tesema, House of Lords, sentencia de 3 de noviembre de 2005.

## **VI. CAPÍTULO 6**

### **1. Libros**

Anderson, Bridget, Migrant domestic workers and slavery, en Anker, Christien Van den, (ed.), *The political economy of new slavery*, Londres: Palgrave Macmillan, 2004.

Anzilotti, Dionisio, *Corso di diritto internazionale*, 3ª ed., Roma: Athenaeum, 1928.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 8ª ed., edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías, introducción y notas de Julián Marías, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

Bales, Kevin, *Disposable People New Slavery in the Global Economy*, California: University of California Press, 2004.

Banton, Michael, *International Action Against Racial Discrimination*, Oxford: Clarendon Press, 1996.

Bernhardt, R., Völkerrechtliche Verbot der Diskriminierung von Individuen, en Jekewitz, J., et.al., (eds.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Karl Josef Parisch zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker and Humblot, 1989.

Bos, Maarten, *A Methodology of International Law*, Amsterdam: North-Holland Pub. Co., 1984.

Bossuyt, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruselas: Bruylant, 1976.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1966.

Campoy Cervera, Ignacio, (ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid: Dykinson, 2006.

Canessa Montejo, Miguel F., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Cardona Llorens, Jorge, Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional público, en VV.AA., *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Vol. 1, Valencia: Universitat de València, 1989.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del estado y derecho internacional*, Madrid: Tecnos, 1976.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Derecho Internacional en un Mundo de Cambio*, Madrid: Tecnos, 1984.

Casado Raigón, Rafael, *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*, Córdoba: Universidad de Córdoba, 1991.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995.

Casado Raigón, Rafael, Vázquez Gómez, Eva María, La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en Gómez-Urrutia Vargas, Marina, Salinas

de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga, Barcelona: Ariel, 1993, reimpr. de la ed. de 1988.

Cassese, Antonio, *International Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.

Clément, Zlata Drnas de, Las normas imperativas de Derecho Internacional general. Dimensión sustancial, en Clément, Zlata Drnas de, (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Vol. 1, Córdoba, Argentina: Drnas-Lerner, 2002.

Dhokalia, R. P., Problems Relating to *Jus Cogens* in the Law of Treaties, en Agrawala, S. K., (ed.), *Essays on the Law of Treaties (With special reference to India)*, Bombay: Orient Longman, 1972.

Díaz Barrado, Cástor, *El Derecho Internacional del tiempo presente*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2004.

Diez De Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid: Tecnos, 2009.

Drescher, Seymour, Stanley, L. Engerman, (eds.), *A Historical Guide to World Slavery*, New York: Oxford University Press, 1998.

Drzewicki, Krzysztof, The right to work and rights in work, en Eide, Asjborn, Krause, Catherine, Rosas, Allan, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Eide, A., Opsahl, T., *Equality and Non-Discrimination*, Oslo: Norwegian Institute of Human Rights, 1990.

Fawcett, J. F. S., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1969.

Fernández Tomás, Antonio Francisco, El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad, en Gómez-Urrutia Vargas, Marina, Salinas de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

Fourlanos, G., *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Estocolmo: Almqvist & Wiksell, 1986.

Friedman, S., *Expropriation in International Law*, London: Stevens, 1953.

Gaja, Giorgio, Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts, en Weiler, J. H. H., Cassese, A., Spinedi, M., (eds.), *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin: De Gruyter, 1989.

Gómez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens Internacional (Estudio histórico-crítico)*, México: UNAM, 1982.



González Campos, Julio D., *et.al.*, *Curso de derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid: Civitas, 2008.

Greenberg, J., Race, Sex and Religious Discrimination in International Law, en Meron, Theodor, (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Vol. 2, Oxford: Clarendon Press, 1984.

Greenidge, C.W.W., *Slavery and the United Nations*, London: Anti-Slavery Society, 1954.

Grotius, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, trad. de Francis W. Kelsey, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Oxford: Clarendon Press, 1925.

Grupo Budapest, *The Relationship Between Organized Crime and Trafficking in Aliens*, Austria: International Centre for Migration Policy Development, 1999.

Gutiérrez Espada, Cesáreo, Sobre las normas imperativas del Derecho Internacional, en VV.AA., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005.

Hall, William, *A treatise on International Law*, 8ª ed. por Pierce Higgins, Oxford: Clarendon, 1924.

Hannikainen, Lauri, *Peremptory norms (Ius cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status*, Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.

Harhoff, F., La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, en Tavernier, P., Renaut, C., (eds.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruselas: Bruylant, 2004.

Hoof, G. J. H. van, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer: Kluwer Publishing, 1983.

Hoogh, Andre de, *Obligations Erga omnes and International Crimes: A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, La Haya; Londres; Boston: Kluwer International Law, 1996.

Juste Ruiz, José, Las obligaciones “*erga omnes*” en el Derecho Internacional Público, en VV.AA., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Vol. 1, Madrid: Tecnos, 1979.

Juste Ruíz, José, *¿Derecho internacional público?* Valencia: Nomos, 1986.

Lauterpacht, H., *An International Bill of the Rights of Man*, New York: Columbia University Press, 1945.

Li, Haopei, Jus Cogens and International Law, en Yee, Sienho, Tieya, Wang, (eds.), *International Law in the Post-cold War World*, London: Routledge, 2001.

Mariño Menéndez, Fernando M., Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho Internacional, en Cardona Llorens, Jorge (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III, 1999, Castellón: Aranzadi, 2000.

Mariño Menéndez, Fernando M., Los límites de la noción formal de orden público internacional, en Gómez-Urrutia Vargas, Marina, Salinas de Frías, Ana, (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 2, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005 (a).

Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005 (b).

Mc Dougal, Myres S., Lasswell, Harold D., Chen, Lung Chu, *Human Rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven: Yale University Press, 1980.

McKean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.

Meron, Theodor, *Human rights law making in the United-Nations: a critique of instruments and process*, Oxford: Clarendon Press, 1986.

Meron, Theodore, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford: Clarendon Press, 1989.

Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester: Manchester University Press, 1988.

Miaja de la Muela, Adolfo, *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje Al Profesor Luis Sela Sampil*, Tomo I, Oviedo: Universidad de Oviedo, 1970.

Mosler, H., To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?, en Interuniversitair Instituut Voor Internationaal Recht, *International Law and the Grotian Heritage (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius)*, La Haya: T.M.C. Asser Institute, 1985.

Oppenheim, Lassa, *International Law (Vol. 1 Peace)*, London: Longmans, 1905.

Partsch, K. J., Discrimination, en Macdonald, R. St. J., Matscher, F., (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Kluwer Law International, 1993.

Pastor Ridruejo, José Antonio, La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el “*Ius Cogens*” internacional, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Vol. 1, Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2002.

Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

Ragazzi, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Clarendon Press, 1997.

Ragazzi, Maurizio, International Obligations *Erga Omnes*: Their Moral Foundation and Criteria of Identification in Light of Two Japanese Contributions, en Goodwin-Gill, Guy S., Talmon, Stefan, (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford: Clarendon Press, 1999.

Ramcharan, B. G., Henkin, Louis, (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981.

Remiro Brotóns, Antonio, *et.al.*, *Derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Reuter, Paul, *Le développement de l'ordre juridique international: écrits de droit international*, París: Economica, 1995.

Roland, H., Boyer, L., *Locutions latines du droit français*, 3<sup>a</sup> ed., París: Litec, 1993.

Rozakis, Christos L., *The concept of jus cogens in the law of treaties*, Amsterdam: North-Holland Pub. Co., 1976.

Sajó, András, (ed.), *Human Rights with Modesty. The problem of universalism*, Países Bajos: Martinus Nijhoof Publishers, 2004.

Saulle, Maria Rita, *Jus Cogens and Human Rights*, en VV.AA., *Le droit international à l'heure de sa codification; études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. 2, Milan: Giuffrè, 1987.

Shestack, Jerome, The Jurisprudence of Human Rights, en Meron, Theodor, (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Vol. 1, Oxford: Clarendon Press, 1984.

Shigeru Oda, The Individual in International Law, en Sorensen, M., (ed.), *Manual of Public International Law*, London, Melbourne, Toronto, New York: Macmillan, 1968.

Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1983.

Simma, Bruno, Bilateralism and Community Interest in the law of State Responsibility, en Dinstein, Yoram, (ed.), *International Law at a time of perplexity. Essays in honour of Shabtai Rosenne*. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff, 1989.

Simma, Bruno, Alston, Philip, The sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and general Principles, en Alston, Philip, (ed.), *Human Rights Law*, Aldershot: Dartmouth Press, 1996.

Soares, Albino de Azevedo, *Licoes de direito internacional público*, 4<sup>a</sup> ed., Lisboa: Coimbra Editora, 1988.

Thornberry, Patrick, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford: Clarendon Press, 1991.

Tomuschat, C., Equality and non-discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, en Münch, I. Von, (ed.), *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, Berlin: De Gruyter, 1981.

Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1996.

Trindade, A. A. Cançado, Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Vol. VI, San José: IIDH, 1996.

Trindade, A.A. Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre, Brasil: S.A. Fabris Ed., 1999.

Vattel, Emer de, *The law of nations: or, Principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, London: G. G. and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797.

Verhoeven, Joe, *Jus Cogens* and reservations or “counter reservations” to the Jurisdiction of the International Court of Justice, en Wellers, Karel, (ed.), *International Law: Theory and Practice*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Vierdag, E. W., *The Concept of Discrimination in International Law. With Special Reference to Human Rights*, La Haya: Nijhoff Publishers, 1973.

Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta, 2002.

Weissbrodt, David, Dottridge, Michael, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas. David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud*, Ginebra, Nueva York: ONU, ACNUR, 2002, HR/PUB/02/4.

White, Gillian, *The Nationalization of Foreign property*, London: Stevens, 1961.

Wijers, M., Lap-Chew, Lin, *Trafficking in Women, Forced Labour and Slavery-like Practices in Marriage, Domestic Labour and Prostitution*, Utrecht: Foundation Against Trafficking in Women, 1999.

## **2. Artículos de Revistas**

Acosta Estévez, José B., Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1995.

Ago, Robert, Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne, *Recueil des Cours*, Vol. 134, No. III, 1971.

Alexidze, Levan, Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 172, No. 3, 1981.

Anzilotti, Dionisio, Intorno agli effetti delle modificazioni del corso di un fiume sul confine fra due Stati, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 8, 1914.

Barberis, J. A., Réflexions sur la coutume international, *Annuaire français de droit international*, Vol. 36, 1990.

Bassiouni, M. Cherif, Enslavement as an International Crime, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 23, 1991.

Bayefsky, Anne F., The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990.

Buergenthal, Thomas, The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights, *Human Right Quarterly*, Vol. 19, 1997.

Byers, Michael, Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, 1997.

Canessa Montejo, Miguel F., El *ius cogens* laboral en el ordenamiento internacional, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No. 14, 2007.

Caplan Lee M., State immunity, human rights, and *jus cogens*: A critique of the normative hierarchy theory, *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003.

Carrillo-Salcedo, Juan-Antonio, Droit international et souveraineté des états: cours général de droit international public, *Recueil des Cours*, Vol. 257, 1996.

Casado Raigón, Rafael, Las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional contemporáneo, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 1, 1985.

Cebada Romero, Alicia, Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 4, 2002.

Dinstein, Y., Discrimination and International Human Rights, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 15, 1985.

Dinstein, Y., The *erga omnes* Applicability of Human Rights, *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 30, 1992.

Dominicé, Christian, The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations, *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999.

Dupuy, Pierre-Marie, L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public (2000), *Recueil des Cours*, Vol. 297, 2002.

Frowein, Jochen, Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 248, No. IV, 1994.

Gaja, Giorgio, *Jus Cogens* beyond the Vienna Convention, *Recueil des Cours* Vol. 172, No. 3, 1981.

Gomez Robledo, Antonio, Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions, *Recueil des Cours*, Vol. 172, No. III, 1981.

Henkin, L., National and International Perspectives in Racial Discrimination, *Human Rights Journal*, Vol. 4, 1971.

Henkin, L., Human Rights and State "Sovereignty" (Sibley Lecture, March 1994), *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, 1995/96.

Herz, J. H., Expropriation of Foreign Property, *The American Journal of International Law*, Vol. 35, 1941.

Heydte, A. von der, Die Erscheinungsformen des zweiseitigen taatlichen Rechts: *jus cogens* und *jus dispositivum* im Völkerrecht, *Zeitschrift für Völkerrecht*, Vol. 16, 1932.

Hoogh, Andre de, The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and Internaional Crimes: Peremptory Norms in Perspective, *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol. 42, 1991.

Humphrey, John P., Preventing Discrimination and Positive Protection for Minorities: Aspects of International Law, *Les Cahier de Droit*, Vol. 27, 1986.

Juste Ruiz, José, Tribunal Internacional de Justicia: Asuntos de las Pruebas Nucleares (sentencia de 20 de diciembre de 1974), *Revista Española de Derecho Internacional*, 1976.

Macdonald, R. St. J., Fundamental Norms in Contemporary International Law, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 25, 1987.

McKean, Warwick, The Meaning of Discrimination in International and Municipal Law, *British Yearbook of International Law*, Vol. 44, 1970.

Meron, Theodor, The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *The American Journal of International Law*, Vol. 79, 1985.

Meron, Theodore, International Law in the age of Human Rights, *Recueil des Cours*, Vol. 301, 2003.

Mola, Attilio, Una propuesta de fundamentación de los derechos humanos en el Derecho Internacional, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. II, No. 4, Ene-Jun 1995.

Paulus, Andreas L., *Jus cogens* in a time of hegemony and fragmentation: an attempt at a re-appraisal, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74, 2005.

Picone, P., Recensione: Lauri Hannikainen, Peremptory Norms (*jus cogens*) in International Law. Historical Developments. Criteria, Present Status, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, p. XXXII-781, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 73, 1990.

Quindimil López, Jorge Antonio, Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿Hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, Actividades Armadas sobre el Territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Ruanda -Nueva Demanda de 2002-), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 12, 2006.

Quirk, Joel Forbes, The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 3, 2006.

Rao, T., International Custom, *Indian Journal of International Law*, Vol. 19, 1979.

Rassam, A. Yasmine, Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, 1999.

Ray, Jan, Des conflits entre principes abstraits et stipulations conventionnelles, *Recueil des Cours*, Vol. 48, No. II, 1934.

Redman, Renee Colette, The League of Nations and the right to be free from enslavement: the first human right to be recognized as customary international law, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 70, 1994.

Reisman, W. M., Responses to Crimes of Discrimination and Genocide: An Appraisal of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 1, 1971.

Ripert, Georges, Les Règles du Droit Civil Applicables aux Rapports Internationaux: contribution à l'Etude des Principes Généraux du Droit Visés au Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, *Recueil des Cours*, Vol. 44, No. II, 1933.

Ronzitti, N., La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, *Comunicazioni e studi*, Vol. 15, 1978.

Rueda Fernández, Casilda, La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI, *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, No. 2, 2005.

Salvioli, Gabriele, Les règles générales de la paix, *Recueil des Cours*, Vol. 46, No. IV, 1933.

Sánchez Legido, Ángel, *Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 53, No. 1, 2001.

Schachter, O., How Effective are Measures against Racial Discrimination? *Human Rights Journal*, Vol. 4, 1971.

Schwelb, Egon, Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission, *The American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 4, 1967.

Shelton, Dinah, Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4, 2008.

Simma, Bruno, From bilateralism to community interest in international law, *Recueil des Cours*, Vol. 250, No. VI, 1994.

Sohn, Louis B., The New International Law: Protection of the Rights of Individuals rather than States, *American University Law Review*, Vol. 32, 1982-1983.

Strozzi, G., I "principi" dell'ordinamento internazionale, *La Comunità Internazionale*, Vol. 47, 1992.

Ténékidès, Georges, L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale, *Recueil des Cours*, Vol. 168 No. III, 1980.

Tomuschat, Christian, Obligations arising for States without or against their will, *Recueil des Cours*, Vol. 241, No. 4, 1993.

Tomuschat, Christian, International Law ensuring the survival of mankind in the eve of a new century. General course on Public International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 281, 1999.

Trindade, A. A. Cançado, Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights (at global and regional levels), *Recueil des Cours*, Vol. 202, 1987.

Trindade, Antônio Augusto Cançado, International law for humankind: towards a new *jus gentium* (I): general course on public international law, *Recueil des Cours*, Vol. 316, 2005.

Van Dyke, Vernon, Human Rights Without Discrimination, *The American Political Science Review*, Vol. 67, No. 4, 1973.

Verdross, Alfred, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, *Recueil des Cours*, Vol. 52, No. II, 1935.

Verdross, Alfred, Forbidden Treaties in International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 31, 1937.

Verdross, Alfred, *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 1, 1966.

Williams, J. F., La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents, *Recueil des Cours*, Vol. 44, No. II, 1933.

Yasseen, Mustafa Kamil, L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités, *Recueil des Cours* Vol. 151, No. 3, 1976.

### **3. Documentación**

#### **A) COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL**

*Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, A/CN.4/SER A/1963.*

*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963, Vol. II.*

*Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios 1966, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II.*

*Yearbook of the International Law Commission, 1976, Vol. II-2.*

*Quinto Informe sobre Responsabilidad Internacional, Relator Especial Robert Ago, Yearbook of the International Law Commission, 1976, II, Parte 1, A/CN.4/291 and Add.1 and 2.*

*Yearbook of the International Law Commission, 1982, vol. II, Parte Dos.*

*Cuarto Reporte sobre Responsabilidad Internacional, Relator Especial Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, 1992, A/CN.4/444/Add.1.*

*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, 1996.*

*Informe de la Comisión de Derecho Internacional, A/56/10, 2001.*

*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios 2001, 53ª sesión, 2001, A/56/10.*



*Proyecto sobre las Reservas a los Tratados Informe de la Comisión de Derecho Internacional, A/57/10, 2002.*

## **B) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

*Third session, Summary record of the fifty-third meeting, E/CN.4/SR.53 4 de junio de 1948.*

*Ammoun, C. D., Study of Discrimination in Education, E/CN.4/Sub.2/181/rev. 1, 1956.*

*Krishnaswami, A., Study of Discrimination in Respect of Religious Rights, E/CN.4/Sub.2/200/rev. 1, 1959.*

*Ingles, J. D., Study of discrimination in Respect of the Right of Everyone to Leave any Country, including his own, and to Return to his own County, E/Cn.4/Sub.2/220, 1960.*

*Saario, V. V., Study of Discrimination against Persons born out of Wedlock, E/Cn.4/Sub.2/265, 1966.*

*Santa Cruz, H., Study of Racial Discrimination in the Political, Economic, Social and Cultural Spheres, E/CN.4/Sub.2/288, 1968.*

*Cobo, J. M., Study of Discrimination against Indigenous Peoples, E/CN.4/Sub.2/415.*

*Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Informe presentado por el Relator Especial Mohamed Awad sobre la "Cuestión de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus prácticas y manifestaciones, incluidas las prácticas esclavizadoras del apartheid y del colonialismo", E/CN.4/Sub.2/322, 1971.*

*Santa Cruz, H., Study of Discrimination in Respect of Political Rights, E/CN.4/Sub.2/213/rev. 1, 1961 y E/CN.4/Sub.2/370, 1976.*

*Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45° período de sesiones (2-27 de agosto de 1993), 6 de julio de 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/17.*

*Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Informe del Alto Comisionado presentado en cumplimiento de la Resolución 1999/54 de la Comisión, 56° período de sesiones, 28 de diciembre de 1999, E/CN.4/2000/12.*

*Informe sobre el 60° período de sesiones (15 de marzo-23 de abril), 23 de abril de 2004, E/CN.4/2004/127.*

## **C) COMISIÓN INTERNAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

*Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 6 abril 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev.*

*Segundo Informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, 16 abril 2001, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev.*

## **D) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**

*Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos (artículo 3), Observación general No. 4, 13° período de sesiones, 30 de julio 1981, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I).*

*No Discriminación*, Observación General No. 18, 10 de noviembre de 1989, 37º período de sesiones, 1989, 37º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

*Artículo 27 - Derecho de las minorías*, Observación general No. 23, 50º período de sesiones, 8 de abril de 1994, HRI/GEN/1/Rev.7.

*Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, Observación general no. 24, de 11 de noviembre de 1994, 52º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

*La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, Observación general No. 28, 68º período de sesiones, 29 de marzo 2000, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I).

*Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, Observación General no. 29, de 31 de agosto de 2001, 72º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7.

## **E) INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL**

*La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, sesión de Santiago de Compostela, 1989.

## **F) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

*Informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud al Consejo, documento de la Sociedad de las Naciones*, 1925, A.19.1925.VI.

*Informe del Comité Ejecutivo a la Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas*, UN doc PC/EX/113/rev. 1, 12 de noviembre de 1945.

ECOSOC, Resolución 11(II) del 21 de junio de 1946.

*Los principales tipos y causas de discriminación*, E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, 1949.

*Informe del Comité Especial de Expertos sobre la Esclavitud*, E/AC.33/13, 1951.

*Proyecto de Convención suplementaria sobre la Esclavitud y la Servidumbre*, E/AC.43/L.1, 1955.

Comité Especial del Trabajo Forzoso ONU-OIT, *Informe conjunto del Secretario General de las Naciones Unidas y el Director General de la OIT*, Documento E/2815/Add.5, 1955.

*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, 5º período de sesiones, 1979, E/CV.4/Sub.2/434.

*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, 17º período de sesiones, 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/34.

*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud sobre su 18º período de sesiones*, 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/30.

*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, Recomendación No. 8, 20º período de sesiones, 13 de junio de 1995, E/CN.4/Sub.2/1995/28.

*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud*, Recomendación No. 9, 21º período de sesiones, 19 de julio de 1996, E/CN.4/Sub.2/1996/24.

*La Protección de los Migrantes*, Resolución 54/166 de la Asamblea General, A/RES/54/166, de 24 de febrero de 2000.

*Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001, A/CONF.189/12.

*La Protección de los Migrantes*, Resolución 60/169 de la Asamblea General, A/RES/60/169, de 7 de marzo de 2006.

## **G) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

*Informe del Comisión de Expertos en Trabajo Indígena*, 1951.

Conferencia General de la OIT, *Informe IV (2)*, 40ª reunión, 1957.

*Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo forzoso (N.º 29) y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (N.º 105)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 65ª reunión (1979), Informe III (parte 4B).

*Informe del Consejo de Administración de la OIT 1996*, GB 265/2.

*Informe del Consejo de Administración de la OIT*, GB 265/2 (1996).

*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, aprobada el 18 de junio de 1998 por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión.

*Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 1998.

*Trabajo forzoso en Myanmar (Birmania). Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por Myanmar del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)*, 2 de julio de 1998.

*Alto al trabajo forzoso*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Reunión, 2001, Informe I (B).

*Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª Reunión, 2005 Informe I (B).

*Informe I (B): Intensificar la lucha contra el trabajo infantil*, 20 de mayo de 2010, CIT 99 Report I (B).

## **4. Jurisprudencia**

### **A) COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS**

*Union Inter Africaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola*, Comunicación no. 159/96, decisión de 11 de noviembre de 1997.

*Fundación de Recursos Legales vs. Zambia*, Comunicación No. 211/98, decisión tomada en la 29ª sesión ordinaria, 23 de abril – 7 de mayo de 2001.

### **B) COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*Asiáticos del África Oriental vs. Reino Unido*, demanda no. 4403/70, decisión de 14 de diciembre de 1973.

*X vs. República Federal de Alemania*, demanda no. 4653/70, Decisiones y Reportes, Vol. 46, 1974.

*Sindicato Nacional de la Policía belga vs. Bélgica*, demanda no. 4464/70, decisión de 27 de octubre de 1975.

*The Sunday Times vs. Reino Unido*, demanda no. 6538/74, decisión de 26 de abril de 1979.

### **C) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

*James Terry Roch y Jay Pinkerton vs. Estados Unidos*, Informe no. 3/87, Caso 9647, 22 de septiembre de 1987.

*Víctimas del barco remolcador "13 de marzo" vs. Cuba*, Informe no. 47/96, Caso 11.436, 16 de octubre de 1996.

*Michael Domínguez vs. Estados Unidos*, Informe no. 62/02, Caso 12.285, fondo, 22 de octubre de 2002.

*Douglas Christopher Thomas vs. Estados Unidos*, Informe no. 100/03, Caso 12.240, fondo, 29 de diciembre de 2003.

*Napoleón Beazley vs. Estados Unidos*, Informe no. 101/03, Caso 12.412, fondo, 29 de diciembre de 2003.

*Shaka Sankofa vs. Estados Unidos*, Informe no. 97/03, Caso 11.193, fondo, 29 de diciembre de 2003.

### **D) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

*Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes referentes al uso de idiomas en la educación en Bélgica vs. Bélgica*, demandas no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, sentencia de 23 de julio de 1968.

*Marckx vs. Bélgica*, demanda no. 6833/74, sentencia de 13 de junio de 1979.

*Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, demandas no. 9214/80, 9473/81, 9474/81, sentencia de 28 de mayo de 1985.

*Lithgow y otros vs. Reino Unido*, demandas no. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, sentencia de 8 de julio de 1986.

*Thliemmenos vs. Grecia*, demanda no. 34369/97, 6 de abril de 2000.

*Al Adsani vs. Reino Unido*, demanda no. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001.

*Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*, demanda no. 34462/97, sentencia de 4 de junio de 2002.

*Willis vs. Reino Unido*, demanda no. 36042/97, sentencia de 11 de junio de 2002.

### **E) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

\* *Opiniones Consultivas*

*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.

*El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8.

*Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9.

*Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva 14/1994, de 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14.

*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 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 18/2003, 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18

**\* Casos Contenciosos**

*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55.

*Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63.

*Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69.

*Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72.

*Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74.

*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79.

*Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94.

*Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98.

*Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103.

*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110.

*Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 127.

*Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de Junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 129.

*Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, No. 130.

*López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 141.

*Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 153.

*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.

## **F) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

### **\* Opiniones consultivas**

*Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949.

*Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951.

*Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971.

*Sahara Occidental*, Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975.

*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.

*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.

### **\* Casos contenciosos**

*Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania)*, sentencia de 9 de abril de 1949.

*Caso Pesquerías (Reino Unido vs. Noruega)*, sentencia de 18 de diciembre de 1951.

*Caso relativo a la aplicación de la Convención de 1902 que regula la tutela de menores (Países Bajos vs. Suecia)*, sentencia de 28 de noviembre de 1958.

*Caso relativo al derecho de paso sobre territorio indio*, sentencia de 12 de abril de 1960.

*Casos de África del Sudoeste (Etiopía vs. Sudáfrica, Liberia vs. Sudáfrica)*, Segunda fase, sentencia del 18 de julio de 1966.

*Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania vs. Dinamarca; República Federal de Alemania vs. Países Bajos)*, sentencia de 20 de febrero de 1969.

*Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962, Segunda fase*, sentencia de 5 de febrero de 1970.

*Asuntos de las Pruebas Nucleares (Nueva Zelanda vs. Francia; Australia vs. Francia)*, sentencia de 20 de diciembre de 1974.

*Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, Solicitud para la indicación de medidas provisionales, orden del 15 de diciembre de 1979; sentencia de 27 de junio de 1986.

*Caso de la Delimitación Marítima en la Región situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca vs. Noruega)*, sentencia de 14 de junio de 1993.

*Caso relativo al Timor Oriental (Portugal v. Australia)*, sentencia de 30 de junio de 1995.

*Caso sobre la aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*, objeciones preliminares, decisión de 11 de julio de 1996.

*Caso relativo a la Orden de Detención del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo vs. Bélgica)*, sentencia del 14 de febrero de 2002.

*Caso relativo a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo vs. Rwanda)*, sentencia de 3 de febrero de 2006.

*Caso sobre la aplicación de la Convención de la prevención y sanción contra el delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*, sentencia de 26 de febrero de 2007.

## **G) CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL**

*Colonos de Origen Alemán en Polonia*, Opinión Consultiva de 10 de septiembre de 1923, Serie B, No. 6.

*Tratamiento de nacionales polacos o de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzing*, Opinión Consultiva de 4 de febrero de 1932, Serie A/B, No. 44.

*Caso Oscar Chinn (Gran Bretaña vs. Bélgica)*, Serie A/B, No. 63-64, 12 de diciembre de 1934.

*Escuelas Minoritarias en Albania*, Opinión Consultiva de 6 de abril de 1935, Serie A/B, No. 64.

## **H) REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS**

*Pablo Nájera (Francia vs. México)*, 19 de octubre de 1928, Vol. V.

## **I) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

*Kadi vs. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, Caso T-315/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005.

## **J) TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA**

*Caso Brima, Kamara y Kanu*, Sentencia de la Segunda Sala del 20 de junio de 2007 (FILE D).

## **K) TRIBUNALES NACIONALES**

\* *Estados Unidos*

*Singh v. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Cal. 2002).

\* **India**

Tribunal Supremo de la India, *Bandhua Mukti Morcha vs. Sindicato de la India y otros*, Supreme Court Reports, Vol. 2, 1984.

**L) TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA**

*Fiscal vs. Delacic y otros*, Caso IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998.

*Fiscal vs. Anto Furundzija*, Caso IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

*Fiscal vs. Kunarac*, Caso IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001.

*Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Segunda Sala del 15 de marzo de 2002.

*Caso Kunarac, Kovac, Vukovic*, Sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002.

*Caso Milorad Krnojelac*, Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 17 de septiembre de 2003.

*Fiscal vs. Simic, Blagoje; Tadic, Miroslav; Zaric, Simo*, Caso IT-95-9-T, sentencia de 17 de octubre de 2003.

**VII. CAPÍTULO 7**

**1. Libros**

Abella, M. I., Migration and Employment of Undocumented Workers: Do Sanctions and Amnesties Work?, en Çinar, D., Gächter, A., Waldrauch, H., (eds.), *Irregular Migration: Dynamics, Impact, Policy Options, Eurosocial Report No. 67*, Vienna: European Centre, 2000.

Anderson, Philipp, *Dass Sie uns nicht vergessen ... Menschen in der Illegalität in München. Eine empirische Studie im Auftrag der Landeshauptstadt München*, München: Landeshauptstadt München, 2003.

Aparicio, Rosa, Ruiz de Huidobro De Carlos, José M<sup>a</sup>, Spain- Combating the exploitation of irregular immigrant workers: the recognition of their rights and their access to social benefits, en Aparicio, Rosa, Ruiz de Huidobro De Carlos, José M<sup>a</sup>, Manchip, Colin, *Policies on irregular migrants - Volume IV: Spain and United Kingdom*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

Appleyard, R.T., *International Migration: Challenge for the nineties*, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, 1991, 84 p.

Arbeláez Rudas, Mónica, García Vázquez, Sonia, El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Bade, Klaus J., Die 'Festung Europa' und die illegale Migration, en Bade, K. J., (ed.), *Integration und Illegalität in Deutschland*, Osnabrück: IMIS, 2001.



- Belhadj, Marnia, Piçarra, Nuno, Borges, Francisco, Kicinger, Anna, *Policies on irregular migrants - Volume III: France, Portugal and Poland*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.
- Bird, J.C., *Control of Enemy Alien Civilians in Great Britain, 1914–1918*, New York: Garland Publishers, 1986, 355 p.
- Blackburn, R., *The overthrow of colonial slavery 1776-1848*, London; New York: Verso, 1988, 560 p.
- Boldrini, L., *Tutti indietro*, Milano: Rizzoli, 2010.
- Boyd, M., Gender aspects of international migration to Canada and the United States, en *International symposium on international migration and development*, Turin: Department of Economic and Social Affairs, United Nations, 2006.
- Breton, Raymond, *Ethnic identity and equality: varieties of experience in a Canadian city*, Toronto: University of Toronto Press, 1990, 342 p.
- Caestecker, Frank, *Alien Policy in Belgium, 1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens*, New York: Berghahn, 2000, 330 p.
- Calavita, Kitty, *Inside the State: The Bracero Program, Immigration and the INS*, New York: Routledge, Chapman and Hall, 1992, 243 p.
- Caplan, Jane, Torpey, John, (eds.), *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton: Princeton University Press, 2001, 428 p.
- Castles, Stephen, Booth, Heather, Wallace, Tina, *Here for good: Western Europe's new ethnic minorities*, Worcester: Pluto Press, 1984, 259 p.
- Castles, Stephen, Miller, Mark J., *The age of migration. International population movements in the modern world*, 3a. ed., Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2003, 338 p.
- Chocrón Giráldez, Ana María, El reconocimiento progresivo de derechos a los extranjeros en situación irregular en el ámbito de las garantías procesales, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009.
- Cholewinski, R., *Irregular Migrants: Access to Minimum Social Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005.
- Cillo, R., Italy. Country Report, en Perocco, Fabio, (ed.), *EU Sixth Framework Programme project “Undocumented Worker Transitions”*, Venice: University of Venice Ca’ Foscari, Laboratorio di Formazione e Ricerca sull’Immigrazione, 2007.
- Cohen, Robin, *The new helots: migrants in the international division of labour*, Aldershot: Gower, 1987, 290 p.
- Cohen, Robin (ed.), *The Cambridge survey of world migration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, 570 p.

Cornelius, Wayne A., Martin, Philip L., Hollifield, James F., eds., *Controlling immigration: a global perspective*, Stanford: Stanford University Press, 1994, 442 p.

Cyrus, Norbert, *Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland: Sozialstrukturbildung-Wechselwirkungen-Politische Optionen. Bericht für den Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration*, Oldenburg: Universität Oldenburg, 2004.

Deutsche Bischofskonferenz, *Leben in der Illegalität in Deutschland– eine humanitäre und pastorale Herausforderung*, Die Deutschen Bischöfe– Kommission für Migrationsfragen 25, Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Bonn, 2001.

Díez Nicolás, Juan, Ramírez Rafita, María, *La Inmigración en España: Una Década de Investigaciones*, Madrid: IMSERSO, 2001.

Díez Nicolás, Juan, Ramírez, María José, *La voz de los inmigrantes*, Madrid: IMSERSO, 2001.

Durand, Jorge, *Programas de trabajadores temporales. Evaluación y análisis del caso mexicano*, México: CONAPO, 2006.

Durand, Jorge, *Programas de trabajadores temporales. Evaluación y análisis del caso mexicano*, México: CONAPO, 2006, 106 p.

Düvell, F., *Undocumented Migration Workers in the UK, Research Project Report No.1*, Exeter: University of Exeter, 1998

Düvell, F., Die Erweiterung der EU und die Entwicklung der Migration, en Bommers, M., Schiffhauer, W., *Migration Report 2006*, Frankfurt: Campus Verlag, 2006.

Düvell, Franck (ed.), *Illegal Immigration in Europe. Beyond Control?* New York; Hampshire: Palgrave Macmillan, 2006, 288 p.

Ensor, J., Shah, A., *Current Immigration Debates in Europe: A Publication of the European Migration Dialogue - The United Kingdom*, Brussels: Migration Policy Group, 2005.

European Migration Network, Italian National Contact Point, *Irregular Migration in Italy. Illegally resident Third Country Nationals in Italy: State approaches towards them and their profile and social situation*, Rome: IDOS-EMN National Contact Point, 2005.

Fahrmeir, Andreas, *Citizenship: The Rise and Fall of a Modern Concept*, New Haven; London: Yale University Press, 2007, 299 p.

Fasano, F., *Country Report Italy. Country report prepared under the research project CLANDESTINO Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe, funded by the 6th Framework Programme for Research and Technological Development under Priority 7 'Citizens and Governance in a Knowledge-Based Society', Research DG*, Brussels: European Commission, 2009.

Feldman, David, *Englishmen and Jews: Social Relations and Political Culture, 1840–1914*, New Haven: Yale University Press, 1994, 420 p.

Fondazione Ismu, *Diciassettesimo rapporto sulle migrazioni 2011*, Milano: Franco Angeli, 2011.

Gainer, Bernard, *The Alien Invasion: The Origins of the Aliens Act of 1905*, London: Heinemann Educational Books, 1972, 305 p.

Galarza, Ernesto, *Merchants of labor: The Mexican Bracero Story; an account of the managed migration of Mexican farm workers in California, 1942-1960*, Santa Barbara: McNally & Loftin, 1964, 284 p.

García Viña, Jordi, La denegación del desempleo al trabajador extranjero sin permiso de residencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009.

Garrard, John, *The English and Immigration: A Comparative Study of Jewish Influx, 1880-1910*, London: Oxford University Press, 1971, 244 p.

Geddes Andrew, *The politics of migration and immigration in Europe*, London: SAGE, 2003, 220 p.

Ghosh, Bimal, *Huddled masses and uncertain shores: insights into irregular migration*, The Hague; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 201 p.

González-Enríquez, Carmen, The Fight against Illegal Immigration, Smuggling and Trafficking in Human Beings in Spain. Ambiguities and Rhetoric, en Guild, Elspeth, Minderhoud, Paul, (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Gorelli Hernández, Juan, Vílchez Porras, Maximiliano, La protección social a los alógenos, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Trabajadores en España. Régimen Jurídico*, Murcia: Laborum, 2001.

Haines, David W., Rosenblum, Karen Elaine, *Illegal immigration in America*, Westport: Greenwood Press, 1999, 573 p.

Hanning, August, Begrüßung und Eröffnung, en Bundesnachrichtendienst, (ed.), *Illegale Migration, Konferenzband, Symposium am 28. Oktober 1999 in Pullach*, Bonn: Varus-Verlag, 2000.

Hawkins, Freda, *Canada and immigration; Public Policy and Public Concern*, 2<sup>a</sup> ed., Kingston: McGill-Queen's University Press, 1988, 476 p.

Hollifield, James F., *Immigrants, Markets and States*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1992, 305 p.

Holmes, Colin, *John Bull's Island: Immigration and British Society, 1871-1971*, London: Macmillan, 1988, 448 p.

ICMPD, *REGINE. Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU*, Vienna: International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), 2009.

Jacobson, David (ed.), *The Immigration Reader: America in a Multidisciplinary Perspective*, Oxford: Blackwell Publishers, 1998, 448 p.

- Joppke, Christian, *Immigration and the nation-state: the United States, Germany, and Great Britain*, Oxford: Oxford University Press, 1999, 366 p.
- Jordan, B., Düvell, F., *Irregular Migration: The dilemmas of Transnational Mobility*, Cheltenham: Edward Elgar, 2002.
- Kluth, Winfried, The legal situation of irregular migrants in Germany and their access to social rights, en Council of Europe, *Policies on irregular migrants: Volume I – Italy and Germany*, Strasbourg: COE Publishing, 2008.
- Koelstra, Rein W., Simon, Gildas, France, en Krane, Ronald E., *International Labor Migration in Europe*, New York: Praeger Publishers, 1979, 250 p.
- Kondapi, C., *Indians overseas 1838-1949*, New Delhi: Oxford University Press, 1951, 558 p.
- Koser, K., Out of the frying pan and into the fire: a case study of illegality amongst asylum seekers, en Koser, K. and Lutz, H., (eds.), *The New Migration in Europe: Social Constructions and Social Realities*, London: Macmillan, 1998.
- Kritz, M.M., Lim, L.L., Zlotnik, H., *International migration systems: a global approach*, Oxford: Clarendon Press, 1992, 354 p.
- Lara, Rafael, Undocumented migrants in Spain, en PICUM, (ed.), *Book of Solidarity*, Vol. II, Brussels: PICUM, 2003.
- Lucassen, Leo, Willems, Wim & Cottaar, Annemarie, *Gypsies and other itinerant groups. A socio-historical approach*, London; New York: MacMillan/St Martin's Press, 1998, 226 p.
- Maciotti, Maria Immacolata & Pugliese, Enrico, *Gli Immigrati in Italia*, 5ª ed., Bari: Laterza, 1991, 230 p.
- Macklin, Audrey, Borderline Security, en Daniels, Ronald, Macklem, J. Patrick, Roach Kent, (ed.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, Toronto: University of Toronto Press, 2001.
- Macklin, Audrey, The Application of International Human Rights Law by Administrative Decision-Makers, en Coughlan, Stephen G., Russell, Dawn, (ed.), *Citizenship and Citizen Participation in the Administration of Justice*, Montreal: Éditions Thémis, 2002.
- Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho Internacional Público [Parte General]*, 4ª ed. rev., Madrid: Trotta, 2005, 694 p.
- Navarro Amaro, Salvador, Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrado con inmigrante en situación irregular, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009.
- Ogden, Philip E., White, Paul E., (eds.), *Migrants in modern France: population mobility in the later nineteenth and twentieth centuries*, London; Boston: Unwin Hyman, 1989, 233 p.
- Page, Arthur, *War and alien enemies*, London: Stevens and sons, limited, 1915, 223 p.

Palidda, S., L'immigration irrégulière en Italie, artículo presentado en la reunión "*Working Party on Migration, June 1996*", París: OECD, 1996.

Palidda, S., Les migrations clandestines en Italie, artículo presentado en el Seminario sobre "*Preventing and combating the employment of foreigners in an irregular situation, 22-23 April 1999*", The Hague: OECD-Dutch Authorities, 1999.

Paradis, Emily, Novac, Sylvia, Sarty, Monica, Hulchanski, J. David, Better Off in a Shelter? A Year of Homelessness & Housing among Status Immigrant, Non-Status Migrant, & Canadian-Born Families, en Hulchanski, J. David, *et.al.*, eds., *Finding home. Policy options for addressing homelessness in Canada*, Toronto: Cities Centre, University of Toronto, 2009.

Paradis, Emily, Novac, Sylvia, Sarty, Monica, Hulchanski, J. David, Better Off in a Shelter? A Year of Homelessness & Housing among Status Immigrant, Non-Status Migrant, & Canadian-Born Families, en Hulchanski, J. David, *et.al.*, eds., *Finding home. Policy options for addressing homelessness in Canada*, Toronto: Cities Centre, University of Toronto, 2009.

Pérez Solá, Nicolás, El derecho a la educación, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Pérez Yruela, Manuel, Rincken, Sebastián, *La integración de los inmigrantes en la sociedad andaluza*, Córdoba: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Colección Politeya No. 22, 2005.

Perocco, Fabio, (ed.), *Undocumented Worker Transitions, EU Sixth Framework Programme*, Venice: University Of Venice Ca' Foscari, Laboratorio di Formazione e Ricerca sull'Immigrazione, 2007, 31 p.

Plender, Richard, *International migration law*, 2ª ed. rev., Dordrecht; London: Nijhoff, 1988, 610 p.

Potts, Lydia, *The World labour market. A history of migration*, trad. de Terry Bond, London; New Jersey: Zed Books Ltd, 1990, 247 p.

Power, Jonathan, *Migrant workers in Western Europe and the United States*, Oxford; New York: Pergamon Press, 1979, 167 p.

Ramos Quintana, Margarita Isabel, El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Reimann, Horst, Reimann, Helga, Federal Republic of Germany, en Krane, Ronald E., (ed.), *International Labor Migration in Europe*, New York: Praeger Publishers, 1979.

Ricca, Sergio, *International Migration in Africa. Legal and Administrative Aspects*, Ginebra: OIT, 1989, 190 p.

Rinaldi, Manuela, *Il reato di immigrazione clandestina*, Altalex: E-Book, 2010.

Rubio de Medina, María Dolores, Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo, en Sánchez-Rodas Navarro,

Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009.

Ruspini, P., Italy, en ICMPD, *REGINE. Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU*, Vienna: International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), 2009.

Russell-Wood, A.J.R., *The black man in slavery and freedom in colonial Brazil*, London: Macmillan in association with St. Antony's College, Oxford, 1982, 364 p.

Ryan, Bernard, *Revisiting Employer Sanctions in the United States and Europe*, Washington: ISIM, Georgetown University, 2007.

Sachverständigenrat für Zuwanderung und Integration, *Migration und Integration. Erfahrungen nutzen, Neues wagen. Jahresgutachten 2004*, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Nürnberg: 2004.

Sahlins, Peter, *Unnaturally French: Foreign Citizens in the Old Regime and After*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004, 454 p.

Samora, J., *Los mojados: The Wetback Story*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971, 205 p.

Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, Inmigración irregular y asistencia sanitaria en España, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009.

Schrover, Marlou, *et.al.*, *Illegal migration and gender in a global and historical perspective*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2008, 191 p.

Segal, Aaron, *An atlas of international migration*, London: H. Zell Publishers, 1993, 233 p.

Shutter, Sue, *JCWI Immigration and Nationality Law Handbook: A User's Guide to the System of British Immigration, Nationality and Refugee Law*, London: JCWI, 1995, 352 p.

Sieveking, Klaus, Staatliche Reaktionen auf Illegalität in Deutschland, en Eichenhofer, Eberhard, *Migration und Illegalität*, Osnabrück: IMIS-Schriften, 1999.

Silverman, Maxim, *Deconstructing the nation: immigration, racism, and citizenship in modern France*, London: Routledge, 1992, 204 p.

Stacy, Lee, *Mexico and the United States*, Tarrytown: Marshall Cavendish, 2002, 960 p.

Storr, Christian, *et al.*, *Kommentar zum Zuwanderungsgesetz – Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz / EU*, Stuttgart: Boorberg, 2005.

Torpey, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 211 p.

Trejo Chacón, María Fernanda, La asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, Inmigración irregular y asistencia sanitaria en España, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España: Laborum, 2009.

Triandafyllidou, Anna, Gropas, Ruby, *European immigration: a sourcebook*, Aldershot, England: Burlington, VT, Ashgate, 2007, 379 p.

Vargas, Jorge, *Abusos de la Patrulla Fronteriza de Estados Unidos, trabajadores indocumentados mexicanos y derechos humanos internacionales*, México: CNDH, 2002, 127 p.

Viana Garcés, Andrée, El derecho a la vivienda de los inmigrantes: mapa jurídico de una tela de araña, en Aja Fernández, Eliseo, coord., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Waldman, L., *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992, párr. 2.72.48

Weil, Patrick, *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration, 1938-1991*, París: Calmann-Lévy, 1991.

Zanfrini, L., *Italian Policy on Irregular Migrants in the Labour Market and the Shadow Economy, Report for the "Ad Hoc Meeting of CDMG Experts on Policies on Irregular Migrants"*, Strasbourg: Council of Europe, 2006.

Zanfrini, Laura, *Policies on irregular migrants - Volume I: Italy and Germany*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2008.

Zincone, G., *Familismo legale. Come (non) diventare Italiani*, Roma-Bari: Laterza, 2006.

## **2. Artículos de Revistas**

Actualidad Laboral, Lex Nova, *Jurisprudencia 2008 J 492*, fundamento primero de derecho.

Aguelo Navarro, Pascual, Chueca Sancho, Angel Gregorio, Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional (La STC 236/2007, de 7 de noviembre), *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 16, 2007.

Alfonso Mellado, C. L., La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados a trabajar (Comentario a la STS de 18 de Marzo de 2008), *Revista de Derecho Social*, No. 43 2008.

Bade, Klaus J., German Emigration to the United States and Continental Immigration to Germany in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries, *Central European History*, Vol. 13, No. 4, 1980.

Bade, Klaus J., From Emigration to Immigration: The German Experience in the Nineteenth and Twentieth Centuries, *Central European History*, Vol. 28, No. 4, 1995.

Bastarache, Michel, The Interpretation of Human Rights: The Challenge, *University of New Brunswick*.

Bélanger, Claude, Ethnic origin of Immigrants Admitted to Canada, 1896-1961, *Canadian Immigration History*.

Bernhard, Judith K., Living with Uncertain Legal Status in Canada: Implications for the wellbeing of children and families, *Refuge*, Vol. 24, No. 2, 2007.

Borkert, Maren, Bosswick, Wolfgang, Migration Policy-Making in Germany – between national reluctance and local pragmatism?, *IMISCOE*, Working Paper No. 20, 2007.

Bruquetas-Callejo, María, *et.al.*, Immigration and Integration Policymaking in Spain, *IMISCOE*, Working Paper, No. 21, 2008.

Calavita K., Gender, migration, and law: crossing borders and bridging disciplines, *International Migration Review*, Vol. 40, No. 1, 2006.

Castles, Stephen, Guestworkers in Europe: A Resurrection?, *International Migration Review*, Vol. 40, No. 4, 2006.

Castles, Stephen, The Guest-Worker in West Europe - an Obituary, *International Migration Review*, Vol. 20, No. 4, 1986, Special Issue: Temporary Worker Programs: mechanisms, conditions, consequences.

Chueca Sancho, Ángel Gregorio, Ley de Extranjería y tratados internacionales una violación permanente e internacionalmente comprobada, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 7, 2004.

Chueca Sancho, Ángel G., Aguelo Navarro, Pascual, *Régimen de los Trabajadores Extranjeros No Comunitarios, en Situación de Irregularidad en España*, 2010, en archivo con la autora.

Collomp, Catherine, Immigrants, Labor Markets, and the State, a Comparative Approach: France and the United States, 1880-1930, *The Journal of American History*, Vol. 86, No. 1, 1999.

Couper, Kristin, Santamaria, Ulysses, An Elusive Concept: The Changing Definition of Illegal Immigrant in the Practice of Immigration Control in the United Kingdom, *International Migration Review*, Vol. 18, No. 3, 1984, Special Issue: Irregular Migration: An International Perspective.

Crépeau, François, Jiménez, Estibalitz, Foreigners and the Right to Justice in the Aftermath of 9/11, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 27, 2004.

Crépeau, François, Nakache, Delphine, Controlling Irregular Migration in Canada. Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection, *Choices*, Vol. 12, No. 1, 2006.

Dunne, Elizabeth, The Embarrassing Secret of Immigration Policy: Understanding Why Congress Should Enact an Enforcement Statute for Undocumented Workers, *Emory Law Journal*, Vol. 49, 2000.

Eliadis, F. Pearl, The Swing from Singh: The Narrowing Application of the Charter in Immigration Law, *Immigration Law Review*, Vol. 2, 1995.

Evans, A. C., Expulsion under the 1971 Immigration Act, *The Modern Law Review*, Vol. 46, No. 4, 1983.

Fahrmeir, Andreas, Nineteenth-Century German Citizenships: A Reconsideration, *The Historical Journal*, Vol. 40, 1997.



Feldman, David, Migrants, Immigrants and Welfare from the Old Poor Law to the Welfare State, *Transactions of the Royal Historical Society*, Vol. 13, 2003.

Fenske, Hans, International Migration: Germany in the Eighteenth Century, *Central European History*, Vol. 13, No. 4, 1980.

Finotelli, C., Sciortino G., The Importance of Being Southern: The Making of Policies of Immigration Control in Italy, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 11, 2009.

French Ministry of Social Affairs and National Security, The Employment Market and Immigrants in an Irregular Situation: Lessons from the Recent Legalization Exercise in France, *International Migration Review*, Vol. 18, No. 3, 1984, Special Issue: Irregular Migration: An International Perspective.

Galloway, Donald, Strangers and Members: Equality in an Immigration Setting, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 7, 1994.

García Valverde, M. D., La contratación ilegal de extranjeros, *Revista de Derecho Social*, No. 43, 2008.

Gauvreau, Catherine, Williams, Glynis, Detention in Canada: Are We on the Slippery Slope?, *Refuge: Canada's periodical on refugees*, Vol. 20, No. 3, 2002.

Gavidia Sánchez, Julio V., Españoles/extranjeros, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII-1, Enero 2006.

Goldring, Luin, Berinstein, Carolina, Bernhard, Judith, Institutionalizing Precarious Immigration Status in Canada, *Early Childhood Education Publications and Research Early Childhood Education*, Vol. 1, No. 1, paper 4, 2007.

González Enríquez, Carmen, Spain, the Cheap Model. Irregularity and Regularisation as Immigration Management Policies, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 11, 2009 (b).

Harrington, Joanna, International Human Rights Law in Canada's Courts: The Ahani Case, *Canadian Council on International Law Bulletin*, Vol. 29, No. 2, 2003.

Haus, Leah, Labor Unions and Immigration Policy in France, *International Migration Review*, Vol. 33, No. 3, 1999.

Heeren, Geoffrey, Illegal Aid: Legal Assistance to Immigrants in the United States, *Cardozo Law Review*, Vol. 33, No. 2, 2011.

Izquierdo, A. Consecuencias de la regularización de trabajadores extranjeros: 1991-1992, *Papers*, No. 43, 1994.

Kanazawa, Mark, Immigration Exclusion and Taxation: Anti-Chinese Legislation in Gold Rush California, *The Journal of Economic History*, Vol. 65, No. 3, 2005.

Karaboytcheva, Miroslava Kostova, *Una evaluación del último proceso de regularización de trabajadores extranjeros en España (febrero-mayo de 2005). Un año después*, Documento de Trabajo (DT) 15/2006, Madrid: Real Instituto Elcano, 2006.

Koehl, Albert, Unlocking the School Door: Immigrant Status and the Right to Learn, *Education Canada*, Vol. 47, 2007.

Krueger, Laura, El Movimiento de los Sin Papeles en Francia en los Años Noventa y sus Reflejos en España, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. V, No. 94 (25), 2001.

La Forest, V. G., The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 34, 1996.

La Terza, Maura, Innovazione Legislativa sul Lavoro degli Stranieri Extracomunitari in Italia, *Questione Giustizia*, Vol. 1, 1987.

Lane, Thomas, The Political Imperatives of Bureaucracy and Empire: The Case of the Coloured Alien Seamen Order, 1925, *Immigrants and Minorities*, Vol. 13, 1994.

*Law Journal*, Vol. 50, No.3, 2001.

López de Lera, D., La inmigración en España a fines del siglo XX. Los que vienen a trabajar y los que vienen a descansar, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 71-72, 1995.

Macklin, Audrey, Introduction, *Journal of Law and Equality*, Vol. 3, No. 1, 2004.

Marie, Claude-Valentin, From the Campaign against Illegal Migration to the Campaign against Illegal Work, trad. Mark J. Miller, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 534, 1994, Strategies for Immigration Control: An International Comparison.

McDonald, James R., Labor Immigration in France, 1946-1965, *Annals of the Association of American Geographers*, Vol. 59, No. 1, 1969.

Miller, Mark J., *Employer Sanctions in France: From the Campaign Against Illegal Alien Employment to the Campaign Against Illegal Work*, U.S. Commission on Immigration Reform, Research Paper, 1995.

Morrison, John, Crosland, Beth, The Trafficking and Smuggling of Refugees: The End Game of European Asylum Policy?, *Independent Expert Report/UNHCR*, Working Paper 38, 2001.

Murphy, William J., Immigration Reform Without Control: The Need for an Integrated Immigration-Labor Policy, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 17, 1994

Nascimbene, Bruno, The Regularisation of Clandestine Immigrants in Italy, *European Journal of Migration and Law*, Vol.2, No. 3/4, 2000.

Ngai, Mae M., The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965, *Law and History Review*, Vol. 21, No. 1, 2003.

Nicholson, Frances, Implementation of The Immigration (Carriers' Liability) Act 1987: Privatising Immigration Functions at the Expense of International Obligations?, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, 1997.

- Onorato, Pierluigi, Per Uno Statuto dello Straniero, *Democrazia e Diritto*, Vol.6, 1989.
- Oxman-Martinez, Jacqueline, Hanley, Jill, Lach, Lucyna, Khanlou, Nazilla, Weerasinghe, Swarna, Agnew, Vijay, Intersection of Canadian Policy Parameters Affecting Women with Precarious Immigration Status: A Baseline for Understanding Barriers to Health, *Journal of Immigrant Health*, Vol. 7, No. 4, 2005.
- Palosaari, T., Beyond normal politics: Integration, EU Enlargement and Securitization Theory, *Paper at SGIR-ECPR Conference "Constructing World Orders"*, La Haya, 2004.
- Pellew, Jill, The Home Office and Aliens Act, 1905, *The Historical Journal*, Vol. 32, No.2, 1989.
- Penninx, Rinus, International Migration in Western Europe since 1973: developments, mechanisms and controls, *International Migration Review*, Vol. 20, No. 4, 1986, Special Issue: Temporary Worker Programs: mechanisms, conditions, consequences.
- Plender, Richard, The New French Nationality Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 23, No. 4, 1974.
- Poelmann, Maiténa, Sophie De Sèze, The Regularisation of Clandestine Immigrants in France, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 2, No. 3-4, 2000.
- Posada, Elvira, El marco legal del proceso de regularización de trabajadores extranjeros, *Revista de Treball Social*, No. 123, 1991.
- Puzzo, Catherine, Instruments of British and French Immigration Policy in the 1970s: a Comparative Analysis, *Contemporary European History* Vol. 12, No. 1, 2003.
- Raffaelli, Rosa, Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 13, 2011.
- Raffaelli, Rosa, The returns directive in light of the El Dridi judgment, *Perspectives on Federalism*, Vol. 3, No. 1, 2011.
- Reinecke, Christiane, Governing Aliens in Times of Upheaval: Immigration Control and Modern State Practice in Early Twentieth-Century Britain, Compared with Prussia, *International Review of Social History*, Vol. 54, 2009.
- Robinson, W. G., Illegal Immigrants in Canada: Recent Developments, *International Migration Review*, Vol. 18, No. 3, 1984, Special Issue: Irregular Migration: An International Perspective.
- Ruff, Anne, The Immigration (Carriers' Liability) Act 1987: its Implications for Refugees and Airlines, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 1, No. 4, 1989.
- Ruiz-Casares, Mónica, *et. al.*, Right and access to healthcare for undocumented children: Addressing the gap between international conventions and disparate implementations in North America and Europe, *Social Science & Medicine*, Vol. 70, 2010.
- Ryan, Bernard, *Innovations in Employer Sanctions in the United States and Europe*, Institute for the Study of International Migration, Georgetown University, marzo de 2008.

Saunders, Kay, The Stranger in our Gates': Internment Policies in the United Kingdom and Australia during the Two World Wars, 1914–39, *Immigrants and Minorities*, Vol. 22, No. 1, 2003.

Schlosberg, Claudia, *Immigrant Access to Health Benefits. A resource manual*, Washington DC: National Health Law Program, 2000.

Schmahl, Stefanie, Internationaler Terrorismus aus der Sicht des deutschen Ausländerrechts, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Vol. 24, No. 7, 2004.

Segal, Aaron y Marston, Linda, "Maps and Keys-World. Voluntary Migration 1500-1980", *Migration World Magazine*, Vol. 17, No. 1, 1989.

Sensiba, Anais, Yavrom, Shaun, comp. y ed., *Employment Rights are Human Rights. Stories of Undocumented Workers: The Denial of Employment Rights due to Immigration Status*, American University Washington Collage of Law, 2004.

Simonin, Bernard, Brun François, Laacher Smaïn, Gomel Bernard, De la régularisation à l'intégration: stratégies, atouts, obstacles, *Migrations Études*, No. 97, janvier, 2001.

Through the back door: Canada is such a wonderful country in which to live that many people, from all over the world, sometimes take enormous risks to get here. Many come here illegally to work and contribute to society in every way. When they are found to be here illegally their removal from Canada is usually heart-breaking, *Canada and the world backgrounder*, diciembre de 2006, Vol. 72, No. 3.

Venturini, Alessandra, Italy in the context of European migration, *Regional Development Dialogue*, Vol. 12, No. 3, 1991.

Vilar Ramírez, Juan Bautista, Las emigraciones españolas a Europa en el siglo XX: algunas cuestiones a debatir, *Migraciones & Exilios: Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricos contemporáneos*, No. 1, 2000.

Watson, Cicely, Recent Developments in French Immigration Policy, *Population Studies*, Vol. 6, No. 1, 1952.

Welte, Hans-Peter, Illegal Aufenthalt in Deutschland, en *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Vol. 22, No. 2, 2002.

Widgren, J., Jandl, M., Hofmann, M., Inmigración y Seguridad en Europa tras los Atentados de Madrid, *Migraciones*, No. 17, Junio 2005.

Zincone, Giovanna & Caponio, Tiziana, Immigrant and immigration policy-making: The case of Italy, *IMISCOE*, Working Paper No.9, 2006.

Zincone, Giovanna, Illegality, Enlightenment and Ambiguity: Hot Italian Recipe, *South European Society and Politics*, Vol. 3, No. 3, 1998.

Zincone, Giovanna, The Making of Policies: Immigration and Immigrants in Italy', *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 32, No. 3, 2006.

### **3. Documentación**

**A) AFL-CIO**

*Immigrant Workers at Risk: The Urgent Need for Improved Workplace Safety and Health Policies and Programs*, 2005.

**B) AMNESTY INTERNATIONAL UK**

*A Duty Dodged: The Government's Evasion of its Obligations under the 1951 UN Convention on Refugees*, October 1991, AIBS/RO/4/91.

**C) ASSOCIATED PRESS**

Justin Pritchard, *Mexican Worker Death Probe Elicits Concern, Call for Better Enforcement of Safety laws*, march 18 2004.

**D) CALIFORNIA WORKING IMMIGRANT SAFETY AND HEALTH COALITION**

*Improving Safe and Healthy Conditions for California's Immigrants Workers*, 2002.

**E) NORTH CAROLINA OCCUPATIONAL AND SAFETY AND HEALTH PROJECT**

*Immigrant Workers at Risk: A Qualitative Study of Hazards Faced by Latino Immigrant Construction Workers in the Triangle Area of North Carolina*, 2000.

**F) CANADA COMMITTEE FOR ACCESSIBLE AIDS TREATMENT**

*Status, access & health disparities: a literature review report on relevant policies and programs affecting people living with HIV/AIDS who are immigrants, refugees or without status in Canada*, 2006.

**G) CANADA DEPARTMENT OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

*Canada and Immigration. A Short History of Immigration to Canada: 1869-1994*.  
ENF 20: Detention, en CIC, *Enforcement Manual*.

**H) CANADA DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND INTERNATIONAL TRADE (DFAIT)**

*Smart Border Action Plan Status Report*, 17 de diciembre de 2004.

**I) CANADIAN CENTRE FOR POLICIES ALTERNATIVES**

Fairey, David, *Cultivating Farmworker Rights: Ending the Exploitation of Immigrant and Migrant Farmworkers in BC*, Justice for Migrant Workers and the BC Federation of Labour, junio de 2008.

**J) CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES**

*A hundred years of immigration to Canada 1900 – 1999.*

*CCR Denounces Detention Based on Suspicion*, Press release 2 de septiembre de 2003.

**K) CANADIAN MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION**

Robinson, W. G., *Illegal Immigrants in Canada; A report to the Honourable Lloyd Axworthy*, Ottawa, Public Affairs Division, Employment and Immigration Canada, 1983.

**L) CARITAS-MIGRANTES**

*Immigrazione. Dossier statistico 2010*, Roma: Idos, 2010.

**M) CATHOLIC LEGAL IMMIGRATION NETWORK, INC.**

*Undocumented Immigrants and the Right to Marry.*

**N) CENTER FOR IMMIGRATION STUDIES**

Feere, Jon, *Birthright Citizenship in the United States: A Global Comparison*, agosto de 2010.

**Ñ) CENTRE D'ESTUDIS I RESERCA SINDICALS**

*Immigración irregular en Cataluña. Análisis y propuestas*, Barcelona: CERES-CCOO, 2004.

**O) CLANDESTINO**

Cyrus, Norbert, Country Report. Germany, en *Clandestino. Undocumented Migration. Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe*, December 2008.

Vollmer, Bastian, *Undocumented Migration Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe. Country Report: UK*, Oxford: COMPAS, University of Oxford, December 2008 (revised July 2009).

Courau, Henri, *Clandestino. Country Report: France, Undocumented Migration Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe*, January 2009.

González Enríquez, Carmen, *Clandestino. Country Report: Spain, Undocumented Migration Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe*, January 2009 (a).

**P) CENTRE ON MIGRATION, POLICY AND SOCIETY, UNIVERSITY OF OXFORD**

Levinson, Amanda, *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, 2005,

**Q) CENTRE OF EXCELLENCE FOR RESEARCH ON IMMIGRATION AND SETTLEMENT (CERIS)**

Khandor, Erika, *et.al.*, *The Regularization of Non-Status Immigrants in Canada 1960-2004: Past Policies, Current Perspectives, Active Campaigns*, 2004,

**R) COLECTIVO IOÉ**

Los inmigrantes en España, *Documentación Social*, No. 66, 1987.

*Inmigrantes, Trabajadores, Ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España*, Madrid, 1998.

*Política Migratoria Española en el Marco Europeo*, Madrid, 2001.

**S) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

*Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, Visita a España, 60º período de sesiones, E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de enero 2004.*

**T) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

*Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España, E/C.12/1/Add.99, 7 de junio de 2004.*

**U) COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA DEL CONSEJO DE EUROPA**

*Segundo informe sobre España, 8 de julio de 2003*

**V) COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL)**

*OSCAR: Outil de Statistique et de Contrôle de l'Aide au Retour.*

**W) COMMUNITY SOCIAL PLANNING COUNCIL OF TORONTO**

*Davenport Perth Neighborhood Centre. Access to services without fear immigration campaign: Toronto community services resource guide*, Toronto: CSPC-T and Davenport Perth Neighbourhood Centre, 2007.

**X) CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL**

*Informe Sobre la Inmigración y el Mercado del Trabajo en España*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2004.

**Y) GISTI**

*Contrôler, surveiller et punir. Analyse de la réforme Sarkozy relative à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers (ordonnance du 2 novembre 1945, code pénal, code civil)*, 2<sup>a</sup> ed., París: GISTI, 2003.

*Loi Sarkozy II*, París: GISTI, 2007.

**Z) HOUSE OF COMMONS OF THE UNITED KINGDOM**

*The Procedure Regulating the Entry of Foreigners for Employment in Great Britain*, Accounts and Papers, Session 1928/1929, XVI, Memorandum del Ministerio de Trabajo.

**AA) HUMAN RIGHTS WATCH**

*Blood, Sweat, and Fear Workers' Rights in U.S. Meat and Poultry Plants IV*, 2005.

**BB) LIBRARY OF THE CANADIAN PARLIAMENT**

Elgersma, Sandra, *Immigration Status and Legal Entitlement to Insured Health Services*, PRB 08-28E, 28 de octubre de 2008.

**CC) MANCOMUNIDAD SIERRA OESTE (ESPAÑA)**

*Servicios Sociales, Impacto Sociolaboral del Proceso de Normalización 2005 en las Personas Inmigrantes*, Madrid: Mancomunidad Sierra Oeste, 2005.

**DD) MIGRATION POLICY INSTITUTE**

Ortega Pérez, Nieves, *Spain: Forging an Immigration Policy*, 2003, Washington, D.C.

Hamilton, Kim, et al., *The Challenge of French Diversity*, Washington, D.C., 2004.

Brownell, Peter, *The Declining Enforcement of Employer Sanctions*, Migration Policy Institute, September 2005.

Papademetriou, D. G., *The global struggle with illegal migration: no end in sight*, 1 de septiembre de 2005.

**EE) MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN**

*Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración II 2011-2014*.

**FF) NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD**

*Procedures and Remedies for Discriminatees Who May Be Unauthorized Aliens after Hoffman Plastic Compounds, Inc.*, Memorandum Gc 02-06 (2002).



## **GG) NO BORDER NETWORK**

*The Sans Papiers Movement, a climax in the history of French immigration.*

## **HH) OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN (ESPAÑA)**

*Anuario Estadístico de Inmigración 2006*

## **II) OECD**

*Trends in International Migration: Annual Report 1989*, París, OECD, 1990.

Fraser, John, *Illegal immigration in the United States and the limits of sanctions against employers*, *Migration and Development*, París, 1994.

*Trends in International Migration: Annual Report 1996*, París, OECD, 1997.

*Migration for employment: bilateral agreements at a crossroads*, Paris: OECD, 2004, 248 p.

## **JJ) OIT**

Martin, Philip & Miller, Mark, *Employer Sanctions: French, German and US Experiences*, *International Migration Papers* no. 36, 2000.

Reyneri, Emilio, 2001, *Migrants' Involvement in Irregular Employment in the Mediterranean Countries of the European Union*, Geneva.

*Informe del Comité de Libertad Sindical no.332. Caso no. 2227 (Estados Unidos), 2003. Quejas contra el Gobierno de Estados Unidos presentadas por la Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO) y la Confederación de Trabajadores de México (CTM).*

*Informe del Comité de Libertad Sindical no.327. Caso no. 2121 (España), 2001. Queja contra el Gobierno de España presentada por la Unión General de Trabajadores en España.*

## **KK) ONTARIO COUNCIL OF AGENCIES SERVING IMMIGRANTS**

Berinstein, Caroline, 'Access Not Fear', *Non - Status Immigrants & City Services*, Preliminary Report, febrero de 2006.

## **LL) ONU**

Asamblea General, Reporte del Relator Especial de los Derechos Humanos de los Migrantes, Misión a los Estados Unidos de América, *Promoción y Protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/7/12/Add.2, 5 de Marzo de 2008, preparado por Jorge Bustamante.

## **MM) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**

International migration, health, and human rights, *Health and human rights publication series*, No. 4, 2003.

#### **NN) PEW HISPANIC CENTER**

*Modes of Entry for the Unauthorized Migrant Population*, Fact Sheet, 22 de mayo de 2006.

Passel, Jeffrey S., *The Size and Characteristics of the Unauthorized Migrant Population in the U.S. Estimates Based on the March 2005 Current Population Survey*, 2006.

Passel, Jeffrey S., Cohn, D’Vera, *Unauthorized Immigrant Population: National and State Trends, 2010*, Pew Hispanic Center, febrero de 2011.

Passel, Jeffrey S., Cohn, D’Vera, *U.S. Foreign-Born Population: How Much Change from 2009 to 2010?*, Pew Hispanic Center, 9 de enero de 2012.

#### **ÑÑ) PICUM**

*Basic Social Rights – France.*

*Basic Social Rights – Spain.*

*Basic Social Rights – United Kingdom.*

*Basic Social Rights – Germany.*

*Basic Social Rights – Italy.*

Favé, Elisa, Danese, Matteo, Social and Economic Conditions of Overseas Citizens without a permesso di soggiorno in Italy, en PICUM, (ed.), *Book of Solidarity*, Vol. II, Brussels: PICUM, 2003.

#### **OO) SOAVE STRATEGY GROUP**

*The impact of undocumented workers on the residential construction industry in the GTA*, Prepared for: Laborers’ International Union of North America (LIUNA), Toronto: SSG, 2006.

#### **PP) THE BIRMINGHAM NEWS**

Robinson, Carol, SPLC fights for right to marry for illegal immigrants, 17 de noviembre de 2011.

#### **QQ) THE BROOKINGS INSTITUTION**

Guiraudon, Virginie, *Immigration Policy in France*, Washington, D.C., January 1, 2002.

#### **RR) THE GLIDEWELL PANEL**

*The Asylum and Immigration Bill 1995: The Report of the Glidewell Panel*, 1996.

#### **SS) THE GLOBE AND MAIL**

Jimenez, M., 200,000 illegal immigrants toiling in Canada's underground economy, 15 de noviembre de 2003.

#### **TT) THE HENRY J. KAISER FAMILY FOUNDATION**

*Medicaid: A Primer*, Kaiser Commission on Medicaid and the Uninsured, August 1999;  
*Medicaid's Role for People with Aids*, Fact Sheet, 1996.

#### **UU) THE LAIDLAW FOUNDATION**

Omidvar R., Richmond T., Immigrant settlement and social inclusion in Canada, *Working Papers Series*, 2003.

#### **VV) THE NEW YORK TIMES**

Griffiee, Susannah L., Are Children of Illegal Immigrants Entitled to a Public Education?, 6 de octubre de 2011.

#### **WW) THE OFFICE OF CHILD SUPPORT ENFORCEMENT**

*The Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*.

#### **XX) THE URBAN INSTITUTE**

Capps, Randy, Fix, Michael, *Undocumented Immigrants: Myths and Reality*, The Urban Institute, 2005.

#### **YY) UNHCR**

*Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2010, Statistical Overview of Asylum Applications Lodged in Europe and non European Selected Countries*, Ginebra: UNHCR, 2011.

#### **ZZ) UK HOME OFFICE**

*Borders, Immigration and Identity Action Plan*, London: Home Office, 2006.

*Enforcing the rules: A strategy to ensure and enforce compliance with our immigration laws*, London: Home Office, 2007.

*Directorates' Instructions*, capítulo 1, sección 15.

Controlling our borders: Making migration work for Britain, the Government's five year strategy for asylum and immigration, *Press Notice (028/05)*, 7 February 2005.

#### **AAA) UK IMMIGRATION AND NATIONALITY DIRECTORATE (IND)**

*Asylum Statistics: United Kingdom*, London: Home Office, 2005.

**BBB) UK HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS**

*The economic and fiscal impact of immigration*, A Cross-Departmental Submission to the House of Lords Select Committee on Economic Affairs, Presented to Parliament, by the Secretary of State for the Home Department, by Command of Her Majesty, October 2007, Official Papers Cm 7237.

**CCC) UK NATIONAL HEALTH SERVICE**

*The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 2011*, de 21 de junio de 2011.

Financial Planning & Allocations Directorate, Department of Health, *Access to the NHS by foreign nationals – Government response to the consultation*, 18 de marzo de 2011.

**DDD) U.S. DEPARTMENT OF LABOR**

*FY 2000 Poultry Processing Compliance Report*, 2000.

Wage and Hour Division, *Fact Sheet #48: Application of U.S. Labor Laws to Immigrant Workers: Effect of Hoffman Plastics decision on laws enforced by the Wage and Hour Division* (2007).

*Census of Fatal Occupational Injuries Charts 1997-2010*.

**EEE) U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION**

*EEOC Reaffirms Commitment To Protecting Undocumented Workers From Discrimination* (2002).

**FFF) UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE (GAO)**

*Overstay Tracking: A Key Component of Homeland Security and a Layered Defense*, Report to the Chairman, Committee on the Judiciary, House of Representatives, mayo de 2004.

*Illegal Aliens. Extent of Welfare Benefits Received on Behalf of U.S. Citizen Children*, Report to Congressional Committees, GAO/HEHS-98-3, noviembre de 1997.

**GGG) U.S. CITIZENSHIP AND IMMIGRATION SERVICES (USCIS)**

*Legislation from 1790 – 1900*

*Legislation from 1901-1940*

*Legislation from 1941-1960*

*Legislation from 1961-1980*

*Legislation from 1981-1996*

*Employer Sanctions Final Orders*, 2005.

**HHH) U.S. DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY (USDHS)**

*Year Book of Immigration Statistics 2008*

Hoefler, Michael, *et al.*, U.S. Department of Homeland Security, *Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2010.*

*Year Book of Immigration Statistics 2010.*

### III) U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT

*Fiscal Year 2008 Annual Report, Protecting National Security and Upholding Public Safety.*

*Worksite enforcement cases*, August 2008.

*Worksite Enforcement*, 25 de noviembre de 2008.

*Immigration Enforcement Actions: 2010, Annual Report*, junio de 2011.

### JJJ) VIE PUBLIQUE

*La politique d'immigration (1974 - 2005). Chronologie: histoire de l'immigration en dates.*

## 4. Jurisprudencia

### A) CANADÁ

*Singh vs. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

*Cardinal vs. Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, 1987 1 S.C.R. 313.

*Andrews vs. Law Society of British Columbia*, [1989] 1S.C.R. 143.

*Chiarelli vs. Canadá (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711

*R. vs. Jacques*, 1996 3 S.C.R. 312 (1996).

*Pushpanathan vs. Canadá*, [1998] 1 S.C.R. 982.

*Baker vs. Canadá*, [1999] 2 S.C.R. 817

*Ahani vs. Canadá*, (2002) 58 O.R. (3d) 107 (C.A.)

*Suresh vs. Canadá*, [2002] 1 S.C.R.

*Law vs. Canadá (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

*Lavoie vs. Canadá*, [2002] 1 S.C.R. 769

*Khorasani vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 F.C.T. 936

*Mazuryk vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 F.C.T. 257

*M.A.O. vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 F.C. 1406

*Canadá (Minister of Citizenship and Immigration) vs. Obodzins*, 2003 F.C. 1080

*Chen vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 F.C. 1059

*Sieradzki vs. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 F.C.T. 225.

*Charkaoui (Re)*, 2004 F.C.A. 421

## **B) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Opinión Consultiva 18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (17 de septiembre).

## **C) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

*Request for Interpretation of the Judgment of 31 march 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals* (Mex. vs. USA), 2009 C.I.J. 3 (19 de enero) (voto discrepante del Juez Sepúlveda-Amor).

## **D) ESPAÑA**

TSJ Cataluña, Sentencia de 14 de mayo de 2002.

Tribunal Supremo, Sentencia de 18 de marzo de 2008.

## **E) ESTADOS UNIDOS**

*Yick Wo vs. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

*Wong Wing vs. United States*, 163 U.S. 228, (1896)

*Russian Volunteer Fleet vs. United States*, 282 U.S. 481 (1931)

*Wong Yang Sung vs. McGrath*, 339 U.S. 33, (1950)

*Shaughnessy vs. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953)

*Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

*Mathews vs. Diaz*, 426 U.S. 67, 77 (1976).

*Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202, 1982.

*Sure-Tan. vs. NLRB*, 467 U.S. 883 (1984).

*Patel vs. Quality Inn South*, 846 F.2d 700, (11th Cir. 1988)

*Del Rey Tortillería Inc. vs. NLRB*, 976 F.2d 1115 (7th Cir. 1992)

*NLRB vs. APRA Fuel Oil Buyers Group Inc.*, 28 F.3d 103 (2d Cir. 1994)

*Egbuna vs. Time-Life Libraries, Inc.*, 153 F.3d 184, 186-87 (4th Cir. 1998)

*Breard vs. Greene, Warden*, 523 U. S. 371, 375, 1998

*Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S. 137 (2002).

*Zeng Liu v. Donna Karan Int'l, Inc.*, 207 F. Supp. 2d 191, 192 (S.D.N.Y. 2002)

*Singh v. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Cal. 2002)

*Martinez vs. Mecca Farms, Inc.*, 213 F.R.D. 601, 603 (S.D. Flo. 2002).

*Flores vs. Nissen*, 213 F. Supp. 2d 871 (N.D.Ill. 2002).

*López vs. Superflex, Ltd.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 15538 (S.D.N.Y. August 21, 2002).  
*Ulloa v. Al's All Tree Service, Inc.* 2003 WL 22762710 (N.Y. Dist. Ct. 2003)  
*Majlinger vs. Casino Contracting Corp.*, 766 N.Y.S.2d 332 (N.Y. Sup. 2003).  
*Sanchez vs. Eagle Alloy*, 658 N.W.2d 510 (Ct. Apps. Mich. 2003).  
*Escobar vs. Spartan Security Service*, 281 F. Supp.2d 895 (S.D. Tex. 2003).  
*Morejon vs. Terry Hinge and Hardware*, 2003 WL 22482036 (Cal.App, 2 Dist. 2003).  
*Uribe vs. Aviles*, 2004 WL 2385135 (Cal. App. 2 Dist. 2004).  
*Rivera et al., vs. Nibco, Inc.*, 364 F.3d 1057 (9th Cir. 2004).  
*Sanango vs. 200 East 16th Street Housing Corporation*, 2004 N.Y. App. Div. LEXIS 15637 (2004).  
U.S. Supreme Court, *Order List: 544 U.S. Certiorari Denied* (March 7, 2005)  
*Sánchez-Llamas vs. Oregon*, 548 U. S. \_\_\_21, 2006  
*Medellin vs. Texas*, 552 U.S. \_\_\_1358, 2008

#### **F) FRANCIA**

*Prefecto de Seine-Saint-Denis v. Saida*, Decisión No. 272958, 30 de septiembre de 2005.  
*Prefecto de Val d'Oise Sayeto vs. De Souza*, Decisión No. 06VE02142, 20 de febrero de 2007.  
*M. Hmad X.*, Decisión No. 07MA04189, 08 de diciembre de 2008.  
*Zheng vs. Jefe de Policía* Decisión No. 318898, 10 de junio de 2009.  
Tribunal Supremo, *Caso Habip Herdem*, Decisión No. 09-80416, 16 de septiembre de 2009.  
Tribunal Supremo, Primera Sala de lo Civil, Decisión No. 08-21101, 10 de diciembre de 2009.  
Consejo de Estado, Sección de lo Contencioso, Decisión No. 301640, 7 de abril de 2010.  
Corte de Apelación de Metz, Decisión No. 11/00132, 11 de mayo de 2011.  
Corte de Apelación de París, Decisión No. 11/02110, 13 de mayo de 2011.  
Tribunal Supremo francés, Decisión No. 11/00001, 22 de junio de 2011.

#### **G) ITALIA**

Tribunale di Milano, decisión de 29 April 2011.

#### **H) REINO UNIDO**

*Gyeabour (Domfeh)*, 1989, Imm AR 94.  
*Yassin vs. Secretary of the State for the Home Department*, 1990, Imm AR 354, p. 359.

*R. vs. IAT*, ex p Akhtar, 1993, Imm AR 424.

*Sabir*, 1993, Imm AR 477.

*R. vs. S of S, ex Ofori*, 1995, Imm AR 34.

*R. vs. Secretary of the State for the Home Department* es p Kuteesa, 1997, Imm AR 194.

*R. vs. Secretary of the State for the Home Department ex p Saadi and Others*, 2002, UKHL 41.

*R. vs. Bei Bei Wang*, 2005, EWCA Crim 293.

*Yilmaz vs. Secretary of the State for the Home Department*, 2005, EWHC, 1068 Admin.

## **D) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

*Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, Sentencia C-61/11 PPU, de 28 de abril de 2011.

## **5. Normativa**

### **A) ALEMANIA**

Constitución Alemana, 1949

Ausländergesetz, 1965

Ley de Promoción del Empleo, 1972

Ausländergesetz, 9 de julio de 1990

Ley de Residencia alemana (*Aufenthaltsgesetz*), aprobada el 25 de febrero de 2008 y enmendada por el artículo 4.5 de la Ley del 30 de julio de 2009

### **B) CANADÁ**

Immigration Act, 1869

Chinese Immigration Act, 1885

Alien Labour Act, 1897

Immigration Act, 1906

Immigration Act, 1910

Immigration Act, 1919

Order in Council, 1923

Chinese Immigration Act, 1923

Order in Council, 1931

Immigration Act, 1952

Order in Council 1967

Immigration Act, 1976

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982.

Canada Labour Code (R.S.C., 1985, c. L-2)

Refugee Reform Act, 1989



Bill C-86, 1993

### **C) ESPAÑA**

Real Decreto de 17 de noviembre de 1852

Real Decreto No. 1119/1986 por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero

Acuerdo entre España y Marruecos, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 y publicado en el BOE del 25 de abril y 30 de mayo de 1992.

Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esta domiciliado en el extranjero (BOE no. 21 de 25/1/1995, p. 2316-2317).

Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia (BOE no. 41 de 17/2/2006, p. 6330-6338).

### **D) ESTADOS UNIDOS**

Chinese Exclusion Act, 1882

Act of February 26, 1885

Act of October 19, 1888

Immigration Act of March 3, 1891

Act of March 3, 1893

Act of April 29, 1902

Act of April 27, 1904

Immigration Act of February 20, 1907

Immigration Act of February 5, 1917

Quota Law of May 19, 1921

Immigration Act of May 26, 1924

Act of May 28, 1924

Act of March 4, 1929

Registry Act, 1929

National Labor Relations Act, 1935

Fair Labor Standards Act, 1938

Alien Registration Act of June 28, 1940

Act of April 29, 1943

Act of February 14, 1944

Immigration and Nationality Act, 1952

Act of March 20, 1952

Act of October 24, 1962  
Agricultural Act of October 31, 1949  
Act of July 12, 1951  
Act of December 13, 1963  
Título VII de la Civil Rights Act, 1964  
Age Discrimination in Employment Act, 1967  
Act of March 3, 1975  
Act of October 20, 1976  
Act of November 2, 1978  
Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act, 1983  
Immigration Reform and Control Act, 1986  
Americans with Disabilities Act, 1990  
Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, 1996  
Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, 1996  
Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act, 1996  
United States Code (USC)

**E) ITALIA**

Ley 773 de 1931 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza)  
Ley 125, de 1 de junio de 1949  
Ley No. 158, de 10 abril de 1981  
Ley 943/1986, de 30 de diciembre  
Ley 39/1990, de 28 de febrero, (Ley Martinelli)  
Decreto Ley 489/1995, de 18 de noviembre (Decreto Dini)  
Ley 40/1998, de 6 de marzo (Ley Turco-Napolitano)  
Texto refundido de las disposiciones que regulan la inmigración y la situación de los extranjeros -Decreto Legislativo 286/1998

**F) FRANCIA**

Ley del 22 de marzo, 1849  
Ley de Nacionalidad, 1889  
Constitución Francesa, de 4 de octubre de 1958 (texto resultante de acuerdo con la ley constitucional de 23 de julio de 2008)  
Circular Marcellin, 24 de enero de 1972  
Circular Fontanet, 23 de febrero de 1972  
Circular 11-74, 9 de julio de 1974  
Circular 17-74, 9 de agosto de 1974  
Circular 22-74, 27 de diciembre de 1974

Circular 19-75, 2 de febrero de 1975  
Ley Bonnet, 10 enero de 1980  
Ley 81-941, 17 de octubre de 1981  
Ley de 29 de octubre de 1981  
Circular del 11 de agosto de 1981  
Ley 86-1025, 9 de septiembre, de 1986  
Ley de 13 de enero, 1989  
Ley de 10 de julio, 1989  
Ley de 31 de diciembre, 1991  
Circular del Ministerio de Educación Nacional de 16 junio de 1984 y 6 de junio de 1991.  
Ley 93-933, 22 de julio de 1993 (Ley Méhaignerie)  
Ley 93-1027, 24 agosto de 1993 (Ley Pasqua 1)  
Ley 93-1417, 30 de diciembre de 1993 (Ley Pasqua 2)  
Circular de 5 de junio de 1996  
Circular de 13 de junio de 1996  
Ley 97-396, de 24 de abril de 1997 (Ley Debré)  
Circular de 24 de junio de 1997 (Circular Chevènement)  
Código de l'action sociale et des familles, 2000.  
Código de la Entrada y Residencia de Extranjeros y el Derecho de Asilo, 2004.  
Ley No. 2006-911 de 24 de julio de 2006  
Acta No. 2006-911 de 24 de julio de 2006  
Decreto No. 2007-1890, de 26 de diciembre de 2007, Creación de la base de datos ELOI.  
Ley No. 2008-496 del 27 de mayo de 2008  
Ley No. 2010-1657 del 29 de diciembre de 2010  
Decreto No. 2011-1693 de 30 de noviembre de 2011  
Ley No. 2011-672, de 16 de junio de 2011  
Decreto No. 2011-820, de 8 de julio de 2011

## **G) REINO UNIDO**

Aliens Act, 1848  
Aliens Act, 1905  
Aliens Restriction Act, 1914  
Aliens Restriction Act, 1919  
Aliens Order, 1920  
Coloured Alien Seamen Order, 1925  
British Nationality Act, 1948  
Commonwealth Immigrants Act, 1962  
Commonwealth Immigrants Act, 1968

Immigration Act, 1971  
British Nationality Act, 1981  
Immigration (Carriers' Liability) Act, 1987  
Immigration Act, 1988  
Asylum and Immigration Appeals Act, 1993  
Asylum and Immigration Act, 1996  
Education and Skills Act 2008.

#### **H) OIT**

Declaración de 1998 de la OIT, sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo

#### **I) SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, 1952.

#### **J) UNIÓN EUROPEA**

Reglamento (CEE) no.1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

(CE) No. 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000.

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, p. 98).