

Jordi Bonet Pérez

# Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes

*Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*

Universidad de  
Deusto

• • • • •

**Instituto de  
Derechos Humanos**

# Derechos Humanos



# **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**



# **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**

## **Núm. 22**

La políticas migratorias y la protección  
internacional de los derechos y libertades  
de los inmigrantes

Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento  
jurídico español

**Jordi Bonet Pérez**

Bilbao  
Universidad de Deusto  
2003

**Consejo de Dirección:**

Jaime Oraá

Xabier Etxeberria

Felipe Gómez

Eduardo Ruiz Vieytez

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto  
Apartado 1 - 48080 Bilbao

ISBN: 978-84-9830-572-2

## Indice

---

I. Introducción . . . . .	9
II. La evolución de la tutela de los derechos y libertades del extranjero . . . . .	13
III. La tutela de los derechos y libertades del extranjero en el marco universal de la protección internacional de los derechos humanos. . . . .	25
1. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos . . . . .	25
2. El régimen jurídico universal de la protección de los derechos de los trabajadores migratorios . . . . .	34
IV. La protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional europeo: la acción normativa del Consejo de Europa . . . . .	43
1. El Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. . . . .	44
2. El estatuto jurídico de los trabajadores migrantes . . . . .	53
V. La incidencia de la reglamentación jurídica internacional de los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español: la configuración constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España . . . . .	61
VI. La incidencia de la reglamentación jurídica internacional de los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español: la reglamentación básica del régimen jurídico español de extranjería . . . . .	73
1. Los derechos civiles y políticos . . . . .	77
2. Los derechos económicos, sociales y culturales . . . . .	86

VII. Perspectivas de evolución de las políticas nacionales e internacionales en materia de inmigración: el ejemplo de la Unión Europea y sus Estados Miembros . . . . .	93
VIII. Consideraciones finales . . . . .	115

I

## Introducción

La persistencia en los albores del siglo xxi de importantes flujos migratorios a escala mundial, motivados por una pluralidad de factores —políticos, sociales y económicos, entre otros—, hace que un comportamiento humano y socialmente tan habitual como ha sido la inmigración a lo largo de la evolución histórica de la Humanidad sea interpretado —en particular, por el interés que a ese respecto manifiestan básicamente buena parte de los Estados receptores— como un fenómeno que constituye un asunto de interés, y también de preocupación, para el conjunto de la Sociedad internacional contemporánea; sobre esta base, es perceptible cómo los hipotéticos problemas derivados de la dinámica migratoria pueden ser un condicionante más de la evolución de las relaciones internacionales.

La inmigración, así pues, como fenómeno humano y social, se encuentra presente en una formación social en la que los Estados son hoy, todavía, los principales actores; ello significa, por consiguiente, que la jurisdicción de las autoridades estatales sobre el espacio físico que constituye su territorio —no en vano, el Estado es esencialmente un ente de naturaleza territorial—, así como el control ejercido sobre las fronteras y sobre las actividades desarrolladas por las personas que se encuentran dentro de los límites que las mismas conforman, son aspectos muy relevantes para encuadrar el hecho migratorio. La soberanía estatal sigue constituyendo un atributo esencial del Estado en el seno de una Sociedad internacional contemporánea heterogénea, compleja y descentralizada.

En estos términos, no parece ilógico que, entre otras exigencias, la inmigración haya planteado en el marco de la Sociedad internacional contemporánea la necesidad de lograr un justo equilibrio entre, por una parte, los derechos y libertades de aquellas personas que por uno

u otro motivo pretenden desplazarse desde su Estado de origen a otro Estado y establecerse temporal o permanentemente en él, y, por otra parte, la soberanía estatal para determinar las directrices y contenido de su política migratoria. De este modo, a pesar de la autonomía estatal para determinar, según criterios más o menos restrictivos, el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio, se ha ido consolidando internacionalmente una tendencia a la restricción de la tradicional libertad estatal respecto al trato jurídico que debe dispensar a los extranjeros que se encuentran en su territorio, o bien que pretenden entrar o salir del mismo.

La adecuada ponderación de los intereses en presencia que comporta la asunción de la necesidad de hallar este justo equilibrio se desplaza, desde esta perspectiva, al ámbito jurídico internacional.

El ordenamiento jurídico internacional ha ido paulatinamente introduciendo algunos límites al libre ejercicio por parte del Estado de su política migratoria, y, en particular, aquellos derivados de la progresiva afirmación en el Derecho internacional público del extranjero como titular de ciertos derechos y libertades, que le son reconocidos, tanto genéricamente —en cuanto que ser humano, provisto como cualquier otro individuo e independientemente de su nacionalidad de una dignidad indisponible por parte del Estado—, como específicamente —en tanto que ser humano que se encuentra en una situación de especial desprotección derivada de su condición de persona de nacionalidad distinta a la del Estado en cuyo territorio pretende entrar y, en su caso, de haberlo hecho ya, permanecer—, sea por razones políticas —por ejemplo, el temor fundado a ser perseguido por las autoridades del Estado del que se es nacional debido a las propias ideas—, o bien, sea por motivos de pura conveniencia o interés personales —de índole económico, formativo o de cualquier otra naturaleza—.

De este modo, pues, el desarrollo de normas jurídicas internacionales destinadas a proteger los derechos humanos —enmarcadas, especial pero no exclusivamente, dentro del denominado *Derecho internacional de los derechos humanos*— implica que, dentro de la toma de conciencia por parte de la Sociedad internacional contemporánea y de los Estados que la integran de la necesidad de garantizar internacionalmente un mínimo estándar de derechos y libertades al conjunto de los seres humanos, se contemple la tutela de los derechos y libertades de aquellos individuos partícipes de los procesos migratorios.

Junto a ello, la creciente percepción de la inmigración como una dinámica transfronteriza de flujos humanos susceptible de generar problemas socio-políticos en las sociedades de acogida ha acrecentado la

articulación de ámbitos de cooperación internacional para la gestión de los flujos migratorios; ello, sin ignorar, primero, que las tendencias básicas que animan en los últimos años esta cooperación internacional vengan orientados por las tendencias restrictivas que muestran algunos de los Estados constituidos en destino preferente de los flujos migratorios debido a su alto nivel de desarrollo, y, segundo, que esta cooperación internacional puede adquirir una dimensión tanto horizontal —entre Estados preferentes de destino para coordinar sus políticas migratorias—, como vertical —entre Estados de destino y Estados de origen de los flujos migratorios—. Es evidente, por otra parte, que el respeto de los derechos y libertades de los migrantes ha de ser, en teoría, una de las consignas fundamentales de la cooperación internacional en la materia.

El objeto de este estudio no pretende abordar todos los aspectos jurídicos internacionales que comportan los flujos migratorios; el mismo se centra en el análisis del régimen jurídico internacional aplicable a la protección de los derechos humanos de las personas que desean entrar o se encuentran en un Estado del que no son nacionales, en la medida en que éste es aplicable a un grupo humano tan específico y vulnerable como son los extranjeros, así como la influencia de las normas jurídicas internacionales que delimitan ese estándar jurídico en la configuración del régimen jurídico español de extranjería.

Este planteamiento adquiere una particular significación si se examina el caso español, debido a las modificaciones en esta materia introducidas en los últimos años en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que vino a derogar la antigua Ley Orgánica 7/1985, así como su posterior y polémica revisión durante el mismo año 2000, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; en el contexto de la evolución de la normativa jurídica española en la materia, resulta muy interesante y revelador introducir como vector valorativo, entre otros, el de la adecuación de la misma a los estándares jurídicos internacionales existentes.

Igualmente, es interesante también el caso español en la medida en que España, como Estado Miembro de la Unión Europea, ha de contribuir al desarrollo y aplicación efectiva de las normas jurídicas que puedan adoptarse en el marco del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea, introducido tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, y mediante el cual se estipula la construcción de políticas comunes en materias tales como los visados, el asilo y la inmigración.

A los efectos de desarrollar el objeto anteriormente descrito, se propone el examen de los aspectos siguientes:

- primero, la evolución de la tutela de los derechos y libertades de los extranjeros —lo que permitirá contemplar su incardinación a la protección internacional de los derechos humanos—;
- segundo, las directrices generales que perfilan la tutela de los derechos y libertades del extranjero en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, tanto desde una óptica universal como regional europea —centrada en la acción normativa del Consejo de Europa—, que se examinarán por separado;
- tercero, la incidencia de esa reglamentación jurídica internacional en el ordenamiento jurídico español en materia de extranjería, analizando, también de modo diferenciado, entre aquellos aspectos relativos a la configuración constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España, y aquellos relacionados con la reglamentación básica del régimen jurídico de extranjería español; y,
- finalmente, realizando una introspección valorativa sobre las perspectivas de evolución de las políticas nacionales e internacionales en materia de inmigración y su interacción con las normas jurídicas internacionales que tutelan los derechos y libertades de los extranjeros —cuestión que se focalizará, básicamente, en el ejemplo que a este respecto perfila la Unión Europea—.

## II.

# La evolución de la tutela de los derechos y libertades del extranjero

A la par de la expansión del capitalismo —durante el siglo XIX y principios del siglo XX—, así como del incremento subsiguiente del comercio internacional y de las relaciones económicas transnacionales, la práctica internacional fue extendiendo la percepción de que todo Estado estaba obligado a otorgar un mínimo trato humano a los extranjeros residentes en su territorio; propiciando la cristalización de una norma de *Derecho internacional general*, por la cual todo Estado se comprometía a respetar y a garantizar a los extranjeros que se encontrasen dentro de su territorio un mínimo catálogo de derechos y libertades, y, en consecuencia, de asegurar a este colectivo un *estándar mínimo* de trato humano.

El modo en que los extranjeros debían ser tratados por cualquier Estado receptor empezaba, en consecuencia, a desvincularse de la simple liberalidad de las autoridades estatales respecto a una persona o grupo de personas incluidas dentro de este colectivo, a partir de la aparición de obligaciones jurídicas internacionales que condicionaban la actuación del Estado<sup>1</sup>.

El incumplimiento de una obligación jurídica internacional relativa a la tutela efectiva de este estándar mínimo, en cuanto que generaba la producción de un hecho ilícito internacional atribuible a las autoridades estatales, comprometía la responsabilidad internacional del Estado,

---

<sup>1</sup> Como indica BORCHARD, la garantía a los extranjeros de un mínimo de derechos necesarios es, a su vez, una forma de control de la posible actuación arbitraria del Estado en relación con los extranjeros que residen en su territorio (BORCHARD, E.M.; *The diplomatic protection of citizens abroad*. Klaus Reprint Co., New York, 1970, p. 391).

propiciando asimismo la intervención del Estado cuyos nacionales habían presuntamente visto lesionados sus derechos e intereses legítimos por la conducta del Estado infractor; la finalidad de esta actuación, realizada por el Estado en el ejercicio de su soberanía, se dirigía básicamente a lograr el cese de la conducta estatal lesiva y a exigir la correspondiente reparación —sin perjuicio de que la actuación pudiese adquirir incluso un perfil preventivo—. La acción del Estado en favor de sus nacionales en el extranjero, a los efectos descritos, se ha venido articulando en un primer estadio temporal a través de la reclamación por la vía diplomática ante el Estado presuntamente responsable de la conducta lesiva —mediante la institución conocida como *protección diplomática*—, aunque sin que se haya descartado en distintas ocasiones el empleo unilateral de la fuerza para proteger los derechos e intereses de los propios nacionales en el extranjero<sup>2</sup>.

En relación con estas modalidades de acción protectora, deben tomarse en consideración los siguientes aspectos:

Primero, que la progresiva tendencia a la limitación del uso de la fuerza como instrumento de las relaciones internacionales de los Estados —que precisamente tuvo uno de sus primeros logros con la adopción de la Convención II de La Haya relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de Deudas Contractuales, de 18 de octubre de 1907<sup>3</sup>—, y que culminara después de la II Guerra Mundial con la cristalización del principio de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza como uno de los principios constitucionales del Derecho internacional público contemporáneo, influyó, junto a la propia naturaleza de la institución, en que la protección diplomática fuera adquiriendo una mayor presencia y relevancia<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A este respecto, cabe indicar la abusiva «excesiva facilidad», tal y como la califica BARBERIS, con que los Estados europeos recurrían a la fuerza armada para garantizar el pago de compensaciones en concepto de reparación por los Estados de América Latina (BARBERIS, J.A.; «Una reflexión sobre el artículo 1, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en: *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*. Volumen I, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 78; en idéntico sentido, SEFERIADES, S.; «Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 51, 1931, I, pp. 27-29), lo que, en suma, abundaría en la impresión de que este tipo de acción constituía un instrumento privativo de los Estados más poderosos frente a otros Estados, como los de América Latina, de menor potencial socio-económico y militar (DUNN, F.S.; *The protection of nationals*. Klaus Reprint Co., New York, 1970, p. 55).

<sup>3</sup> Disponible en: VÁZQUEZ SEARA, M.; *Del Congreso de Viena a la paz de Westfalia*. Universidad Autónoma de México, México, 1969, p. 319.

<sup>4</sup> DIEZ DE VELASCO precisa que «eliminadas la intervención armada, la ocupación permanente o las demostraciones de fuerza [como fórmula para proteger los dere-

Segundo, que la propia protección diplomática ha ido cediendo de modo paulatino protagonismo como sistema clásico y tradicional a través del cual vehicular las reclamaciones de los extranjeros cuando sus derechos e intereses son o han sido lesionados por un Estado distinto al de su nacionalidad, a partir de los cambios experimentados en el Derecho internacional público contemporáneo: si se trata esencialmente de reclamar por la vulneración de derechos civiles y políticos del individuo, los mecanismos de garantía internacional de los derechos humanos, establecidos por lo general a través de tratados internacionales, ofrecen una vía de reclamación, en especial, si prevén sistemas de presentación de denuncias contra los Estados, sea por los demás Estados Partes o por los propios particulares<sup>5</sup>; si se trata de cuestiones básicamente relacionadas con los bienes o las inversiones efectuadas por el extranjero, sea persona física o jurídica, existen mecanismos internacionales más ágiles como, entre otros, los destinados a la garantía de las inversiones, creados a través de tratados internacionales de carácter bilateral o multilateral<sup>6</sup>, o bien dirigidos a instituir e implementar meca-

---

chos e intereses de los propios nacionales en el extranjero], la institución de la protección diplomática quedó situada en un plano menos abiertamente conflictivo» (DÍEZ DE VELASCO, M.; «Reflexiones sobre la protección diplomática», en: *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al profesor Don Antonio Truyol Serra*. Centro de Estudios Constitucionales/Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, p. 382).

No obstante, dentro de la práctica unilateral de la intervención humanitaria, seguida por ciertos Estados con posterioridad a la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, y a pesar de la cristalización de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza como principio constitucional del Derecho internacional público —la legitimidad de esta práctica, lo que se indica a simple título informativo, es objeto de debate doctrinal—, se ha seguido justificando en algunas ocasiones la acción armada emprendida sobre la base de la protección de los propios nacionales —por ejemplo, la intervención de los Estados Unidos de América en la isla de Granada, en 1983— (VARGAS, E.; «Humanitarian intervention», en: UNITED NATIONS; *International Law on the Eve of the Twenty-first Century —Views from the International Law Commission—*. United Nations Publications, New York, 1997, p. 353).

<sup>5</sup> Es importante apuntar la importancia de aquellos sistemas que prevén una jurisdicción internacional, con un órgano judicial facultado para dictar sentencias de carácter declarativo pero obligatorio, puesto que, en caso de que el Estado no pueda reparar o lo haga imperfectamente la lesión de derechos apreciada, el propio tribunal internacional fijará una satisfacción equitativa; un sistema de esta naturaleza es el previsto en el *Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950 (BOE, 243, de 10 de octubre de 1979 y BOE, 152, 26 de junio de 1998).

<sup>6</sup> Por ejemplo, el previsto en el *Convenio de Seúl, de 11 de octubre de 1985, por el que se crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones* (BOE, 167, de 14 de julio de 1995).

nismos para la solución de diferencias, de naturaleza mixta, entre Estados e inversores extranjeros —como, por ejemplo, el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI)<sup>7</sup>—.

Y, tercero, que la propia dinámica de la protección diplomática ha comportado la necesidad de que, en determinados supuestos, los Estados hayan resuelto sus controversias a través de medios jurisdiccionales. Ello ha dado lugar desde hace mucho tiempo a una práctica jurisdiccional —sea a través del Tribunal Internacional de Justicia o de órganos jurisdiccionales arbitrales (tribunales arbitrales o comisiones mixtas)—, en la que se refleja claramente la convicción de la existencia una regla jurídica que vincula a los Estados al respeto de ese estándar mínimo de trato humano a los extranjeros<sup>8</sup>; de esta misma práctica jurisdiccional se infiere, asimismo, que este estándar mínimo es exigible en virtud de normas de Derecho internacional público —es un estatuto privilegiado, por consiguiente, creado en el marco del ordenamiento jurídico internacional— y que, en consecuencia, no parte necesariamente su afirmación de la necesidad de garantizar la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros<sup>9</sup>.

---

Además, España ha ido configurando desde 1988 una red de tratados bilaterales con múltiples Estados para la promoción y la protección recíproca de inversiones (los denominados *APPRI*s); en concreto, a 17 de octubre de 2002, se encontraban en vigor, según la Dirección General de Comercio e Inversiones, 46 APPRI (información disponible en: <http://www.mcx.es/polco/default.htm>, 12/11/02).

<sup>7</sup> Creado a través de la *Convención sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, adoptada en Washington en (BOE, 219, de 13 de septiembre de 1994); ello, sin perjuicio de que puede también acudir a mecanismos de protección internacional de derechos humanos, en tanto en cuanto el derecho a la propiedad sea reconocido convencionalmente como tal, como sucede, por ejemplo, en relación con el ya mencionado *Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, cuyo *Protocolo Adicional Primero*, de 20 de marzo de 1952, reconoce en su artículo 1 el derecho a la propiedad (BOE, 11, de 12 de enero de 1991).

<sup>8</sup> Así, la Comisión General de Reclamaciones (*General Commission Claims*), entre México y Estados Unidos de América, vino a indicar que dicho estándar mínimo era exigido por el Derecho internacional (*Daniel Dillon [USA] v. United Mexican States*, Decision on October 3, 1928, en: UNITED NATIONS; *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. IV, p. 369), y que la actuación contraría al mismo constituía una actuación inapropiada a los estándares de las naciones civilizadas (*Oscar C. Franke [USA] v. United Mexican States*, Decision on October 8, 1930, en: UNITED NATIONS; *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. IV, p. 603).

<sup>9</sup> De este modo, de la aplicación de este estándar mínimo podría resultar que los extranjeros recibiesen un trato privilegiado respecto a los nacionales del Estado —pudiendo gozar de derechos que los Estados no reconocen a éstos—, como podría resultar lo contrario, dependiendo de la amplitud del catálogo de derechos y libertades reconocido por el ordenamiento jurídico interno del Estado a sus nacionales (*George W. Hop-*

Aun a pesar de las implicaciones que puedan desprenderse de las anteriores afirmaciones, parece evidente que el problema esencial planteado por este estándar mínimo internacional es la delimitación de su objeto: la determinación del catálogo de derechos y libertades que comprende este trato mínimo que toda persona de nacionalidad extranjera debería recibir.

Aun cuando, ciertamente, el mismo no parece haber sido determinado de modo riguroso<sup>10</sup> —ni, por supuesto, ha sido objeto de codificación a través de un tratado internacional—, es posible extraer conclusiones de la propia práctica internacional y entender que forman parte del mismo<sup>11</sup>: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y, por tanto, de su capacidad jurídica para actuar en el ámbito privado; el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; una amplia esfera de libertades individuales que le protegerían de la detención arbitraria, de las intromisiones ilegítimas tanto en su intimidad como en su domicilio y en sus comunicaciones, así como la libertad de conciencia y religión; el derecho a la propiedad privada y a la realización de actividades económicas; el derecho a la protección administrativa contra actos lesivos; así como el derecho de acceso a la justicia<sup>12</sup>.

Puede comprobarse cómo se excluyen básicamente de este catálogo aquellos derechos y libertades dirigidos a que el individuo pueda integrarse en la vida comunitaria mediante la participación política, pero no aquellos que tienden a garantizar la dignidad individual del ser humano; asimismo es perceptible cómo, en concordancia con el derecho soberano del Estado de determinar libremente su política migratoria, no forma parte de este catálogo el derecho del extranjero a entrar y a permanecer en un Estado, si bien de la práctica se infiere igualmente que la actuación del Estado en materia de policía migratoria —por ejemplo, al aplicar las disposiciones sobre expulsión de extranje-

---

*kins [USA] v United Mexican States*, Decision on March 31, 1926, en UNITED NATIONS; *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. IV, p. 47); aun cuando en la práctica de los Estados de América Latina se aprecia una tendencia a esta equiparación (BARBERIS, J.A.; *Op. cit.*, p. 79).

<sup>10</sup> Kiss, A.Ch.; «La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées en droit international public», en: René Cassin. *Amicorum discipulorumque liber*. Volumen III, Pedone Paris, 1971, p. 219.

<sup>11</sup> VON VERDROSS, A.; «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 37, 1931, III, p. 353 y ss.

<sup>12</sup> Como garantía de su condición jurídica de extranjero frente a las posibles interferencias ilegítimas del Estado en su estándar mínimo (DE VISSCHER, Ch.; «Le déni de justice en droit international». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 52, 1935, II, p. 374).

ros— no debe ser arbitraria y, por supuesto, respetar el conjunto de los derechos y libertades que conforman el citado estándar mínimo<sup>13</sup>.

Con anterioridad a la II Guerra Mundial, el régimen jurídico internacional dirigido a proteger los derechos y libertades de los extranjeros fue evolucionado bajo un doble impulso: de un lado, a través de tratados internacionales multilaterales y, sobre todo, bilaterales<sup>14</sup>, en los que se tiende a privilegiar recíprocamente a los nacionales de los Estados Partes que pretenden desplazarse o residen en otro Estado Parte, mediante *cláusulas* como la de *nación más favorecida* —extendiendo el trato más favorable que fuera otorgado a los nacionales de un tercer Estado por cualquiera de los Estados que pactaron dicha cláusula<sup>15</sup>—, o la de *trato nacional* —por la cual los Estados se comprometen a la equiparación de trato entre los extranjeros de los demás Estados Partes y los nacionales<sup>16</sup>—; y, de otro lado, a la creciente preocupación de los

---

<sup>13</sup> En este sentido resulta ilustrativo el *asunto Chevreau*, en el cual el árbitro internacional consideró que, la falta de investigación suficiente para averiguar si las sospechas existentes respecto al Sr. Chevreau eran fundadas —investigación que hubiese demostrado precisamente la ausencia de base para acusarle de espía—, comportaba que la prolongación de la detención del Sr. Chevreau y su posterior deportación fuesen actos contrarios a derecho y una razón suficiente para justificar y sustentar una reclamación internacional (*Affaire Chevreau [France contre Royaume-Uni]*, Arrêt du 9 juin 1931, en: NATIONS UNIES; *Recueil des Sentences Arbitrales*. Volumen II, pp. 1115-1143).

<sup>14</sup> Sobre las tipologías de tratados internacionales adoptados durante este período en relación con los derechos e intereses de los extranjeros, por ejemplo: CAFLISH, L.; *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en Droit international public*. M. Nijhoff, La Haye, 1969, p. 26; VARLEZ, L.; «Les migrations internationales et leur réglementation», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 20, 1927, V, pp. 317-319.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en el artículo 8 del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad entre España y Argentina, de 21 de septiembre de 1863, se lee que los súbditos de ambos Estados podrán recíprocamente en el otro Estado «ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos en vida o por muerte, y suceder en los mismos por testamento y abintestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usaren los de la nación más favorecida» (*Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi*. XXIII, 29542, pp. 1196-1198).

<sup>16</sup> Por ejemplo, en el artículo 3 del Convenio entre España e Italia por el que se fijan los derechos civiles de los súbditos respectivos y las atribuciones de los Agentes Consulares de ambos Estados, de 21 de julio de 1867, se establece que los súbditos de ambos Estados gozarán en el otro Estado de «los mismos derechos civiles y privilegios que se conceden o concedieren a los nacionales, pero siempre con sujeción a las leyes del país» (*Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi*. XXIII, 29543, pp. 1198-1210); ello no implica necesariamente la libertad para entrar y residir en territorio del otro Estado, ya que esta posibilidad se suele condicionar a la reciprocidad o a la sujeción a las leyes del otro Estado.

Estados ante determinadas situaciones de hecho en las que, por motivos humanitarios, se cree preciso instaurar un régimen jurídico internacional especial que proteja a ciertas categorías de personas que pretenden entrar o se encuentran en un Estado del que no son nacionales —como los apátridas o los refugiados<sup>17</sup>—.

En las directrices de esta evolución, además de observarse la creciente predisposición de los Estados a introducir cuestiones relacionadas con las migraciones en el marco incipiente de la cooperación internacional formalizada a través de instrumentos convencionales, se encuentran implícitas dos líneas programáticas determinantes del modo en que *a posteriori* el Derecho internacional público se aproximará a la reglamentación de los derechos y libertades de los extranjeros:

- la incardinación de la tutela de sus derechos y libertades con los avances derivados de la progresiva humanización del Derecho internacional público, el cual desembocará en la aparición de normas jurídicas internacionales destinadas a proteger los derechos humanos —el *Derecho internacional de los derechos humanos*—, inspiradas en un valor emergente en la Sociedad internacional como es el del respeto a la dignidad humana; y,
- la introducción para el desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos, de conformidad con la propia noción de dignidad humana, de la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros como uno de sus vectores fundamentales.

Estos principios y valores se plasmarán en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración Universal)*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la cual, concebida según su Preámbulo como «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse», ha sido punto de referencia programático indispensable en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>18</sup>.

---

En otro orden de cosas, este tratado internacional hispano-italiano es paradigma de una práctica convencional interestatal que consolida asimismo el derecho del extranjero a solicitar la protección de los agentes consulares del Estado del que es nacional.

<sup>17</sup> En el supuesto de los refugiados, este interés se suscita durante las primeras décadas del siglo xx debido a los flujos de refugiados armenios y rusos —en este caso, tras la revolución rusa y la subsiguiente guerra civil—; sin perjuicio de tener presente la práctica existente en torno a la institución del asilo, territorial y diplomático.

<sup>18</sup> Sin perjuicio del papel que puedan haber desempeñado también la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), en el desarrollo del sistema americano de protección de los derechos humanos, o la Declaración de El Cairo sobre los derechos

La Declaración Universal pretende, ante la ausencia de un catálogo de derechos y libertades fundamentales en la Carta de las Naciones Unidas<sup>19</sup> —tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)<sup>20</sup>—, precisar el contenido jurídico del compromiso activo asumido por esta Organización y los Estados Miembros respecto a la protección universal de los derechos y libertades del ser humano, el cual es perceptible: primero, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el cual se reafirma la «fe en los derechos fundamentales del hombre»; segundo, en la presencia entre los propósitos fundamentales de la Organización «[d]el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos» —artículo 1,3 de la Carta de las Naciones Unidas—; y, tercero, en el establecimiento de una obligación jurídicamente vinculante para todos los Estados Miembros de cooperar con la Organización para garantizar su respeto universal —artículos 55 c) y 56 de la misma—.

El examen de las directrices programáticas de la Declaración Universal puede ofrecer una idea bastante aproximada de la política jurídica de la Organización —y, por ende, de la Sociedad internacional— respecto de los derechos y libertades de los extranjeros.

Si, como se desprende del propio Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el valor esencial que preside sus disposiciones es el del respeto a la dignidad de la persona humana, que se proyecta en unos «derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», no parece descabellado pensar que el ideal común programático enunciado se fundamente en el *principio de igualdad* en materia de derechos y libertades *entre todos los hombres*, tal y como se desprende de su artículo 1, en el que se afirma que «[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

Ello podría dar a entender que la Declaración Universal se inclina por promover la igualdad de derechos y de trato entre nacionales y extranjeros.

---

humanos en el Islam (1990), en el desarrollo del sistema regional auspiciado a través de la adopción de la Carta Árabe de los Derechos Humanos (1994).

<sup>19</sup> Las propuestas a este respecto, procedentes sobre todo de Estados latinoamericanos, «encontraron el más absoluto rechazo por parte, fundamentalmente, de las Grandes Potencias presentes en [la Conferencia de] San Francisco» (GÓMEZ ISA, F.; «La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido», en: INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE DEUSTO; *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Un estudio interdisciplinar*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 27).

<sup>20</sup> BOE, 282, de 25 de noviembre de 1974.

Esta impresión parece, además, venir corroborada por algunas de las disposiciones declarativas insertadas en la misma: en primer lugar, por la previsión de una *cláusula de no discriminación* enunciada en el artículo 2, 1 de la Declaración Universal, por la cual toda persona «tiene todos los derechos y libertades proclamados», 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>21</sup>».

En segundo lugar, por la inclusión en el artículo 7 de los *derechos a la igualdad ante la ley y a la protección igual de la ley*, sin distinción, incluida la protección igual «contra toda discriminación que infrinja esta Declaración Universal y contra toda provocación a tal discriminación»; ello implica, de un lado, la igualdad formal de todo individuo ante todas las leyes de un Estado y a la protección que éstas otorgan —que no *per se* la prohibición de la introducción de diferencias de trato en las mismas<sup>22</sup>—; y, de otro lado, la protección legal igual para todo individuo dentro de un Estado frente a prácticas discriminatorias en contra de las disposiciones de la Declaración Universal, o la provocación dirigida a constituir las.

Y, en tercer lugar, la misma redacción de la Declaración Universal abundaría en esta tesis, ya que en la inmensa mayoría de los párrafos de su articulado se hace referencia a todos los seres humanos como titulares de esos derechos y libertades enunciados; ello es perceptible tanto al formularse de modo positivo la proclamación de un derecho —supuesto en el que se emplean expresiones como *toda persona* o *todo individuo* para hacer referencia a los titulares del derecho—,

---

<sup>21</sup> En relación con el artículo 1, 3 de la Carta de las Naciones Unidas, se produce una ampliación de los posibles motivos de discriminación, ya que en dicho artículo de la Carta se alude sólo a «motivos de raza, sexo, idioma o religión».

Por otra parte, la referencia al *origen nacional*, según se desprende de los trabajos preparatorios, no implica «tomar la noción de nacionalidad en su sentido jurídico (súbdito de un Estado extranjero), sino en su sentido sociológico (características de grupos nacionales cuyos miembros viven en un determinado país en calidad de ciudadanos)» (VERDOOT, A.; *Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nacimiento y significación*. Editorial Mensajero, Bilbao, 1969, pp. 86-87; a este respecto, ver también: NACIONES UNIDAS; *Documento E/CN.4/Sub.2/SR.5*, pp. 2-12); no obstante, hay que tener en cuenta que no se trata de una enumeración exhaustiva, dada su cláusula de cierre, que deja abierta su aplicación a «cualquier otra condición».

<sup>22</sup> Como señala DE LUCAS, la igualdad ante la ley no tiene como objetivo acabar con la diversidad sino «hacerla realmente posible porque no signifique ya discriminación injustificada» (DE LUCAS, J.; «Artículo 7», en: ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA; *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Barcelona, 1999, p. 179).

como al hacerlo de modo negativo, al establecer que ciertas prácticas, como la tortura o la esclavitud, no son admitidas —supuesto en el que se emplea la expresión *nadie* al delimitar el ámbito personal de quienes deben ser protegidos frente a tales prácticas—.

No obstante, la tendencia a la equiparación de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros no se perfila como ilimitada en la Declaración Universal, sino que por el contrario se antoja como una equiparación de signo restringido, lo que puede advertirse en los siguientes extremos:

1. La Declaración Universal emplea intencionadamente una redacción diferenciada en su artículo 21 respecto al derecho a la participación política —que se enuncia como el derecho de toda persona «a participar en el gobierno de su país»— y al derecho de acceso a la función pública —por el que toda persona tiene para acceder «a las funciones públicas de su país»—; esta doble mención al *país del individuo* evidencia de manera terminante la limitación de la titularidad de estos derechos a los nacionales del Estado.
2. Respecto al derecho a la libertad de circulación y la libre elección de residencia enunciado en el artículo 13 de la Declaración Universal<sup>23</sup>, y a pesar de su redacción, cabe decir que «no incluye ni ampara el derecho de cualquier persona a entrar libremente en otro país que no sea el suyo»: la libertad de residencia que parece ampararse vendría restringida implícitamente por la facultad del Estado de rechazar la entrada de esa persona en su territorio y de no autorizar la permanencia de un extranjero dentro de las propias fronteras; de ahí que «no se reconoce en la Declaración [Universal] el derecho de entrada ni el derecho a la inmigración individual ni colectiva»<sup>24</sup>, y, en paralelo a lo sucede con el artículo 21 de la Declaración Universal, no se considera contraria al principio de igualdad la limitación de la titularidad de ciertos derechos y libertades en favor de los nacionales.
3. Finalmente, se plantea la cuestión de las diferencias de trato en el ejercicio de los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal, a partir de la aplicación de la *cláusula restric-*

---

<sup>23</sup> «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país».

<sup>24</sup> SAGARRA, E.; «Artículo 13», en: ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA; *Op. cit.*, p. 238.

*tiva general* prevista en su artículo 29, 2, por la que el ejercicio de los derechos y libertades sólo puede ser restringido a través de limitaciones legalmente previstas con el 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». Desde el prisma del análisis propuesto, es preciso interpretar el alcance jurídico de esta facultad otorgada al Estado respecto a los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal —salvo en lo referente a lo dispuesto en su artículo 21—, y apreciar si pueden o no existir restricciones destinadas en particular a los extranjeros que, implicando una desigualdad en el ejercicio de sus derechos y libertades respecto a los nacionales, encuentren una justificación en los fines legítimos de esta cláusula restrictiva general y no vulneren asimismo los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal<sup>25</sup>.

Aunque haya que atender al desarrollo normativo posterior a la Declaración Universal, y a la práctica derivada de la aplicación de estos tratados internacionales, nada en la Declaración Universal parece oponerse a la legitimidad de un trato desigual si éste responde a motivos objetivos y razonables: la lógica de la igualdad formal y de la no discriminación, inherente a la base programática de la Declaración Universal, no parece excluir *per se* diferencias de trato en el ejercicio de los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal que respondan al criterio expresado.

De ello se infiere que, en principio, y dentro de la debida proporcionalidad, las situaciones en que la dicotomía nacional/extranjero sea el fundamento de una diferencia de trato en el ejercicio de algunos derechos y libertades no deben reputarse necesariamente como discriminaciones<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> En relación con el derecho a la libre circulación y la libre elección de residencia del artículo 13 de la Declaración Universal, la aplicación de esta cláusula es un instrumento de la política migratoria del Estado pero a su vez perfilaría algunos límites a la discrecionalidad del Estado al aplicarla, puesto que las restricciones al derecho a la libre circulación y la libre elección de residencia «han de ser razonables» y «en ningún caso pueden ser de tal clase que puedan desvirtuar el propio derecho» (*ibid.*, p. 246).

<sup>26</sup> Se debe tener en cuenta al respecto, tanto la práctica nacional e internacional como la propia extensión de las competencias estatales en materia de extranjería; aun así, según DE LUCAS, ello nos sitúa «ante la última frontera de la universalidad de los derechos humanos, la barrera que forman las fronteras» (DE LUCAS, J.; «Artículo 2», en: ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA; *Op. cit.*, p. 119).

En estos términos, la Declaración Universal marca, dentro de esa consolidación de la tendencia progresiva a la igualdad de trato en materia de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros, las pautas programáticas básicas que han de delimitar el alcance jurídico de esta equiparación en el marco del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos —equiparación a todas luces *restringida*—, en las cuales se sigue observando un hondo respeto por la soberanía estatal en la fijación de su política migratoria.

### III

# La tutela de los derechos y libertades del extranjero en el marco universal de la protección internacional de los derechos humanos

Si se pretende examinar la incardinación de la tutela de los derechos y libertades del extranjero con el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos en el plano universal —a tenor de la acción normativa emprendida en el seno de la ONU y de sus organismos especializados—, dos líneas esenciales de actuación normativa proyectan las tendencias jurídico-políticas en la materia: una, de carácter general, representada por los *Pactos Internacionales de Derechos Humanos*; y, otra, más específica, dirigida al desarrollo en la esfera universal del *estatuto jurídico de los trabajadores migratorios*.

## 1. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos

La Declaración Universal es un texto declarativo y programático, que *per se*, como Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, carece de obligatoriedad jurídica, a pesar de que su influencia en el desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos así como la propia dinámica de la Sociedad internacional hayan podido determinar *a posteriori* que sus disposiciones ciertos efectos jurídicos vinculantes<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Las disposiciones de la Declaración Universal han alcanzado efectos jurídicos obligatorios en la medida en que: primero, dentro del marco institucional de la ONU y de

Tanto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)* como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, adoptados el 16 de diciembre de 1966<sup>28</sup>, tienen como objetivo desarrollar y precisar con carácter general, a través de obligaciones jurídicas internacionales exigibles a los Estados Partes que hayan consentido en obligarse, los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal.

Ambos tratados internacionales parecen, en líneas generales, ajustarse a los parámetros programáticos de la Declaración Universal<sup>29</sup>:

A) En ambos se parte de la igualdad de derechos entre todas las personas sometidas a la jurisdicción estatal así como de la aplicabilidad del principio de no discriminación, en relación con el ejercicio de los derechos y libertades respectivamente reconocidos —artículo 2,1 del PIDCP y artículo 2,2 del PIDESC—; a ello hay que añadirle que, por su propia redacción, ambos extienden la titularidad de la mayoría de los derechos y libertades reconocidos a todos los seres humanos.

Aun así, en el artículo 2,3 del PIDESC, se legitima a los Estados en vías de desarrollo para «determinar en qué medida garantizarán los de-

---

las obligaciones asumidas por los Estados Miembros constituye una interpretación auténtica de las obligaciones previstas en la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos (CARRILLO SALCEDO, J.A.; *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*. 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 68-72); segundo, algunos de sus artículos reflejan el núcleo esencial de la noción universal de dignidad humana cuyo respeto parece haber cristalizado como principio constitucional del Derecho internacional público —dentro de esta núcleo se ubicaría como principio inspirador, por su vinculación a la misma idea de dignidad humana, el principio de no discriminación—; y, tercero, la práctica internacional e interna de los Estados autoriza a contemplar la obligatoriedad del respeto de algunos de los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal fruto de la formación de normas consuetudinarias —costumbres internacionales—; en relación con la amplitud del catálogo de derechos enunciados en la Declaración Universal exigibles por vía consuetudinaria, ver: MERON, H.; *Human Rights and humanitarian norms as a customary law*. Clarendon Press, Oxford, 1989; ORAÁ, J. y GÓMEZ, F.; *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, pp. 80-84, VILLÁN DURÁN, C.; *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 226-228.

<sup>28</sup> España es Parte de ambos tratados internacionales (BOE, 103, de 30 de abril de 1977), así como de los dos Protocolos Facultativos al PIDCP (BOE, 79, de 2 de abril de 1985, y BOE, 164, de 10 de julio de 1991).

<sup>29</sup> Inicialmente, se preveía la elaboración de un único texto jurídico; pero, debido a la división existente entre los Estados Miembros por entonces de la ONU sobre cuál debía ser su contenido, acabó desdoblándose en dos tratados internacionales (Resolución 543 [VI] de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 5 de febrero de 1952; sobre esta cuestión: UNITED NATIONS; *Documento A/2929*, pp. 22-24, párrafos 4 a 12).

rechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos». Esta cláusula introduce, pues, una derogación particular del principio incluido en el artículo 2, 2 del PIDESC —en el que se exige que, cualquiera que sea el grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en un Estado, los progresos logrados sean aplicados sin discriminación<sup>30</sup>—, que ha de entenderse en el contexto del proceso de descolonización que condiciona la adopción del PIDESC, y en el que los Estados de reciente independencia desean afirmar su soberanía sobre sus recursos económicos<sup>31</sup>; la misma, sin embargo, tiene un límite estructural derivado del contenido del PIDESC, desde el momento en que todos los Estados Partes asumen «una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos<sup>32</sup>».

El reconocimiento en el artículo 26 del PIDCP del *derecho a la igualdad ante la ley y a la protección de la ley sin discriminación*, en paralelo al artículo 7 de la Declaración Universal, tampoco alienta la negación absoluta del trato desigual: la igualdad lo es en el plano formal, y «el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia», de modo que «no toda diferenciación constituirá una discriminación, si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos<sup>33</sup>».

---

<sup>30</sup> UNITED NATIONS; *Document A/2929*, p. 59, párrafo 27; al respecto, debe apreciarse cómo los derechos económicos, sociales y culturales son concebidos como derechos de *efectividad progresiva* —tal y como advierte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su *Observación General 3*, de 1990 (NACIONES UNIDAS; *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, p. 65, párrafos 8 y 9)—, de conformidad con su artículo 2,1, en el que se indica que los Estados se comprometen por el Pacto «a adoptar medidas», «hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, (...), la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

<sup>31</sup> En estos Estados la mayoría de residentes extranjeros suelen ser propietarios de bienes o inversores.

La misma perspectiva que había llevado a que, a través de su Resolución 1803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962, la Asamblea General de la ONU formulase el principio de la soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales; y que propiciara asimismo que en ninguno de los dos Pactos se recogiera un derecho enunciado en el artículo 17 de la Declaración Universal: el derecho a la propiedad.

<sup>32</sup> Según ha advertido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su *Observación General 3*, de 1990 (NACIONES UNIDAS; *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, p. 66, párrafo 10).

<sup>33</sup> *Observación General 18*, de 1989, del Comité de Derechos Humanos del PIDCP (NACIONES UNIDAS; *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, pp. 31-33, párrafos 8 y 13); en idéntico sentido se ha expresado el Comité de Derechos Humanos del PIDCP al examinar la aplicabilidad del citado artículo 26 (Observaciones del Comité de Derechos Humanos, de 9 de abril de 1987, Comunicación 182/1984, F.H.Zwaan-de Vries contra Países Bajos, en: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS; *Documento A/42/40*, Anexo VIII, p. 181, párrafo 13).

B) *Se excluye a los extranjeros del ámbito de aplicación personal de algunos derechos*: en concreto, de los *derechos de participación política y de acceso a la función pública*, reconocidos en el artículo 25 del PIDCP; la redacción de éste es inequívoca, ya que considera como titulares de los mismos a «[t]odos los ciudadanos» —lo que implica restringirlos a favor de quienes ostentan el estatuto de *ciudadanía*, es decir, de *nacionalidad*—.

C) *Se circunscribe el derecho a la libre circulación y a la libre elección de residencia*, a aquellos extranjeros que se encuentren «legalmente en el territorio de un Estado» —artículo 12 del PIDCP—; así, se acepta que dentro del PIDCP no se «reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él<sup>34</sup>», y que, por tanto, el Estado tiene el derecho de decidir tanto las condiciones de entrada como de permanencia<sup>35</sup>.

La restricción de la titularidad de este derecho a los extranjeros que cumplen con los requisitos de entrada y permanencia de los Estados explicaría que las garantías formales y de procedimiento en los supuestos de expulsión previstos en el artículo 13 del PIDCP<sup>36</sup> se reconozcan únicamente en favor de los residentes legales, habiendo precisado el Comité de Derechos Humanos del PIDCP que «quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones<sup>37</sup>»; aun así, si precisamente la «cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión

---

<sup>34</sup> Según afirma el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, en su *Observación General 15*, de 1986 (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS; *Documento CCPR/C/21/Add.5/Rev.1*, p. 3, párrafo 5); como se puede observar, en una forma más explícita que el artículo 13 de la Declaración Universal.

<sup>35</sup> Si bien el propio Comité de Derechos Humanos del PIDCP reconoce que «en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso y residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de familia (*ibid.*)».

<sup>36</sup> «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 a hacerse representar con tal fin ante ellas».

<sup>37</sup> *Observación General 15*, de 1986 (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS; *Documento CCPR/C/21/Add.5/Rev.1*, p. 4, párrafo 9).

o deportación deberá adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13<sup>38</sup>». Ello, en la práctica, permitiría relativizar la restrictividad de la aplicación del artículo 13 del PIDESC ya que una de las principales causas de expulsión o salida obligatoria en que suelen incurrir los extranjeros suele ser la propia ilegalidad de la entrada o de la estancia.

D) Finalmente, se plantea el problema de la licitud de las diferencias de trato respecto al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ambos Pactos; para ello, es indispensable analizar las facultades restrictivas otorgadas por ambos Pactos a los Estados:

- a) En relación con los *derechos civiles y políticos*, la posible diferencia de trato en cuanto al ejercicio de los mismos parecería justificarse sólo respecto a aquellos derechos y libertades que, por incluirse excepciones o cláusulas restrictivas en las disposiciones que los reconocen, pueden ser sometidos a limitaciones en su ejercicio<sup>39</sup>; no obstante, ello será así siempre que la desigualdad de trato no resulte contraria a los requisitos que reglamentan la facultad del Estado de restringir su ejercicio, así como a la prohibición de cualquier discriminación que contradiga el artículo 2,1 del PIDCP.

El Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha señalado expresamente respecto al derecho a la libre circulación y a la libre elección de residencia que «todas las restricciones a sus derechos garantizados [de los residentes legales] 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», responder a fines legítimos dispuestos en el mismo, y no comprometer la esencia del derecho y ajustarse al principio de proporcionalidad<sup>40</sup>; así lo ha hecho también respecto al artículo 17 —por el que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar—, al afirmar que las leyes estatales de inmigración debían examinarse desde la óptica de su compatibilidad con las exigencias de dicho artículo sobre los límites de la acción estatal<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> UNITED NATIONS; *Document A/2929*, p. 49, párr. 6.

<sup>40</sup> *Observación General 27*, de 1999 (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS; *Documento CCPR/C/Rev.1/ Add.9.*, pp. 1 y 3, párrafos 4 y 11 a 14); el artículo 12, 3 del PIDCP establece que «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 públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

<sup>41</sup> Observaciones del Comité de Derechos Humanos, de 9 de abril de 1981, Comunicación 35/1978, Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres mauricianas (COMITÉ DE

En los términos descritos, la aplicabilidad del principio de no discriminación del artículo 2,1 del PIDCP operaría igualmente como límite a las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de ciertos derechos y libertades, ya que no basta que se ajusten a los fines legítimos de la excepción o restricción específica, sino que han de responder al parámetro de la no discriminación anteriormente indicado: sustentarse en motivos razonables y objetivos.

Pero es que, además, ciertos derechos y libertades, debido a la redacción en términos absolutos de las disposiciones que los reconocen, no deberían poder ser objeto en ningún caso de un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros; así, por ejemplo, sucede con el derecho a la vida —artículo 6—, la prohibición de la tortura —artículo 7—, o bien los derechos del acusado en un procedimiento penal —artículo 14,2 y 3—, entre los que se encontraría, por ejemplo, el derecho a que se le nombre un abogado de oficio «si careciere de medios suficientes para pagarlo» —letra d) del artículo 14,3—.

Si la cuestión se plantea en términos de la diferencia de trato entre los propios extranjeros, a partir de la distinción entre legales/ilegales —distinción que se infiere del tenor del artículo 12 del PIDCP, que diferencia entre quién se encuentra legalmente o no en el territorio del Estado—, los mismos criterios de solución son extensibles al respecto; eso sí, considerando que, en principio, los extranjeros que no residen legalmente en un Estado, a diferencia de los que sí lo hacen, únicamente no son titulares según el PIDCP del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de residencia.

- b) En relación con los *derechos económicos, sociales y culturales*, hay que advertir cómo el artículo 4 del PIDESC incluye una *cláusula restrictiva general* que permite establecer restricciones previstas por la 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». La presencia de una disposición de este estilo supone que, siempre que pudieran fundamentarse en esas exigencias y no derivar en una discriminación arbitraria, serían aceptables desde el prisma del PIDESC: por un lado, ciertas restricciones de dichos derechos

---

DERECHOS HUMANOS; «Selección de decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo [2.º a 16.º período de sesiones]», *Documento CCPR/C/OP/1*, p. 72, párrafo 9.2 b) 2.1] 2).

circunscritas a los extranjeros o a algunos extranjeros; y, de otro lado, en consideración a la naturaleza específica de los derechos económicos, sociales y culturales, ciertas preferencias en favor de los nacionales o ciertos colectivos de extranjeros sobre otros —recordando que los Estados en vías de desarrollo pueden, según sus condiciones particulares, definir el alcance jurídico de estos derechos para los extranjeros—.

Las orientaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales parecen acotar, sin embargo, el margen de maniobra de los Estados:

- primero, porque éstos asumen una obligación de mínimos respecto a estos derechos, dentro de la cual se hace difícil concebir tales distinciones;
- segundo, porque el Estado, si hay limitaciones graves de recursos, debe «proteger a los miembros vulnerables de la sociedad»<sup>42</sup>; y,
- tercero, porque es preciso vincular las exigencias de estos derechos al principio de no discriminación. A este respecto, al interpretar el derecho de toda persona y su familia de una vivienda digna —el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte—, ha afirmado que «no se puede considerar hoy en el sentido de que impone limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de este derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos», añadiendo que «el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, (...), a ninguna forma de discriminación»<sup>43</sup>. Sin olvidar, asimismo, la aplicabilidad del derecho a la igualdad ante la ley y a la protección de la ley sin discriminación del artículo 26 del PIDCP<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> *Observación General 3*, de 1990 (NACIONES UNIDAS; *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, p. 66, párrafo 12); en muchos Estados los extranjeros podrían considerarse un colectivo muy vulnerable a este respecto.

<sup>43</sup> *Observación General 4*, de 1991 (NACIONES UNIDAS; *Documento HRI/GEN/1/ Rev.2*, p. 69, párrafo 6).

<sup>44</sup> El Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha aceptado examinar, desde el prisma del artículo 26 del PIDCP, por ejemplo, si la distinción de trato en materia de seguridad social —el artículo 9 del PIDESC reconoce «el derecho de toda persona a la seguridad social»— vulnera la prohibición de la discriminación que aquél prescribe (Observaciones del Comité de Derechos Humanos, de 9 de abril de 1987, Comunicación 182/1984, F.H.Zwaan-de Vries contra Países Bajos, en: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS; *Documento A/42/40*, Anexo VIII, p. 181, párr. 13).

A pesar de ello, hay que tener presente que, por su redacción, el PIDESC reconoce derechos en términos muy genéricos, a lo que hay que añadir la progresividad de su contenido obligacional de resultado —conforme al artículo 2 del PIDESC—, por lo que los Estados, a pesar de la labor interpretativa desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponen aún de una amplia capacidad de maniobra para delimitar el ámbito de aplicación material de esos derechos —y, por tanto, del nivel obligacional a partir del cual sería aplicable el artículo 4 del PIDESC<sup>45</sup>—.

Esta afirmación tiene su repercusión fundamental si se plantea la posible diferenciación de trato entre extranjeros legales e ilegales —siguiendo, como se ha manifestado, la distinción establecida en el artículo 12 del PIDCP—; dentro de los parámetros descritos —y con los límites que de los mismos se infieren—, no parece haber impedimento, y así lo demuestra la práctica estatal, para que existan ciertas restricciones o diferencias de trato en el goce y disfrute de ciertos derechos económicos, sociales y culturales por parte de los extranjeros en situación ilegal, respecto a los que están en situación legal; así, por ejemplo, el hecho de que el artículo 8 del PIDESC garantice el derecho al trabajo como el «derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado», contemplado desde el prisma de la libertad del Estado para determinar su política migratoria, del carácter progresivo de las obligaciones del PIDESC, así como de las exigencias del artículo 4 del PIDESC, no hace impensable que la negativa de un Estado a autorizar el trabajo de un extranjero que no ha entrado en su territorio o que se encuentra en él ilegalmente pueda percibirse como una limitación razonable.

De lo expuesto, se evidencia una reflexión de fondo aplicable a las diferencias de trato derivadas de ambos Pactos: las condiciones que se establecen en las cláusulas que permiten en el PIDCP establecer excepciones o restringir el ejercicio de los derechos reconocidos, así como las existentes en la cláusula restrictiva general prevista en el PIDESC, en conjunción con el principio de no discriminación, parecen dejar, en teoría, un margen a los Estados —más estrecho en lo que respecta a los derechos civiles y políticos—, para configurar algunas diferencias de

---

<sup>45</sup> UNITED NATIONS; *Document A/2929*, p. 71, párrafo 50. En cierto modo, el artículo 4 del PIDESC podría interpretarse como un límite a esta capacidad; aun así, es verdad que, cuando los redactores del Pacto lo han querido, como ocurre en el artículo 8 del PIDESC —derecho a la libertad sindical—, se han precisado más tanto el contenido jurídico obligacional como las condiciones para limitar el ejercicio del mismo.

trato en orden a la garantía y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos entre nacionales y extranjeros<sup>46</sup>.

A pesar de ello, la práctica estatal es mucho más liberal, en orden a la introducción de diferencias de trato, puesto que como afirma el Comité de Derechos Humanos del PIDCP su experiencia «demuestra que en algunos países se niegan a los extranjeros otros derechos de los cuales deberían disfrutar, o que dichos derechos son objeto de limitaciones especiales que no siempre pueden justificarse con arreglo al Pacto<sup>47</sup>».

Finalmente, es significativa la ausencia de reconocimiento en el PIDCP de dos derechos, relacionados con la extranjería, enunciados en la Declaración Universal: el derecho a disfrutar de asilo —artículo 14 de la misma<sup>48</sup>—, y el derecho a una nacionalidad —artículo 15 de la misma—, si bien en este segundo supuesto el artículo 24, 3 del PIDESC reconoce el derecho de todo niño a una nacionalidad. Aun así, es cierto que la actividad normativa de la ONU ha contribuido —a través del *Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 28 de julio de 1951, así como su *Protocolo*, de 31 de enero de 1967<sup>49</sup>, así como de la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, de 28 de septiembre de 1954<sup>50</sup>— a otorgar a aquellas personas que, por diversos motivos, son sometidas a persecución por las autoridades de su Estado o carecen de nacionalidad, de un *estatus jurídico internacional*.

---

<sup>46</sup> Incluso entre los extranjeros entre sí; más allá de la distinción legal/ilegal derivada del artículo 12 del PIDCP, la existencia de regímenes privilegiados de extranjería, que aproximan a algunos de ellos a la plena igualdad con los nacionales, podría plantear la compatibilidad de los mismos con ambos Pactos, si las diferencias con el régimen general de extranjería no se refieren a aspectos que tienen un alcance jurídico que supera el nivel de estándar mínimo establecido por ambos Pactos, y sí por el contrario a ese estándar mínimo reconocido internacionalmente.

<sup>47</sup> *Observación General 15*, de 1986 (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS; *Documento CCPR/C/21/Add.5/ Rev. 1*, p. 2, párrafo 2).

<sup>48</sup> En el período de sesiones posterior a la adopción de los Pactos, la Asamblea General adoptó la Declaración sobre el Asilo Territorial, mediante la Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

<sup>49</sup> España se adhirió a ambos mediante instrumento de 14 de agosto de 1978 (*BOE*, 252, de 21 de octubre de 1978; y corrección de errores en *BOE*, 272, de 14 de noviembre de 1978).

Hay que resaltar la importancia del Convenio de 1951, no sólo porque entre las obligaciones derivadas de este estatuto jurídico internacional se incluye la prohibición de expulsión y devolución en caso de riesgo para la vida o libertad de la persona —artículo 33—, sino porque la definición de refugiado que se ofrece en su artículo 1 resulta de común referencia en la práctica internacional y estatal, como se verá más adelante en relación con las obligaciones jurídicas asumidas por España y a la propia configuración del ordenamiento jurídico español.

<sup>50</sup> *BOE*, 159, de 4 de julio de 1997.

## 2. El régimen jurídico universal de la protección de los derechos de los trabajadores migratorios

Si ha sido perceptible una preocupación genérica por el trato recibido por aquellas personas implicadas en los procesos migratorios, la inquietud por los derechos y libertades del trabajador migratorio, dada su especificidad como sujeto de protección —aúna la doble condición de persona que desea permanecer, temporal o indefinidamente, en otro Estado, y de trabajador asalariado—, ha evidenciado la necesidad de promover y establecer un estatuto jurídico internacional particularizado.

Con anterioridad a la II Guerra Mundial, fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919, la que intentó promover un estándar mínimo universal, para los trabajadores migrantes; ello concuerda con los fines de una Organización —vinculada desde 1996 a la ONU en calidad de *organismo especializado*— que aspira a la consecución de una mayor justicia social, a través, entre otras medidas, de una reglamentación internacional capaz de mejorar las condiciones de trabajo indignas existentes —y entre los aspectos expresamente destinados a ser mejorados, según el propio Preámbulo, se encuentra «la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero»—.

Por ello, resulta coherente con esas aspiraciones que ya durante las primeras décadas de funcionamiento de la OIT se elaborasen en su seno algunos tratados internacionales relativos al fenómeno de la migración laboral, como el *Convenio 21 relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques*, y el *Convenio 66 sobre los trabajadores migrantes*<sup>51</sup> —sometidos posteriormente, eso sí, a profunda revisión—.

Tras la II Guerra Mundial, la OIT adoptó el *Convenio 97 relativo a los trabajadores migrantes*<sup>52</sup>, de 1949, en el cual, entre otras obligaciones jurídicas, se manifiesta la necesidad de aplicar al trabajador migratorio, con ciertas reservas —por ejemplo, la de que la aplicación del mismo

---

<sup>51</sup> El Convenio 66 no ha llegado nunca a entrar en vigor y ha sido sometido a la práctica de la Organización que implica *dejar de lado* ciertos Convenios; ello implica, respecto a los mismos, que en el seno de la OIT se decide, por considerarse obsoletos o no haber sido aceptados generalmente por los Estados, que ya no es necesario seguir propiciando su ratificación, por lo que se abstiene de realizar actos promocionales a tal respecto, así como seguir auspiciando activamente la supervisión de su cumplimiento por los Estados —en el caso, de que se encuentre en vigor—, o de los motivos por los que los Estados no los ratifican.

<sup>52</sup> *BOE*, 135, de 7 de junio de 1967.

dependa de la legislación o la práctica estatales—, el principio de trato no menos favorable que a los nacionales del Estado —artículo 6—; ahora bien, la noción de *trabajador migratorio* es restringida a favor sólo de aquella persona que emigra para ejercer una actividad por cuenta ajena y que es «normalmente admitida» como tal —artículo 11,1—.

En 1975, la OIT adoptó el *Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*. Éste supone un cambio cualitativo en la reglamentación jurídica internacional de la migración laboral: primero, porque en su artículo 1 se obliga a los Estados a respetar a «todos los trabajadores migrantes», sin distinción alguna, sus derechos humanos fundamentales —sin dejar, por ello, de autorizar a los Estados a adoptar medidas nacionales e internacionales para evitar la emigración y el tráfico de trabajadores extranjeros ilegales (artículos 2 a 9)—; y, segundo, porque reafirma que la política estatal ha de dirigirse a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato del trabajador extranjero legalmente establecido con los nacionales del Estado —artículos 10 a 14<sup>53</sup>—.

El Convenio 143 se adopta en un contexto socio-político difícil, condicionado por la persistencia de importantes flujos migratorios y la reivindicación de los Estados en vías de desarrollo de un Nuevo Orden Económico Internacional; si a ello se le añade la política jurídica que en él se perfila, resulta comprensible que un número significativo de Estados —en especial, los Estados más desarrollados— lo hayan considerado inaceptable<sup>54</sup>.

Pese a ello, el Convenio 143, no deja de situarse dentro de los parámetros establecidos dentro del Derecho internacional público, a los que no son ajenos los Pactos: asume, de una parte, la tendencia a la igualdad de trato entre nacional y extranjero —en este sentido, de los

---

<sup>53</sup> Si el *Convenio 97* excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta propia, a los trabajadores fronterizos, a los artistas y profesionales liberales que ejercen su actividad por un corto espacio de tiempo, y a los trabajadores del mar —artículo 11,2—, el *Convenio 143* excluye también a los trabajadores fronterizos, a los que entran en ese Estado con fines de formación o educación, y a quienes de manera temporal realizan una actividad laboral a solicitud de una organización o empresa que opera dentro de dicho Estado.

<sup>54</sup> M. HASENAU, «ILO standards on migrants workers: the fundamentals of the United Nations Convention and their genesis». *International Migration Review*, 25, 1991, 4, p. 699; así, en noviembre de 2002, sólo 18 Estados eran Partes del Convenio 143, entre ellos, por ejemplo, únicamente Noruega, Italia, Portugal y Suecia entre los actuales Estados Miembros de la Unión Europea (Fuente: OIT; *APPLIS*, disponible en: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/app/1/index.cfm?lang=ES, 08/11/2002>).

trabajadores migratorios—, representada por la consideración de toda persona como titular de ciertos derechos y libertades fundamentales —sin perjuicio de los posibles límites que pueda imponerse al libre ejercicio de algunos de ellos—, pero, de otra parte, lo hace desde el escrupuloso respeto a la política migratoria del Estado así como de la aceptación de la distinción en el ámbito socio-laboral entre migrantes legales e ilegales; en suma, una percepción que dentro de unos límites razonables es asumida igualmente por ambos Pactos.

En este mismo contexto socio-político, se inician en la ONU los trabajos dirigidos a la elaboración de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTMF)*, adoptada el 18 de diciembre de 1990, y que por el momento no ha entrado todavía en vigor<sup>55</sup>.

El objetivo primordial de la CTMF consiste, desde el respeto al derecho del Estado de fijar su propia política migratoria, en crear un estándar normativo universal en relación con todos los trabajadores migratorios y sus familias, que, aun siendo partícipe de la tendencia hacia la igualdad de trato con el nacional, perfile y prevea la situación diferencial del trabajador migratorio respecto al nacional<sup>56</sup>.

Este tratado internacional tiene las siguientes características principales:

- primero, el carácter objetivo de las obligaciones jurídicas que contiene, puesto que no podrán los Estados Partes excluir la aplicación de ninguna parte del mismo respecto a ninguna categoría de trabajadores migratorios incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal, ni siquiera por motivos de reciprocidad —artículo 88—;
- segundo, la inclusión dentro de su ámbito de aplicación personal son todos los trabajadores migrantes, así como los miembros de su familia —artículos 1, 1 y 7 de la CTMF<sup>57</sup>—, sin perjuicio de

---

<sup>55</sup> Han prestado su consentimiento respecto a la misma sólo 19 Estados de los 20 necesarios para su entrada en vigor (Fuente: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS; *Estatus de los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a 20 de agosto de 2002*, disponible en: <http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>, 08/11/2002); la prestación del consentimiento por parte de Timor Este permitirá próximamente su definitiva entrada en vigor (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS; <http://www.unhchr.ch>, 10/12/02).

<sup>56</sup> Lo que, inclusive, en algunos supuestos implica brindarle una protección especial (NAFZIGER, J.A.R. & BARTEL, B.B.; «The Migrant Workers Convention: its place in Human Rights Law». *International Migration Review*, 25, 1991, 4, pp. 774-778).

<sup>57</sup> La noción de *familia* derivada de su artículo 4 es bastante amplia, ya que incluye al cónyuge o persona que según el derecho aplicable mantenga una relación con efectos equivalentes al matrimonio —lo que podría llevar a incluir a las parejas de hecho—,

- que, a efectos del régimen jurídico aplicable, se diferencie entre los trabajadores migrantes documentados o en situación regular, y los que no lo están<sup>58</sup>;
- tercero, la extensión de su ámbito de aplicación material a todo el proceso migratorio, es decir, desde la preparación de la migración hasta el retorno, si es que éste se produce —artículo 1,2 de la CTMF—; y,
  - cuarto, la previsión de la aplicación de la norma más favorable —artículo 81, 1 de la CTMF—, en caso de que sus disposiciones se contradigan con otros tratados internacionales, multilaterales o bilaterales.

El contenido jurídico de ese estándar mínimo universal —Partes III a V de la CTMF—, se complementa en la Parte VI con un conjunto de medidas destinadas a promocionar que los procesos migratorios se desarrollen en las condiciones lo más satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas posibles; de este modo, se perfilan una serie de compromisos promocionales, tanto internos como internacionales, algunos de ellos destinados a luchar interna e internacionalmente contra la migración y el trabajo ilegales; objetivo que, pese al fundamento humanitario del tratado, se incardina con la lógica de la CTMF: compatibilizar los derechos garantizados y el derecho del Estado a mantener una política migratoria propia<sup>59</sup>.

---

los hijos a su cargo —sin exigencia, en principio, de que sean menores de edad—, así como otras personas a su cargo reconocidos como familiares conforme a la legislación estatal o a tratados internacionales aplicables entre los Estados de que se trate —por regla general, los ascendientes—.

<sup>58</sup> La CTMF, empero, excluye de su ámbito de aplicación a ciertas categorías de personas que pueden establecerse en un Estado del que no son nacionales —artículo 3—; entre las *personas excluidas* se encuentran: las personas enviadas por Organizaciones Internacionales u otros Estados para desempeñar funciones oficiales; las personas enviadas por un Estado o por un empleador dentro de programas de cooperación y desarrollo; los inversionistas; los refugiados y apátridas, los estudiantes y las personas que reciben capacitación; y los marinos y trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer su actividad remunerada en el Estado de empleo.

<sup>59</sup> Así, el artículo 79 de la CTMF es muy claro a este respecto pues el Estado puede establecer los criterios de admisión que quiera para los trabajadores migrantes y sus familias, si bien, en relación con la situación legal y trato que les dispense, la CTMF constituirá un límite a dicha libertad; junto a estos principios, en la Parte III, se dictan dos *cauteladas específicas* complementarias: nada en la CTMF exime al trabajador migratorio y su familia de cumplir con las leyes y reglamentos del Estado de tránsito y receptor —artículo 34—, ni las disposiciones de la CTMF implican la regularización *per se* de quien no está documentado o en situación irregular —artículo 35—.

Las Partes III a V de la CTMF distinguen entre quienes están indocumentados o en situación irregular, y quienes están documentados o en situación regular:

A) *Los trabajadores no documentados o en situación irregular y sus familias*

La CTMF describe y conceptúa al trabajador migratorio no documentado o en situación irregular en su art. 5, b) *por exclusión* de quienes cumplen el requisito que acredita como trabajador migratorio documentado o en situación regular: el de haber sido autorizado a ingresar, permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado receptor, de conformidad las leyes de dicho Estado y los tratados internacionales de los que sea éste Parte —artículo 5, a)—.

A partir de esta diferenciación, la Parte III de la CTMF reconoce un detallado catálogo de derechos y libertades para todos los trabajadores migrantes y sus familiares:

- a) En cuanto a los *derechos civiles y políticos*, el estándar jurídico garantizado por la CTMF a todos los trabajadores migrantes y sus familiares es similar al reconocido en el PIDCP a todos los individuos<sup>60</sup>, pese a que en la CTMF no se incluyen el derecho a la protección de la familia y a contraer matrimonio, el derecho del menor a la protección jurídica y social, o el derecho a participar

---

La CTMF, dentro de esta esfera promocional, insta a los Estados Partes a cooperar para garantizar el regreso ordenado de los trabajadores migrantes y sus familias —artículo 67—, para impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migrantes en situación irregular —artículo 68—, y para adoptar las medidas necesarias para que no sigan existiendo personas en situación irregular, considerándose como una posibilidad la regularización de las mismas —artículo 69—.

<sup>60</sup> Así, en la Parte III de la CTMF se reconocen el *derecho a la vida* —artículo 9—; la *prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes* —artículo 10—; la *prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso u obligatorio* —artículo 11—; la *libertad de pensamiento, conciencia y religión* —artículo 12—; la *libertad de opinión y expresión* —artículo 13—; el *derecho a la vida privada y familiar* —artículo 14—; el *derecho a la libertad y la seguridad*, y los *derechos como persona detenida o sometida a prisión* —artículos 16 y 17—; la *igualdad de trato con los nacionales en el acceso a los tribunales* —artículo 18—; el derecho a la aplicación del *principio de irretroactividad penal* —artículo 19—; la *prohibición de encarcelamiento por deudas extracontractuales* —artículo 20—; el *derecho a la personalidad jurídica* —artículo 24—; el *derecho a la participación en reuniones y actividades de sindicatos y asociaciones*, así como también el *derecho de afiliación* —artículo 26—; el *derecho de los hijos de los trabajadores migrantes a un nombre y a una nacionalidad* —artículo 29—; y el *derecho al respeto de la identidad cultural* —artículo 31—.

en los asuntos públicos —artículos 23, 24, 1 y 25 del PIDCP, respectivamente; aunque de este último, el derecho a participar en los asuntos públicos, como se ha visto, la exclusión resultaría coherente pues los extranjeros no son titulares del mismo según el PIDCP—.

Más allá de aquellos aspectos en que ciertamente la redacción resulta extensiva o restrictiva respecto a dicho Pacto<sup>61</sup>, la CTMF pretende adaptar la reglamentación del ejercicio de los derechos civiles y políticos a la especial realidad del trabajador migratorio<sup>62</sup>. Son remarcables, empero, las diferencias entre el PIDCP y la CTMF respecto a las *garantías en el supuesto de expulsión*, que ésta extiende a todo trabajador migratorio y su familia —frente a la restrictividad del artículo 13 del Pacto<sup>63</sup>—; no parece tan extensiva, en comparación con el artículo 12 del PIDCP, la concepción de la *libertad de residencia y circulación*, ya que sólo se reconoce a todo trabajador migratorio y su familia el derecho a salir libremente de cualquier Estado, y a regresar a su país de origen<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, en relación con el artículo 26 de la CTMF, éste parece redactado más restrictivamente que el artículo 22 del PIDCP, ya que hace mención a la posibilidad de afiliarse y participar en dichas asociaciones o sindicatos, pero no a la de fundarlas —por ejemplo, creando una asociación de trabajadores migrantes—; lo cierto es que esta perspectiva restringida puede tener su apoyo en el hecho de que el artículo 40 de la CTMF prevé la posibilidad de que los trabajadores migrantes, pero en este caso sólo los documentados o en situación regular, puedan «establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y protección de sus intereses».

<sup>62</sup> Por ejemplo: la previsión, no recogida en el artículo 10 del citado Pacto, de que todo trabajador migratorio o familiar detenido por violación de las leyes migratorias deba estar en la medida de lo posible separado de los presos que cumplen condena o están en espera de juicio —artículo 17, 3 de la CTMF—; o bien, la obligación de respetar la identidad cultural de los trabajadores migrantes y sus familias —artículo 31 de la CTMF—, en paralelo al artículo 27 del PIDCP, por el que el Estado no puede negar a las personas pertenecientes a las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas la manifestación de su identidad —pues el Derecho internacional público no parece encuadrar a los grupos de residentes extranjeros dentro de la noción de *minoría*—.

<sup>63</sup> Resultando la redacción del artículo 22 del CTMF más detallada que la del PIDCP; además, se establecen nuevos derechos no contemplados con anterioridad en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, y relativos al fenómeno migratorio: el *derecho a que no pueda ser confiscada o destruida la documentación del trabajador migratorio o familiar más que por un funcionario público autorizado* —artículo 21—, el *derecho a recurrir a las autoridades consulares o diplomáticas* —artículo 23—, y el *derecho a ser informado sobre sus derechos y obligaciones en el marco del proceso migratorio* —artículo 24—.

<sup>64</sup> Tal y como se desprende de la CTMF, se reserva la posibilidad de reagrupación familiar únicamente para el trabajador documentado o en situación regular —artículo 44, 2—.

- b) En cuanto a los *derechos económicos, sociales y culturales*, se tiende a propiciar la igualdad de trato de todos los trabajadores migrantes y sus familiares con los nacionales en relación con ciertos aspectos esenciales de los mismos: la remuneración y determinadas condiciones de trabajo y empleo —artículo 25—; las prestaciones de Seguridad Social —artículo 27—; la atención médica urgente —artículo 28—; e incluso el derecho fundamental de acceso a la educación de los hijos del trabajador migratorio —artículo 30—.
- c) Finalmente, y aunque ambos Pactos no lo hayan hecho, el artículo 15 de la CTMF reconoce el derecho del trabajador migratorio y sus familiares a no ser privados de modo arbitrario de sus bienes —por lo que en caso de expropiación deben ser indemnizados de forma justa y apropiada—; teniendo derecho también a transferir al terminar su estancia en el Estado receptor sus ingresos, ahorros y, de acuerdo a la ley, sus pertenencias —artículo 31—.

#### B) *Los trabajadores documentados o en situación regular y sus familias*

Este colectivo goza, además de los derechos reconocidos en la Parte III, de aquellos que la CTMF enuncia en la Parte IV —artículos 36 a 56—.

La ampliación del catálogo de derechos y libertades reconocido a este colectivo pretende mejorar su calidad y nivel de vida, así como facilitar su integración en una sociedad que les resulta social y culturalmente ajena<sup>65</sup>, se efectúa: de una parte, a través de la ampliación del

---

<sup>65</sup> Hay que tener en cuenta que ciertas categorías de trabajadores migratorios particulares definidas en el artículo 2,2 de la CTMF gozan de los mismos derechos que el resto de trabajadores migratorios documentados o en situación regular, pero con aquellas modificaciones jurídicas derivadas de sus especiales circunstancias. Estas *categorías especiales de trabajadores migratorios* son: el trabajador fronterizo, el trabajador de temporada, el marino y el trabajador en estructuras marinas bajo la jurisdicción del Estado del que no son nacionales, el trabajador itinerante, el trabajador vinculado a un proyecto, y el trabajador por cuenta propia. Es curioso que, si bien se intenta definir la categoría de trabajador por cuenta propia a fin de propiciar su inclusión como categoría especial de trabajador migratorio —el artículo 2 h) lo define como aquel que «realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad», o bien aquel que sea reconocido como tal legalmente o de acuerdo con los tratados internacionales—, la figura del inversionista no es objeto de delimitación alguna en el artículo 3 de la CTMF.

catálogo de *derechos civiles y políticos*<sup>66</sup>, en especial respecto a la libertad de residencia y circulación —artículo 39—, la cual se combina con la previsión de una serie de medidas y garantías tanto personales y familiares —artículos 37 a 39, 44, 49 a 51, 53 y 56<sup>67</sup>— como patrimoniales —artículos 46 a 48—; y, de otra parte, mediante la extensión de la igual de trato con los nacionales respecto a un más amplio catálogo de *derechos económicos, sociales y culturales* —artículos 43, 45, 52, 54 y 55—.

Sin embargo, hay que resaltar igualmente en orden a apreciar esta *voluntad integradora* las propuestas que en materia de participación política y social alienta la Parte IV en favor de este colectivo: primero, el derecho a crear asociaciones y sindicatos para la protección de sus intereses específicos económicos, sociales y culturales, dentro de los límites previstos legalmente y necesarios en una sociedad democrática —artículo 40—; segundo, la posibilidad de que los Estados establezcan mecanismos o instituciones para tener en cuenta los intereses de este colectivo, y activar la participación y consulta a los mismos —artículo 42,1 y 2—; y, finalmente, la posibilidad de concederles incluso derechos políticos —artículo 42,3—, que, aunque como simple hipótesis dependiente de la voluntad del Estado, perfila un planteamiento evolutivo respecto la propia Declaración Universal y el PIDCP. En este último caso, todo ello sin perjuicio de que la CTMF afirme expresamente el derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a participar en los asuntos públicos y a votar y ser elegidos en su Estado de origen, siempre de acuerdo con la legislación nacional de los mismos —artículo 41—.

La CTMF supone, en definitiva, un esfuerzo importante para ampliar de modo significativo el estándar jurídico internacional de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias —y, en especial de quienes carecen de documentación o están en situación irregular—, sin dejar de buscar por ello la compatibilidad con los intereses de la política migratoria de los Estados, cuyos elementos más sensibles no han

---

<sup>66</sup> Se reconoce el *derecho a crear asociaciones o sindicatos* —artículo 40—, el *derecho de participar en los asuntos públicos de su Estado de origen* —artículo 41—, el *derecho a la institución en el Estado receptor de fórmulas para ponderar sus problemas* —artículo 42—, y el *derecho a la protección de la familia* —artículo 44—.

<sup>67</sup> Hay que destacar la obligación del Estado, pese a su carácter limitado, de «*facilitar*» la *reagrupación familiar* —artículo 44—; la necesidad de que *considere favorablemente la autorización de residencia para los familiares del trabajador migratorio cuando éste fallezca o se disuelva el matrimonio* —artículo 50—; la *no retirada de autorización de residencia por el cese en la actividad remunerada con anterioridad a la expiración del permiso de trabajo* —artículo 51—.

sido alterados; ahora bien, y aunque sea el reflejo de una tendencia jurídico-política muy positiva, la CTMF deja cierta sensación de fracaso, por el escaso número de Estados que han aceptado ser Partes de ella —ninguno entre los Estados desarrollados y, por consiguiente, principales receptores—, y porque ello a su vez es determinante de la dificultad del proceso para su entrada en vigor.

## IV

# La protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional europeo

El desarrollo de un sistema europeo de protección internacional de los derechos humanos se ha centralizado, básicamente, en el marco del Consejo de Europa, cuyo principal fin es el respeto de los ideales y principios que constituyen el patrimonio común de los Estados europeos; este fin genérico es perseguido básicamente por la Organización mediante la adopción de acuerdos y de una acción conjunta, entre otros ámbitos, respecto a cuestiones sociales, y a la «salvaguardia y la mayor efectividad posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>68</sup>».

De la interrelación entre ambos objetivos, protección de los derechos humanos y preocupación por los problemas sociales, se advierte una especial sensibilidad de la Organización hacia los problemas de los derechos y libertades de los inmigrantes, que se refleja en su acción normativa<sup>69</sup> —en la que, no obstante, es perceptible un profundo res-

---

<sup>68</sup> Artículo 1, b) del Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949 (*BOE*, 51, de 1 de marzo de 1978); en la actualidad, son miembros de la Organización un total de 44 Estados.

<sup>69</sup> Sin perjuicio del tratamiento que las cuestiones relativas con la inmigración puedan tener en un plano más político en el seno de la *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia*, instituida tras la decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa durante la Cumbre celebrada en Viena (1993), cuyas principales funciones son, conforme al artículo 1 de su Estatuto: examinar las legislaciones, políticas y otras medidas estatales relativas a la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, así como su eficacia; estimular las acciones al respecto a escala tanto local, estatal y europeo; formular recomendaciones de po-

peto por la soberanía estatal en materia de determinación de su política migratoria—, y en particular: con carácter general, en el desarrollo del sistema del *Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*; y, con carácter específico, en la configuración del *estatuto jurídico de los trabajadores migrantes*.

## 1. El sistema del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

El Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (*CEDH*), de 4 de noviembre de 1950, tiene como finalidad, según su Prámbulo, «tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal»; así, el CEDH, que aspira a constituir el *orden público europeo en materia de derechos humanos*<sup>70</sup>, se remite a la Declaración Universal como referente programático de un sistema de garantía europeo marcadamente evolutivo.

Esta dimensión evolutiva del CEDH tiene un doble alcance jurídico-político: primero, la evolución ha afectado a su ámbito de aplicación material, a través de la ampliación sucesiva de los derechos y libertades reconocidos y objeto por consiguiente de la garantía colectiva; y, se-

---

lítica general a los Estados Miembros; y, finalmente, estudiar los instrumentos jurídicos internacionales aplicables, incluida las fórmulas para mejorar su efectividad.

<sup>70</sup> COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Décision sur la recevabilité de la Requête 788/60, R.F.Autriche c/ R.Italienne, du 11 janvier 1961, en: *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, IV, 1961, p. 139; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire Loizidou et autres c/ Turquie, Arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), *Série A*, 310, párrafo 75; el TEDH hace mención a su naturaleza de instrumento constitucional de ese orden público europeo.

Sólo los derechos y libertades reconocidos el *CEDH*, del que son Partes los 44 Estados Miembros del Consejo de Europa y, quizá, en el *Protocolo Adicional Primero* y el *Protocolo número 6 relativo a la abolición de la pena de muerte*, de los que son respectivamente Partes 42 y 41 Estados, conformarían ese orden público europeo en materia de derechos humanos; más difícil resultaría justificar la inclusión en él de los derechos y libertades reconocidos en el *Protocolo número 4*, de 16 de septiembre de 1963, y el *Protocolo número 7*, de 22 de noviembre de 1984, dado el menor número de Partes de los mismos, 37 y 33 Estados, respectivamente (en cuanto al estado de ratificaciones de estos tratados: CONSEIL DE L'EUROPE; *Traités Européennes*, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>, 13/11/02).

En relación con la abolición de la pena de muerte, hay que advertir la adopción del *Protocolo número 13 relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia*, de 3 de mayo de 2002.

gundo, la evolución ha tenido lugar asimismo respecto a la configuración misma del mecanismo de garantía colectiva, mediante las sucesivas reformas introducidas respecto a la organización del mismo y al procedimiento.

El desarrollo de este proceso evolutivo se ha realizado a través de la adopción de *protocolos adicionales* al CEDH, que han ido articulando los cambios materiales, organizativos y procedimentales operados; sin perjuicio de ello, la evolución del ámbito de aplicación material ha tenido otro soporte esencial de especial relevancia: la doctrina de los órganos jurisdiccionales del CEDH, y, singularmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*TEDH*).

Si se examinan el CEDH así como sus Protocolos Adicionales desde la óptica del texto programático de referencia —la Declaración Universal—, es perceptible cómo el sistema de garantía colectiva europeo tutela esencialmente derechos civiles y políticos, en paralelo al PIDCP, sin perjuicio de que el Protocolo Adicional Primero al CEDH incluya el reconocimiento del derecho a la instrucción —artículo 2—, cuyo equivalente normativo universal se encuentra en los artículos 13 y 14 del PIDESC, y el derecho a la protección de la propiedad —artículo 1—, que, aunque enunciado en el artículo 17 de la Declaración Universal, no tiene equivalente en ninguno de los Pactos.

En relación con los derechos y libertades de los extranjeros, el CEDH presenta, con algunos matices y expresando siempre la especificidad del marco social y cultural europeo de referencia, una política jurídica no demasiado diferente de la programada por la Declaración Universal y continuada por el PIDCP.

De este modo, cabe advertir cómo:

A) En principio, y como demuestra la propia redacción del CEDH, se parte de la igualdad entre todas las personas que se encuentran sometidas a la jurisdicción estatal respecto a los derechos y libertades reconocidos en el CEDH, introduciéndose asimismo la prohibición de la discriminación en el goce y disfrute de los derechos y libertades reconocidos —artículo 14 del CEDH—, aunque no se reconoce expresamente el derecho a la igualdad ante la ley en términos semejantes a los del artículo 26 del PIDCP.

La ausencia de una disposición semejante en el CEDH tiene consecuencias no sólo en lo que respecta al alcance jurídico del catálogo de derechos y libertades reconocido, sino también, desde el prisma jurisdiccional, respecto a la competencia *ratione materiae* del TEDH y a la facultad de los particulares para formular demandas ante el mismo: si bien el CEDH protege al particular contra las medidas estatales de carácter dis-

criminatorio relativas a los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, y por consiguiente es admisible formular demandas ante el TEDH con esta base jurídica, no permite en cambio fundamentar una demanda sobre la base jurídica de un trato discriminatorio respecto a derechos y libertades no reconocidos en el CEDH y sus Protocolos.

No obstante, y aun pendiente de su entrada en vigor, el 20 de junio de 2000 se adoptó en el seno del Consejo de Europa el *Protocolo número 12 al CEDH*, por el cual se establece la prohibición general de la discriminación, que implica según su artículo 1: por un lado, que el goce y disfrute de todo derecho legalmente previsto —y no sólo los reconocidos en el CEDH— debe asegurarse sin discriminación alguna; y, por otro lado, que nadie pueda ser objeto de discriminación alguna por las autoridades públicas<sup>71</sup>.

B) Aun considerando esa formulación genérica esencial, se excluye a los extranjeros del ámbito del derecho a elecciones libres al cuerpo legislativo, reconocido al en el artículo 3 del Protocolo Adicional Primero —reservándolo al *pueblo*—.

El TEDH, sin embargo, ha considerado que la falta de organización por el Reino Unido de elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar constituía una violación del derecho de voto reconocido en dicho artículo; por lo cual, a los efectos de la aplicabilidad del artículo 3 del citado Protocolo equipara a este parlamento a los parlamentos nacionales, y a su cuerpo electoral —en el que se incluyen los residentes comunitarios, los que a efectos de estas elecciones son equiparados a los nacionales del Estado— al cuerpo electoral respectivo de éstos<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> El TEDH ha expresado su preocupación por el hipotético incremento de demandas que su entrada en vigor supondrá (ASSAMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE; *Document 8608*, párrafo 6, disponible en: <http://stars.coe.int/doc/doc00/fdoc8608.htm>, 13/11/02; por el momento, sólo 2 Estados Partes del CEDH, de los 10 necesarios para que el Protocolo número 12 entre en vigor, han prestado su consentimiento (CONSEIL DE L'EUROPE; *Traités Européennes*, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/CadrePrincipal.htm>, 13/11/02).

Esta futura coincidencia con el PIDCP hará que sea más factible aplicar al CEDH las palabras de McGOLDRICK relativas al PIDCP, sobre el que advierte que ofrece una mayor protección al extranjero que el Derecho internacional general, a la vez que contribuye por sí mismo al desarrollo progresivo del derecho consuetudinario en la materia (MCGOLDRICK, D.; *The Human Rights Committee. Its role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 21).

<sup>72</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; *Affaire Matthews c/ Royaume Uni*, Arrêt du 18 février 1999, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999, párrafo 65; argumentando que el Parlamento Europeo está suficientemente asociado a los procedimientos legislativos por los que se adoptan actos de derecho derivado, así como al control democrático general de las actividades de la Comunidad Europea (*ibid.*, párrafo 54).

C) Se reserva, aunque no en el CEDH sino en el artículo 2 del *Protocolo número 4*, el derecho a la libre circulación y la libertad de residencia a los extranjeros en situación regular o legal<sup>73</sup>; de esta manera, como ha confirmado el TEDH se infiere que dentro del régimen jurídico delimitado por el CEDH y sus Protocolos tampoco se reconoce el derecho a todo extranjero de entrar y permanecer en un Estado Parte<sup>74</sup>.

D) En cuanto a las diferencias de trato en el goce y disfrute de los derechos y libertades reconocidos, hay que tener presente:

- a) Primero, que ciertos derechos y libertades, dada su redacción en términos absolutos, no pueden ser objeto de un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros<sup>75</sup>.
- b) Segundo, que, los párrafos 3 y 4 del artículo 2 del *Protocolo número 4*<sup>76</sup> permiten restringir el ejercicio del derecho a la libertad

---

La *Directiva 93/109/CE*, de 6 de diciembre de 1993 (*DOCE*, L 329, de 30 de diciembre de 1993), por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión Europea residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales; su transposición en España se efectuó mediante la Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (*BOE*, 77, de 31 de marzo de 1994) —modificada a su vez por Ley Orgánica 3/1998, de 15 de junio de 1998 (*BOE*, 143, de 16 de junio de 1998)—; además, se adoptaron ciertas normas relativas a su inclusión en el censo electoral: el Real Decreto 2118/1993, de 3 de diciembre (*BOE*, 290, de 4 de diciembre de 1993), la Orden de 20 de diciembre de 1993 (*BOE*, 305, de 20 de diciembre de 1993) y la Orden de 28 de enero de 1994 (*BOE*, 25, de 29 de enero de 1994).

<sup>73</sup> Este reconocimiento se completa en el propio Protocolo número 4 con la *prohibición de expulsión de los nacionales* —artículo 3—, lo que sin duda supone un avance clarificador respecto al no pronunciamiento expreso del artículo 12 del PIDCP (UNITED NATIONS; *Document A/2929*, pp. 110-111, párrafo 59), así como la *prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros* —artículo 4—; asimismo, el Protocolo número 7 reconoce unas *garantías de procedimiento en caso de expulsión de los extranjeros* —artículo 1—, sólo para aquellos que residan legalmente, similares a las del artículo 13 del PIDCP.

España no es Parte de ninguno de estos dos Protocolos.

<sup>74</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, Arrêt du 28 mai 1985. *Série A*, 94, párrafo 67.

<sup>75</sup> Entre ellos, y sin ánimo de exhaustividad: el *derecho a la vida* (artículo 2); la *prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes* (artículo 3); la *prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado* (artículo 4); o el *derecho a un proceso equitativo*, en los términos previstos en el CEDH —artículo 6—.

<sup>76</sup> «3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la salvaguardia de los derechos y libertades de un tercero.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en cierta zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática».

circulación y a la libre elección de residencia, bajo ciertas garantías; éstas son similares a las del artículo 12 del PIDCP, si bien con una configuración más precisa de los fines susceptibles de legitimar las medidas restrictivas, y, sobre todo, con el añadido de la cautela de que éstas deban responder a las necesidades de una sociedad democrática<sup>77</sup>.

Pero, aun cuando se pudiera concebir que, por su redacción, es clara la intención de este artículo de impedir las distinciones entre los extranjeros que residen legalmente y los nacionales del Estado<sup>78</sup>, no parecería, *prima facie*, tan claramente opuesta al citado artículo una medida restrictiva bastante habitual como es la limitación geográfica de los permisos de residencia. La escasa jurisprudencia relativa al Protocolo número 4 no despeja del todo las incertidumbres en cuanto a su interpretación<sup>79</sup>.

- c) Y, tercero, se plantea tras lo expuesto si aquellos derechos y libertades que prevén ciertas excepciones o permiten a través de cláusulas restrictivas específicas introducir limitaciones al ejercicio de los mismos pueden derivar en diferencias de trato entre nacionales y extranjeros —e, inclusive, entre los propios extranjeros—.

En relación con el CEDH, el margen de discrecionalidad del que dispondrían los Estados parecería conformarse, en principio, de un modo más estricto que el autorizado por el PIDCP: primero, porque cuando los redactores del CEDH han creído preciso establecer una medida restrictiva dirigida básicamente a los extranjeros la han introducido de manera explícita —por ejemplo, dentro de las excepciones al derecho a la libertad y a la seguridad previstas en el artículo 5,1

---

<sup>77</sup> Lo que comportaría en su caso la aplicación preferente de la norma europea, por su mayor precisión y mayores garantías (J. MOURGEON; «Article 2», en: PETTITI, L.E. [directeur]; *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. 2.ª edición, Economica, Paris, 1999, p. 1049).

<sup>78</sup> GOMIEN, D.; HARRIS, D. & ZWAAK, L.; *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, p. 359.

<sup>79</sup> En la mayoría de los supuestos el artículo 2 del Protocolo número 4 ha sido alegado contra Italia, en relación con restricciones dirigidas contra sus propios nacionales; en el asunto *Piermont contra Francia*, relativo a un nacional alemán expulsado de los territorios de ultramar franceses de la Polinesia y Nueva Caledonia, el TEDH no apreció la violación de dicho artículo por cuanto el demandante no se encontraba en situación regular en ninguno de los dos territorios de los que fue expulsado (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; *Affaire Piermont c/ France*, Arrêt du 27 avril 1995. *Série A*, 314, párrafos. 44 y 49).

del CEDH<sup>80</sup>—; segundo, porque las limitaciones sometidas a cláusulas restrictivas deben superar un test de oportunidad, basado en las necesidades de la sociedad democrática europea y en la interpretación restrictiva de las mismas; y, tercero, porque la prohibición de toda discriminación del artículo 14 del CEDH descarta cualquier práctica que no responda a criterios objetivos y razonables en una sociedad democrática europea<sup>81</sup>.

Aun así, debe indicarse cómo el CEDH prevé un supuesto en el que la aplicación de determinadas limitaciones específicas al ejercicio por los extranjeros de ciertos derechos no resulta discriminatoria: al plantearse la restricción de la libertad de expresión y de la libertad de asociación en relación con las actividades políticas, prevista en el artículo 16 del CEDH<sup>82</sup>—; parece, pues, darse a entender que difícilmente son aceptables otras restricciones, aunque debe admitirse que una disposición como la del artículo 16 del CEDH comporta problemas interpretativos de entidad, sobre todo si se tiene presente la distinta amplitud que puede ofrecerse de una noción tan ambigua como la de *actividades políticas*.

En su decisión relativa a la aplicabilidad del artículo 16 del CEDH, el asunto *Piermont*, el TEDH no lo ha considerado aplicable en relación

---

<sup>80</sup> Se autoriza la detención preventiva o internamiento «para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición» —artículo 5, 1 f) del CEDH—; sin perjuicio de que tales medidas resulten legítimas desde el prisma del artículo 12 del PIDCP que sólo hace referencia genéricamente a que la privación se permite «por causas previstas en la ley».

<sup>81</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, Arrêt du 23 juillet 1968. *Série A*, 3, párrafo 10; en este sentido, hay que indicar que el TEDH ha dicho de manera terminante que constituirá un supuesto de discriminación el caso en que una persona o grupo es tratado, sin justificación suficiente, menos favorablemente que otro, incluso aunque el trato más favorable no haya sido establecido de forma explícita en el texto del CEDH (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire Abdulaziz, Cabalet et Balkandali, Arrêt du 28 mai 1985. *Série A*, 94, párrafo 82).

Al mencionar los criterios jurisprudenciales del TEDH sobre el artículo 14, y su aplicabilidad al Protocolo número 12, el informe explicativo del citado Protocolo advierte que toda distinción o diferencia de trato no equivale a una discriminación, pone precisamente el ejemplo de la existencia entre los Estados Miembros de distinciones fundadas en la nacionalidad en relación con determinados derechos y prestaciones (ASSAMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE; *Document 8608*, párrafo 19, disponible en: <http://stars.coe.int/doc/doc00/fdoc8608.htm>, 13/11/02).

<sup>82</sup> «Ninguna de las disposiciones de los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de reunión y de asociación) y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros».

con un parlamentario europeo que se encontrase en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea<sup>83</sup>, lo que parecería dar a entender que la igualdad de trato entre nacionales y residentes comunitarios que se predica de la creación de la ciudadanía europea —artículo 2 del Tratado de la Unión Europea<sup>84</sup>— así como también del artículo 12 del Tratado de la Comunidad Europea permite, desde el prisma del CEDH, asumir las diferencias de trato que ello comporta respecto a otros extranjeros, sin que ello pueda considerarse en modo alguno discriminatorio.

Más allá de la tendencia a la aceptación, por ahora en los ámbitos expuestos, del estatuto privilegiado de los residentes comunitarios en el ámbito de los Estados de la Unión Europea —todos ellos miembros del Consejo de Europa—, en el seno del Consejo de Europa se ha planteado la necesidad de que los extranjeros participen en la vida pública local, y de que, en consecuencia, se les otorgue al respecto un estándar jurídico más favorable que el derivado del CEDH y el Protocolo Adicional Primero<sup>85</sup>.

Así, se adoptó el 5 de febrero de 1992 la *Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*<sup>86</sup>, que garantiza a todo extranjero residente legalmente, según su Capítulo A, los derechos reconocidos en los artículos 10 y 11 del CEDH

---

<sup>83</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; *Affaire Piermont c/ France*, Arrêt du 27 avril 1995. *Série A*, 314, párrafo 64.

<sup>84</sup> Si bien el TEDH no se pronunció sobre esta cuestión, se ciñó a ponderar que la Sra. Piermont era una parlamentaria europea, ya que en el momento de los hechos, los tratados comunitarios no reconocían todavía la ciudadanía europea (*ibid*).

<sup>85</sup> El artículo 53 del CEDH (antiguo artículo 60) dispone que «[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte»; sin embargo, la hipotética falta de coherencia de la aplicación de los artículos 10 y 11 del CEDH, conforme al artículo 16, con las obligaciones jurídicas de los Estados Partes que lo son también del PIDCP —artículos 19, 21 y 22—, ha llevado a varios Estados Partes del CEDH —Alemania, Austria, Bélgica, Francia y Malta— a formular reservas sobre esos artículos del PIDCP, a los efectos de acomodar su aplicación a las exigencias del CEDH (OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS: *Treaties*, disponible en: [http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/ treaty5\\_esp.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/ treaty5_esp.htm), 11/11/02).

<sup>86</sup> Este tratado entró en vigor el 1 de mayo de 1997, y son Partes del mismo únicamente 6 Estados: Dinamarca, Finlandia, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia (CONSEIL DE L'EUROPE; *Traités Européennes*, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>, 13/11/02); aunque no forma parte del sistema del CEDH, los Estados Partes asumen obligaciones jurídicas respecto a derechos y libertades reconocidos en los artículos 10 y 11 del CEDH, y, por lo tanto, al contenido jurídico de los mismos.

en pie de igualdad con los nacionales —artículo 3—, con especial mención a la libertad de creación de sus propias asociaciones, obligando a los Estados a esforzarse por implicarles en los procesos de adopción de las decisiones a nivel local —artículo 4—; junto a este estándar mínimo, los Estados Partes pueden, alternativa o conjuntamente: establecer organismos consultivos locales para los residentes extranjeros —Capítulo B—; y reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los extranjeros que hayan residido legal y habitualmente en el Estado al menos durante los cinco años que precedan a las elecciones.

Finalmente, cabe hacer referencia a la importante jurisprudencia del TEDH sobre los límites del ejercicio discrecional por el Estado de su competencia migratoria<sup>87</sup>.

De la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 3 del CEDH —por el que se prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes—, se infiere que no se puede devolver, expulsar o extraditar a un extranjero en el supuesto de que exista el riesgo objetivo y cierto de que en el Estado al que puede ser enviado pueda ser sometido a tratos que vulnere el artículo 3 del CEDH<sup>88</sup> —muy especialmente, la tortura—; habiéndose, por ejemplo, considerado un *trato inhumano* la expulsión de un individuo preso en el Reino Unido, y enfermo terminal de SIDA, por cuanto ello supondría una reducción de su esperanza de vida y la causación de sufrimientos físicos y psíquicos extremos —pues en su lugar de retorno, Saint-Kitts, y a la vista de los problemas sanitarios de la isla,

---

<sup>87</sup> DE PRADA, J.R.; «La jurisprudencia de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con los extranjeros», en: PICO, C. (directora); *Extranjeros*. Cuadernos del Poder Judicial, CJPJ, Madrid, 1994, pp. 463-503; FOURTEAU, H.; *L'application de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit interne des États membres*. LGDJ, Paris, 1996, pp. 211-265; FULCHIRON, H.; *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. LGDJ, Paris, 1999; GOMIEN, D.; HARRIS, D. & ZWAAK, L.; *Op. cit.*, pp. 244-247; LAMBERT, P.; «Extradition et expulsion d'étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en: *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*. Xle Congrès de la Union d'Avocats Européennes (29, 30 et 31 mai 1997, Palma de Majorque), Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 63-78.

<sup>88</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; *Affaire Søering c/ Royaume-Uni*, Arrêt du 7 juillet 1989. *Série A*, 161, párrafos 90 a 91; *Affaire Cruz Varas et autres c/ Suède*, Arrêt du 20 mars 1991. *Série A*, 201, párrafos 80 a 82; *Affaire Vilvarah et autres c/ Royaume-Uni*, Arrêt du 30 octobre 1991. *Série A*, 215, párrafo 108; *Affaire Chahal c/ Royaume-Uni*, Arrêt du 15 novembre 1996. *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, párrafos 73, 74 y 90; *Affaire Ahmed c/ Autriche*, Arrêt du 17 décembre de 1996. *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, párrafo 39; *Affaire H.L.R. c/France*, Arrêt du 29 avril 1997. *Recueil des arrêts et décisions*, 1997, párrafos. 34, 37 a 44.

el tratamiento médico que podía esperar, así como las condiciones de alojamiento y alimentación inadecuadas no harían más que acelerar su enfermedad<sup>89</sup>—.

De la jurisprudencia del TEDH relativa al derecho a la vida familiar —artículo 8 del CEDH—, muy extensa, se deriva:

- que la expulsión o extradición de los extranjeros que poseen cierto arraigo familiar en el Estado puede llegar a constituir, en determinadas circunstancias, una injerencia injustificada en su el derecho a la vida familia reconocido en el artículo 8 del CEDH<sup>90</sup>; en estas decisiones, al interés general de ejecutar la expulsión, se oponen dentro de la apreciación de las circunstancias personales y familiares del demandante, la ausencia de vínculos con el país de origen, la presencia de los vínculos familiares directos en el Estado donde reside el extranjero, y valorando en menor medida, por ejemplo, como sucede en el *asunto Beldjoudi*, si el extranjero es o no un delincuente habitual; y, además,
- que existe una *obligación positiva*, según las circunstancias concurrentes y el interés general, de admitir y documentar a los familiares de un inmigrante en su territorio, sin que de ello se pueda inferir un derecho genérico a residir en el territorio del Estado o a obtener la reagrupación familiar<sup>91</sup>; esta jurisprudencia, esencialmente casuística, no cuestiona la libertad del Estado de fijar su política migratoria, más o menos restrictiva, y de impedir al Estado que controle la entrada de extranjeros parientes de los residentes en su territorio, pero sí que le opone ciertos límites a los efectos de encontrar, en el seno de la sociedad democrática, un equilibrio entre el interés público y el interés del individuo.

---

<sup>89</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire D *c/* Royaume-Uni, Arrêt du 21 avril 1997. *Recueil des arrêts et décisions*, 1997, párrafo 52.

<sup>90</sup> Por ejemplo, y sin pretensión alguna de exhaustividad: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire Moustaqim *c/* Belgique, Arrêt du 18 février 1991. *Série A*, 193; Affaire Beldjoudi *c/* France, Arrêt du 26 mars 1992. *Série A*, 234-A; Affaire Saïdi *c/* France, Arrêt du 20 septembre 1993. *Série A*, 261-C; Affaire Nasri *c/* France, Arrêt du 13 juillet 1995. *Série A*, 320-B; Affaire Bouchelkia *c/* France, Arrêt du 29 janvier 1997. *Recueil des arrêts et décisions*, 1997; Affaire Mehemi *c/* France, Arrêt du 26 septembre 1997. *Recueil des arrêts et décisions*, 1997; Affaire Bouljifa *c/* France, Arrêt du 21 octobre 1997. *Recueil des arrêts et décisions*.

<sup>91</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire Berrehab *c/* Pays-Bas, Arrêt du 21 juin 1988. *Série A*, 138, párrafos 25 a 29; Affaire Gül *c/* Suisse, Arrêt du 19 février 1996. *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, párrafo 38; Affaire Ahmut *c/* Pays-Bas, Arrêt du 28 novembre 1996. *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, párrafo 67.

En cuanto a las garantías del extranjero durante los procedimientos de expulsión, el TEDH ha negado la aplicabilidad a los mismos las garantías previstas en el artículo 6 del CEDH, en el cual se reconoce el derecho a un proceso equitativo; a diferencia de otros procedimientos administrativos sancionadores —a los que, bajo ciertas condiciones, sí se les han aplicado las garantías del artículo 6 del CEDH—, el argumento del TEDH se sustentó en el hecho de que las garantías previstas para los procedimientos de expulsión en el artículo 1 del Protocolo número 7 constituían una *lex specialis* en la materia, por lo que se advierte la voluntad de los Estados de no extender la aplicación del artículo 6 del CEDH a este tipo de procedimientos<sup>92</sup>.

## 2. La acción normativa del Consejo de Europa respecto al estatuto jurídico de los trabajadores migrantes

Dentro de los diversos aspectos específicos de los que se ha ocupado el Consejo de Europa en relación con el régimen jurídico aplicable de los derechos y libertades de los extranjeros, destaca el dedicado a la reglamentación de los derechos sociales de los trabajadores migrantes.

Así, más allá del estándar jurídico internacional que representa el CEDH para los extranjeros en materia de derechos civiles y políticos —y a través del cual, empero, se han logrado también fijar ciertos límites a la política estatal de admisión y autorización de residencia<sup>93</sup>—, el Consejo de Europa ha perfilado en paralelo un *régimen jurídico europeo relativo a los derechos sociales de los trabajadores migrantes*, del que

---

<sup>92</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; *Affaire Maoouia c/ France*, Arrêt du 5 octobre 2000. *Recueil des arrêts et décisions*, 2000, párrafo 37.

La razón por la que España por el momento no ha consentido en obligarse por los Protocolos números 4 y 7 al CEDH parece seguir siendo, según se pusiera de manifiesto en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, «un índice de probabilidad muy elevado de sentencias constatando violación de dichos protocolos» (CONGRESO DE LOS DIPUTADOS; *Diario de Sesiones*, VII Legislatura, 2001, número 235, p. 3477); aunque el principal problema respecto al Protocolo número 7 no sea el artículo 1, sino a las exigencias relativas a la jurisdicción penal de los artículos 2 y 4 del mismo.

<sup>93</sup> En relación con el derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de residencia, en el seno del Consejo de Europa se han elaborado además algunos tratados internacionales, tales como la *Convención europea de establecimiento*, de 13 de diciembre de 1955, el *Acuerdo Europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa*, de 13 de diciembre de 1957 (BOE, 156, de 1 de julio de 1982), y el *Acuerdo Europeo sobre circulación de jóvenes provistos de pasaportes colectivos entre los países miembros del Consejo de Europa*, de 16 de diciembre de 1981 (BOE, 161, de 7 de julio de 1982).

son piezas esenciales la *Carta Social Europea* —que, pese a ser un texto normativo de carácter general en materia de derechos sociales, aborda específicamente la cuestión de los derechos sociales del trabajador migratorio y de su familia— y el *Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante*.

#### A) *Los derechos sociales de los trabajadores migrantes en la Carta Social Europea*

La *Carta Social Europea*, de 18 de octubre de 1961, junto a los objetivos de política social descritos en su Parte I, prevé en su Parte II una serie de derechos sociales, en relación con los cuales los Estados Partes, conforme a la Parte III, se comprometen a *la carta*, es decir, con disponibilidad para elegir entre los derechos reconocidos aquellos respecto a los que están dispuestos a obligarse jurídicamente, dentro de los límites establecidos por el artículo 20, párrafo 1, b) y c) de la misma<sup>94</sup>.

En los *artículos 1 al 17*, la Carta Social Europea desarrolla un amplio catálogo de derechos socio-económicos dirigidos a mejorar, en general, el nivel de vida de la población de los Estado Partes, que precisa y delimita en términos obligacionales, y desde una perspectiva europea, el contenido jurídico del estándar mínimo universal del PIDESC.

Además, en los *artículos 18 y 19* de la Carta Social Europea se establecen obligaciones jurídicas específicas en relación con el fenómeno migratorio.

En el artículo 18 se hace referencia al *derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes Contratantes*, a través del cual los Estados se comprometen: primero, a aplicar de forma *liberal* la normativa aplicable; segundo, a liberalizar las normas jurídicas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros; tercero, a simplificar las formalidades existentes —reduciendo o suprimiendo asimismo las tasas a pagar—. Asimismo, a tenor del mismo, se reconoce el derecho de los nacionales del Estado Parte a salir de su territorio para realizar actividades lucrativas<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> Así, los Estados Partes se comprometen a obligarse «al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos. 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19» —letra b)—; y además, «por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que elija dicha Parte Contratante, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados».

España, al proceder a su ratificación, ha aceptado el conjunto de todos los derechos previstos en la Carta Social Europea (BOE, 153, 26 de junio de 1980).

<sup>95</sup> El Anexo a la Carta, empero, excluye expresamente de este compromiso las disposiciones sobre entrada en el territorio del Estado Parte en el que en hipótesis desease

Mientras, en el artículo 19 —uno de los siete artículos esenciales de la Carta Social Europea según su artículo 20, 1 b)— se regula el *derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia*. Esta disposición de la Carta Social Europea pretende comprometer a los Estados Partes, incluso respecto a los trabajadores por cuenta ajena en aquello que les resulte aplicables: primero, en relación con el desarrollo del proceso migratorio desde su inicio a su fin —párrafos 1 a 3, 6, 8 y 9<sup>96</sup>—; segundo, en relación con la necesidad de otorgar un trato no menos favorable que a los nacionales en lo tocante a remuneración y condiciones de empleo, afiliación sindical y disfrute de las ventajas derivadas de los convenios colectivos, y alojamiento —párrafo 4<sup>97</sup>—, así como también respecto a los impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo —párrafo 5— y a las acciones judiciales sobre cuestiones relativas a la tutela de los demás párrafos del artículo 19; y tercero, a permitir dentro de los límites legales la repatriación de beneficios o ahorros —párrafo 9—.

En cuanto a la aplicabilidad de un régimen jurídico como el de la Carta Social Europea, que predica una igualdad de trato en principio bastante generosa, debe advertirse:

- a) Que los artículos 1 a 17 son únicamente aplicables a los extranjeros residentes legales —o que trabajen «regularmente»—, que sean nacionales del resto de Estados Partes, sin perjuicio de que un Estado pueda de manera unilateral extenderlos a otras personas<sup>98</sup>.
- b) Que la igualdad de trato en materias de Seguridad Social y asistencia social y médica entre los nacionales de los Estados Partes

---

desarrollarlas, además de que «no afectan a las disposiciones de la Convención Europea de Establecimiento, firmada en París el 13 de diciembre de 1955», para aquellos Estados que sean Parte de la misma, así como a los compromisos que conforme a ella se hayan podido adquirir.

<sup>96</sup> Hay que destacar el compromiso de «facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero» —párrafo 6—, y el de no proceder a la expulsión de extranjeros salvo «si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas costumbres» —párrafo 8—; en ambos, supuestos siempre que el trabajador migratorio haya sido autorizado a residir legalmente.

<sup>97</sup> Se introduce la cautela de comprometer al Estado en la medida en que estas cuestiones vengán reguladas legal o reglamentariamente, o se hallen sometidas a su control; ello hace referencia a la posibilidad de que ciertos de estos aspectos pudieran sustraerse a la acción pública y estar sometidas únicamente al ámbito de las relaciones privadas.

<sup>98</sup> Anexo a la Carta Social Europea; son Partes de ella 25 Estados (CONSEIL DE L'EUROPE; *Traités Européennes*, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>, 13/11/02).

está supeditada y relacionada a las obligaciones jurídicas adquiridas a través de tratados internacionales, en general, y en particular respecto a la asistencia social y médica, a las obligaciones jurídicas derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, de 11 de diciembre de 1953<sup>99</sup> —artículos 12, 4 y 13, 4 de la Carta Social Europea—.

- c) Que los artículos 18 y 19 —los cuales, según el Anexo a la Carta Social Europea, constituyen parámetros de interpretación de los artículos 1 a 17 para su aplicación a los extranjeros comprendidos dentro de su ámbito de aplicación personal— se refieren, de un lado, como sujetos del proceso migratorio a los nacionales de los Estados Partes, y, de otro lado, a los trabajadores migrantes en situación de residencia legal procedentes de los Estados Partes como beneficiarios de la igualdad de trato con el nacional, en cuanto a la tutela de la protección y asistencia otorgadas en el artículo 19.
- d) Que, a tenor del Anexo, los Estados Partes se comprometen también a aplicar a los *refugiados* que residan de forma legal en su territorio el trato más favorable posible, y, en todo caso, no por debajo del establecido en la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, de 1951 —a la que se remite para determinar el concepto mismo de refugiado<sup>100</sup>—.
- e) Que, finalmente, el artículo 31 de la Carta Social Europea establece una *cláusula restrictiva general*<sup>101</sup>, que exigiría ponderar el carácter objetivo y razonable de cualquier trato discriminatorio.

El *Protocolo Adicional*, de 5 de mayo de 1988<sup>102</sup>, que viene a añadir otros derechos de carácter socio-económico —también sometidos a la elección a *la carta*—, aplica los mismos criterios que la Carta Social Europea en cuanto a la delimitación de su ámbito de aplicación perso-

---

<sup>99</sup> España prestó su consentimiento tanto al Convenio como a su Protocolo Adicional, de 11 de diciembre de 1952 (BOE, 41, de 17 de febrero de 1984).

<sup>100</sup> En relación con los refugiados, en el seno del Consejo de Europa se han adoptado el *Acuerdo Europeo relativo a la exención de visados para los refugiados*, de 20 de abril de 1959 (BOE, 174, de 22 de julio de 1982), y el *Acuerdo sobre la transferencia de responsabilidad respecto a los refugiados*, de 16 de octubre de 1980 (BOE, 176, de 24 de julio de 1987).

<sup>101</sup> Las restricciones deben estar «establecidas por la ley» y deben ser «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».

<sup>102</sup> BOE, 99, de 25 de abril de 2000; el Protocolo ha entrado en vigor para España el 23 de febrero de 2000.

nal<sup>103</sup>, si bien añadiendo como supuesto especial, similar al de los refugiados, el de los *apátridas*, de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954; en los mismos términos, se pronuncia la *Carta Social Europea Revisada*, de 3 de mayo de 1996 —en vigor desde el 1 de julio de 1999—, en la que además de compendiarse el catálogo de derechos socio-económicos de la Carta Social Europea y el Protocolo Adicional, se amplía dicho catálogo con nuevos derechos —artículos 24 a 31<sup>104</sup>—.

B) *El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante*

El *Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante*, de 24 de noviembre de 1977 (*CETM*)<sup>105</sup>, pretende establecer un estándar jurídico mínimo europeo, dirigido, según su Preámbulo, «a facilitar la promoción social y el bienestar de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias», que se caracteriza:

- a) En relación con su *ámbito de aplicación personal*, por estar éste constituido por todo nacional «de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado»

<sup>103</sup> Son Parte de él 10 Estados (CONSEIL DE L'EUROPE; *Traités Européennes*, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>, 13/11/02); los Estados, a tenor de su artículo 5, deben elegir al menos uno de los derechos previstos en los artículos 1 al 4 del Protocolo.

<sup>104</sup> Según el artículo A de la Parte II los Estados elegirán seis de nueve artículos —se añaden a los ya previstos en la Carta Social Europea de 1961 el artículo 7 (que en la Carta Social Europea Revisada se numera de igual forma) y el artículo 1 del Protocolo Adicional (que en la Carta Social Europea Revisada se corresponde con el artículo 20—; y, además, hasta una cifra que llegue a los 16 artículos o 63 párrafos numerados.

El Anexo de la Carta Social Europea Revisada, al igual que el de la Carta Social Europea, considera que los derechos reconocidos —en este caso, los dispuestos en los artículos 1 a 17 y 24 a 31— son extensibles sólo a los extranjeros residentes legalmente o trabajadores regulares que sean nacionales de los Estados Partes.

Por otro lado, la Carta Social Europea Revisada incluye en su artículo E una cláusula general de no discriminación similar a la del artículo 14 del CEDH, que ha de servir para que las diferencias de trato respecto a los derechos reconocidos deban adecuarse a la exigencia de contar con un motivo objetivo y razonable para no ser consideradas como discriminatorias (Anexo a la Carta Social Europea Revisada).

España no es Parte de la Carta Social Europea Revisada.

<sup>105</sup> *BOE*, 145, de 18 de junio de 1983; junto a España son Partes del mismo: Francia, Italia, Noruega, Portugal, Países Bajos, Suecia y Turquía (CONSEIL DE L'EUROPE; *Traités Européennes*, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>, 13/11/02).

—artículo 1,1—, y, en la medida en que así se autorice, por su familia; es decir, se reduce a los trabajadores migrantes en situación regular de los Estados Partes y a sus respectivas familias<sup>106</sup>.

- b) En relación con su *objeto*, que se infiere de su Preámbulo, por pretender asegurar a los trabajadores migratorios de los Estados Partes «un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida, en todo lo que se refiere a las condiciones de vida y trabajo»; de este modo, se pretende garantizar un estándar mínimo de trato, igual al de los nacionales, respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, sin perjuicio de que se reconozca esa equiparación respecto a determinados derechos civiles y políticos<sup>107</sup>. Ello no obsta para que, al estar el trabajador migratorio sometido también a las normas del Estado de acogida respecto a su entrada y salida de mismo, y tal y como muestran los Capítulos II y IV del CETM, se incluyan disposiciones relativas al conjunto del proceso migratorio: desde el reclutamiento del trabajador migrante en el Estado Parte de origen hasta su retorno al mismo.
- c) En relación con su *contenido jurídico*, por perfilar dos ámbitos diferenciados:

—Primero, el referente al *régimen jurídico aplicable a los movimientos migratorios del trabajador migrante* —artículos 2 a 7

---

<sup>106</sup> Además, el artículo 1,2 del CETM excluye de su ámbito de aplicación personal: a los trabajadores fronterizos; a los artistas y a los deportistas, empleados por un período corto de tiempo; a quienes ejerzan una profesión liberal; a los marinos; a quienes realicen prácticas profesionales; a los trabajadores de temporada; a los trabajadores nacionales de un Estado Parte que realicen en otro Estado Parte por cuenta de una empresa que tenga su sede social fuera de dicho Estado Parte.

Según GOLSONG, por su ámbito de aplicación personal restringido, este tratado internacional podría llegar a considerarse, desde los parámetros del Derecho internacional de los derechos humanos, como generador de un trato discriminatorio; no obstante, siendo ello quizá discutible, señala a continuación que no pueden aplicársele dichos parámetros porque el citado Convenio, de una parte, no es una prolongación del CEDH —un Protocolo adicional al mismo—, y, de otra parte, que no puede ser evaluado solamente desde el prisma del Derecho internacional de los derechos humanos (GOLSONG, H.; «La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant», en: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL; *Les travailleurs étrangers et le droit international*. XII Colloque de la SFDI [25-26-27 mai 1978], Pedone, Paris, 1979, p. 233).

<sup>107</sup> Se tutela, por ejemplo, el derecho de recurso ante los tribunales y las administraciones públicas —artículo 26—, el cual proyectaría de forma particularizada las previsiones del artículo 6 del CEDH; asimismo, se hace referencia al derecho a la afiliación sindical —artículo 11 del CEDH—.

y 30 del CETM—, es decir, a aquellas condiciones y formalidades exigibles respecto a la admisión y autorización para trabajar en el Estado Parte de acogida, así como a aquellas dirigidas a facilitar su hipotético retorno.

- Segundo, el referente al *régimen jurídico aplicable a la estancia y ejercicio de la actividad laboral del trabajador migrante* —artículos 8 a 29 del CETM—. Dentro de este segundo apartado se establecen: de un lado, ciertas reglas de actuación para los Estados Partes sobre las condiciones y formalidades a que puede someter al extranjero en relación con la residencia y al trabajo en su territorio<sup>108</sup>; y, de otro lado, determinadas necesidades de naturaleza socio-económica y cultural respecto a las que, según el CETM, los residentes legales deben ser equiparados por los Estados Partes a sus nacionales<sup>109</sup>.

Inevitablemente, surge la tentación de realizar una comparación entre el CETM, que pretende la formulación de un estatuto del trabajador migrante de carácter europeo, y el proyecto que de un estatuto del trabajador migrante a escala universal proyecta la CTFM.

Esta comparación ha de partir del presupuesto de que la CTFM presenta dos regímenes jurídicos diferenciados —para todos los trabajadores migratorios y, en particular, para los trabajadores migratorios documentados o en situación regular—, sin que además un futuro Estado Parte de la misma pueda discriminar en su aplicación entre trabajadores migratorios procedentes de otro Estado Parte o de un Estado que no sea Parte. Aspectos esenciales que no se encuentran reflejados en la CETM.

Entre otras posibles diferencias adicionales, hay que advertir:

<sup>108</sup> Respecto a los *permisos de trabajo y residencia* —artículos 8 y 9—, la *acogida* —artículo 10—, la *percepción de pensiones alimenticias* —artículo 11—, la *reagrupación familiar* —artículo 12—, la posibilidad de *transferencia de ahorros* —artículo 17—, la *defunción* —artículo 18—, el trato en materia del *impuesto sobre la renta del trabajo* —artículo 23—, y el *reempleo* —artículo 25—.

<sup>109</sup> Se establece esta equiparación respecto a los derechos que a continuación se enumeran: *vivienda* —artículo 13—, *formación* —artículos 14 y 15—, *condiciones de trabajo* —artículo 16—, *seguridad social* —artículo 18—, *asistencia social y médica* —artículo 19; teniendo en cuenta en este caso las obligaciones internacionales y, en particular, el *Convenio Europeo sobre Asistencia Social y Médica*, de 1953—, *accidentes de trabajo, enfermedad profesional e higiene en el trabajo* —artículo 20—, *inspección de trabajo* —artículo 21—; *vencimiento de contrato y desempleo* —artículo 24—, *derecho de recurso ante la justicia y las administraciones* —artículo 26—, *recurso a los servicios de colocación* —artículo 27—, *derechos sindicales* —artículo 28—, y *participación en los asuntos de la empresa* —artículo 29—.

- en primer lugar, que, si bien en ambos tratados se estipula la equiparación de trato entre nacionales y extranjeros respecto a ciertos derechos socio-económicos —por ejemplo, el derecho a la Seguridad Social (artículos 18 del CETM y 27 de la CTMF)—, de acuerdo con las leyes y los tratados internacionales, en el caso de la CTMF, esa igualdad se predicaría respecto a todos los trabajadores migratorios, y no sólo respecto a los trabajadores migratorios documentados o en situación regular, como sucede en el CETM;
- en segundo lugar, la CTMF contempla en sus artículos 40 a 42 la participación social y política de los trabajadores migratorios documentados o en situación regular en defensa de sus intereses y aspiraciones, lo cual no se prevé en el CETM, que se limita a asegurarles el ejercicio de sus derechos sindicales —artículo 28 del CETM—<sup>110</sup>; y,
- finalmente, en ambos supuestos está prevista la reagrupación familiar en el supuesto de trabajadores migratorios debidamente autorizados para trabajar y residir, respecto a su cónyuge e hijos menores solteros a su cargo —el artículo 44,2 de la CTMF incluye también relaciones de convivencia con efectos equivalentes al matrimonio—. No obstante, el artículo 12 del CETM establece inequívocamente que los familiares del trabajador migrante, cónyuge e hijos menores no casados, «están autorizados» a reunirse con él, «siempre que éste disponga para su familia de una vivienda considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región en que está empleado», si bien dicha reagrupación puede supeditarse igualmente a la disponibilidad de medios económicos suficientes —obligación jurídica que puede derogarse con carácter temporal, conforme al párrafo 3 del artículo 12 del CETM—; mientras, por el contrario, el compromiso del artículo 44,2 de la CTMF se limita a solicitar a los Estados que tomen las medidas apropiadas para facilitar la reagrupación.

---

<sup>110</sup> En torno a los derechos sindicales, la CTMF, en cambio, contempla su garantía a favor de todos los trabajadores migratorios y sus familias —artículo 26—, aunque sin afirmar expresamente la equiparación de trato con los nacionales.

## V

# La incidencia de la reglamentación jurídica internacional de los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español: la configuración constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España

Es perceptible cómo la ONU y el Consejo de Europa han mostrado una amplia coincidencia en las directrices fundamentales que han dirigido el tratamiento jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en el marco del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos: se propugna en paralelo una equiparación restringida entre los derechos y libertades de los nacionales y de los extranjeros, que no se extiende al conjunto del catálogo de derechos y libertades incluidos dentro del estándar mínimo reconocido, tanto a escala universal como a escala regional europea.

En primer lugar, se manifiesta la ausencia de una igualdad plena y total entre los nacionales y extranjeros respecto a los derechos y libertades de los que son titulares, conforme a las normas jurídicas internacionales que protegen los derechos humanos; la cual, tanto en el ámbito universal como regional, tiene dos manifestaciones fundamentales: por una parte, el no reconocimiento del derecho al sufragio activo y pasivo para los extranjeros —de modo que la participación en las decisiones sociales y políticas sigue circunscribiéndose a los propios ciudadanos, al pueblo soberano— y, por otra parte, la limitación del reconocimiento del dere-

cho a la libre circulación y a la libre elección de residencia a los extranjeros que cuenten con la autorización del Estado para entrar y permanecer en su territorio —por lo que se admite la necesidad de respetar la soberanía del Estado en materia migratoria, así como la licitud *in genere* de la distinción entre los extranjeros en virtud de la regularidad o no de su situación legal en el Estado—.

En segundo lugar, esta desigualdad tiene otra manifestación relevante en la posibilidad de que los Estados puedan establecer diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de los derechos y libertades, a partir de las facultades restrictivas otorgadas a los Estados a través de las excepciones y cláusulas restrictivas, generales o específicas, introducidas en los tratados internacionales que desarrollan el Derecho internacional de los derechos humanos; aun sujetándose a las condiciones requeridas para el ejercicio de estas facultades, los Estados disponen de un amplio margen de maniobra para introducir lícitamente diferencias de trato entre nacionales y extranjeros —e incluso entre los propios extranjeros entre sí—, tanto en relación con los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin perjuicio de lo anterior, hay que advertir cómo determinados derechos y libertades quedarían excluidos de esta posibilidad —por ejemplo, el derecho a la vida o la prohibición de la tortura—, en la medida en que proyectan de manera más directa el valor de la dignidad humana; asimismo es apreciable una progresiva atenuación de esa diferenciación en el trato, a partir de la propia dinámica evolutiva del desarrollo normativo internacional, así como de la dinámica interpretativa de las normas jurídicas internacionales —tal y como demuestra la práctica internacional, por ejemplo, a través de las observaciones del Comité de Derechos Humanos o del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien de las sentencias del TEDH—.

Finalmente, las normas jurídicas adoptadas en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, y pese a que la práctica estatal no siempre resulte plenamente coincidente con las obligaciones jurídicas internacionales asumidas al respecto, han supuesto la asunción de un estadio más en el progresivo avance hacia la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos y libertades respecto a las reglas derivadas del estándar mínimo de trato humano previamente formalizado por la vía consuetudinaria internacional —quizá, a escala universal, la única excepción sea el del respeto al derecho a la propiedad del extranjero—.

Desde esta perspectiva, hay que destacar, en el ámbito universal, la aportación cualitativa que supone la adopción de la CTMF en el seno de la ONU, pese a las dificultades para su entrada en vigor —debido,

quizá, a la tendencia político-jurídica hacia la que apuntan sus disposiciones—, y, en el ámbito regional europeo, tanto las aportaciones jurisprudenciales del TEDH en relación con los límites de la política migratoria del Estado, como la cierta apertura a la participación política de los extranjeros que supone la Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local.

La reglamentación jurídica de los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español no es ajena a estos parámetros jurídicos internacionales, puesto que las obligaciones jurídicas internacionalmente asumidas por España en materia de protección internacional de los derechos humanos han de ser tenidas en cuenta en la determinación de la política normativa de los poderes públicos españoles.

Es importante indicar como punto de partida imprescindible a estos efectos que, en el ámbito del régimen jurídico de extranjería español, y debido a la integración plena de España en la Unión Europea, se configura en el ordenamiento jurídico español la existencia de un *estatuto jurídico privilegiado*, aplicable a los *extranjeros comunitarios*, frente a un estatuto jurídico común, aplicable, en principio, al conjunto de los extranjeros no comunitarios<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Ello se reflejaba en la redacción inicial de la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y, en concreto, en su artículo 1,2, el cual establecía que los «nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables»; la nueva redacción del artículo 1,2, conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha hecho desaparecer esta mención.

El artículo único, párrafo 3, del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que aprobó el *Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000*, modificada conforme a la Ley Orgánica 8/2000 (*BOE*, 174, de 21 de julio de 2001; corrección errores *BOE*, 240, 6 de octubre de 2001—, remedió siquiera parcialmente esta falta de referencia, al establecer que la aplicación del mismo resultaba supletoria o a los efectos que pudieran ser más favorables respecto a las normas jurídicas comunitarias relativas a entrada y permanencia de nacionales de otros Estados Miembros de la Unión Europea —las cuales son, además, extensibles a los nacionales de los Estados Partes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo—.

Al respecto de la delimitación de los destinatarios del régimen jurídico común general de extranjería se debe advertir: primero, que de la normativa comunitaria se desprende también la cuasi-asimilación de ciertas categorías de personas a los residentes comunitarios —por ejemplo, los cónyuges de los mismos—, incluso en el supuesto de que su nacionalidad no sea la de ninguno de los quince Estados Miembros; segundo, que de los acuerdos suscritos por la Comunidad Europea y los Estados Miembros con terceros Estados se desprende el establecimiento de un régimen jurídico muy favorable, tendente a su equiparación con los nacionales en diversos aspectos, para los nacionales

Junto al establecimiento de ese estatuto jurídico privilegiado para los extranjeros comunitarios, la pertenencia a la Unión Europea implica, para aquellos Estados Miembros que como España lo han aceptado, la participación en el desarrollo del *espacio Schengen*, el cual ha comportado la adopción respecto al fenómeno migratorio y al control de las fronteras exteriores de una serie de medidas en orden a la armonización y coordinación de las legislaciones estatales en materia de migraciones exteriores —por ejemplo, respecto a los visados<sup>112</sup>—.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam ha supuesto un cambio cualitativamente relevante en el tratamiento de las cuestiones relacionadas con la inmigración: primero, porque se plantea a través del Protocolo número 2 al Tratado de Ámsterdam la integración del *acervo Schengen* en el marco de la Unión Europea; y, segundo, porque se ha añadido al Tratado de la Comunidad Europea un Título IV, bajo la denominación *Visados, asilo inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*, de conformidad con el artículo 2.15 del Tratado de Amsterdam—, que supone la comunitarización<sup>113</sup> de las políticas relativas a las cuestiones enumeradas y, en consecuencia, la posibilidad de que se dicten actos normativos de Derecho comunitario derivado sobre estas materias que obliguen a los Estados.

En el contexto de la Unión Europea, además, desde el prisma de los derechos y libertades, es preciso hacer referencia a la adopción de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>114</sup>, la cual

---

de estos terceros Estados; tercero, que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que en este apartado no ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, excluye a ciertos grupos de extranjeros de su ámbito de aplicación —por ejemplo, los agentes diplomáticos—; cuarto, que en la citada Ley también se establecen regímenes jurídicos particularizados, por ejemplo, en lo referente a la protección de los menores extranjeros; y, quinto, que la aplicación del régimen jurídico común de extranjería siempre quedará a expensas de los tratados internacionales a los que España preste su consentimiento, que introduzcan obligaciones jurídicas en la materia.

<sup>112</sup> El *espacio Schengen* «comporta actualmente una política restrictiva en relación con los [extranjeros] no comunitarios (BORRÁS, A.; «Los estatutos de los extranjeros en España», en: ESCOBAR, C. [editora]; *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*. Colección Escuela Diplomática, número 3, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 1998, p. 15).

<sup>113</sup> TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.; «Los inmigrantes no comunitarios en la Unión Europea». *Anuario de Derecho Internacional*, 2000, XVI, p. 339.

Como señala el artículo 3, 1 del Tratado de la Comunidad Europea, para alcanzar los fines que animan su constitución, la acción comunitaria debe dirigirse, entre otros ámbitos, a la adopción de «medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del título IV» —letra e)».

<sup>114</sup> DOCE, C 364, de 18 de diciembre de 2000.

se interrelaciona plenamente con las tendencias político-jurídicas descritas con anterioridad, partiendo de la distinción entre ciudadanos de la Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: así, por ejemplo, se restringe el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión, así como en las elecciones municipales —artículos 39 y 40—, y asimismo se limita la libertad de circulación a los ciudadanos de la Unión —artículo 45—; mientras, a parte de extender la titularidad de una buena parte de derechos y libertades a *toda persona*, oferta la igualdad de trato solamente a los «nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros» en materia de condiciones de trabajo —artículo 15,3—.

A partir de estas consideraciones iniciales, es posible intentar realizar, con carácter general —dejando para más adelante el análisis de otros aspectos que suscita en esta materia la pertenencia de España a la Unión Europea—, una evaluación de la incidencia de las normas jurídicas internacionales relativas a la protección de los derechos y libertades de los extranjeros en España; a tal efecto, es indispensable adoptar como referente fundamental la configuración constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros.

En el marco del Título I de la Constitución española, junto al no reconocimiento formal de la igualdad entre españoles y extranjeros ante la ley —puesto que es evidente que el artículo 14 de la Constitución la extiende únicamente a «[t]odos los españoles»—, el punto de referencia de la configuración constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España se encuentra en el artículo 13 de la Constitución española, y, en particular, en sus párrafos 1 y 2<sup>115</sup>:

«1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

---

<sup>115</sup> Tal y como indica el Tribunal Constitucional, la «inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o, incluso, que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido», ya que hay que tener precisamente en cuenta lo establecido en el artículo 13 (STC 107/1984, de 23 de noviembre, Fundamento Jurídico Tercero).

Según el Tribunal Constitucional, el párrafo 1 del artículo 13 de la Constitución española no implica que «los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes»<sup>116</sup>, si bien, a pesar de que «los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales», dicha formulación implica que todos ellos «sin excepción en cuanto a su contenido» resultan «derechos de configuración legal»<sup>117</sup>. De este modo, la nacionalidad de la persona puede ser un aspecto relevante para modular su ejercicio en la medida de lo que dispongan los tratados y las leyes.

A partir de estos parámetros, el Tribunal Constitucional, muy especialmente en su STC 107/1984, parece inclinarse por contemplar tres categorías de derechos y libertades desde el prisma de la equiparación nacional/extranjero en materia de derechos y libertades:

A) Existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros: el propio artículo 13 de la Constitución española restringe la titularidad del derecho de participación en los asuntos públicos y del derecho de acceso a la función pública establecidos en el artículo 23 del texto constitucional —salvo en los supuestos en que, conforme al artículo 13, quepa otorgarles el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales<sup>118</sup>—.

B) Existen derechos y libertades que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y que no admiten una regulación distinta en su

---

<sup>116</sup> STC 99/1985, de 30 de septiembre, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>117</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre, Fundamento Jurídico Tercero.

<sup>118</sup> Hay que tener presente cómo la *Directiva 94/80/CE*, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión Europea (*DOCE*, L 368, de 31 de diciembre de 1994), y modificada por la *Directiva 96/30/CE* (*DOCE*, L 122, de 22 de mayo de 1996), y que ha sido transpuesta en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (*BOE*, 130, de 31 de mayo de 1997).

En relación con el derecho de acceso a la función pública, debe tenerse presente la restrictividad. con que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha interpretado la noción de *empleo en la Administración Pública* que legitima la exclusión de la libre circulación de trabajadores de ciertas modalidades de trabajo conforme al vigente artículo 39,4 del Tratado de la Comunidad Europea —antiguo artículo 48,4—, de manera que ciertos empleos que se integran en la función pública española no están vedados a los nacionales de los demás Estados Miembros de la Comunidad Europea; igualmente, hay que tener presente que el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/2000, en su vigente redacción, equipara también con los españoles en este ámbito a los extranjeros residentes —aquellos que cuentan con un permiso de residencia, conforme al artículo 29, 3 de la misma—.

ejercicio entre unos y otros, de manera que respecto a ellos se produce una completa igualdad; se trata de aquellos derechos esenciales para asegurar a todo individuo su dignidad humana, que, a tenor del artículo 10,1 de la propia Constitución, es un «fundamento del orden político» español; sin ánimo de exhaustividad, un ejemplo sería el del derecho a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española.

C) Finalmente, en relación con otros derechos y libertades se permite la existencia de discriminación en el trato al extranjero, según lo que dispongan los tratados y las leyes —sin perjuicio de que, en todo caso, deba respetarse, según advierte el Tribunal Constitucional, el contenido esencial del mismo<sup>119</sup>—; se precisa, en consecuencia, de normas jurídicas internacionales de carácter convencional o de leyes para configurar jurídicamente el contenido de los derechos y libertades para los extranjeros.

Puede afirmarse, a partir de esta categorización, que de la Constitución española se infiere también un sistema jurídico de *equiparación restringida* entre españoles y extranjeros en materia de derechos y libertades, coincidiendo en este sentido con las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por España y, en particular, con los tratados internacionales en materia de derechos humanos de carácter universal.

No obstante, la perspectiva jurídico-política que propicia la asunción de este nivel de equiparación es diferente en uno y otro supuesto: mientras que en consonancia con el artículo 7 de la Declaración Universal se parte en el ámbito jurídico universal de la igualdad entre todos los seres humanos ante la ley —y, en el ámbito del Consejo de Europa, parece que se tiende a ello ya que, como se ha visto, se ha adoptado el Protocolo 12 al CEDH—, por lo que las posibles distinciones en relación con los derechos y libertades reconocidos deben apreciarse como excepciones o limitaciones que deben ponderarse desde el prisma de que no comporten un atentado al principio de no discriminación, en el ordenamiento jurídico español se parte de la inexis-

---

<sup>119</sup> «El art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, (...). Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra cosa es entender que esta autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (STC 115/1987, de 7 de julio, Fundamento Jurídico Tercero).

tencia de esa igualdad —artículo 14 de la Constitución—, y de que en relación con ciertos derechos y libertades —no aquellos inherentes a la noción de dignidad humana del artículo 10,1 de la Constitución— las leyes y los tratados internacionales determinarán el grado de igualdad o desigualdad en su goce y disfrute.

En este contexto, es evidente que el contenido jurídico obligacional de los tratados internacionales aceptados por España constituye un elemento que puede coadyuvar a configurar en un sentido restrictivo esa hipotética desigual, aun más teniendo en cuenta la *función interpretativa* que esos mismos tratados internacionales adquieren por imperativo del artículo 10,2 de la Constitución<sup>120</sup>.

A este respecto, hay que añadirle el problema de que la propia Constitución no efectúa una clara catalogación de aquellos derechos y libertades susceptibles de ubicarse en ambas categorías<sup>121</sup>; bien es

---

<sup>120</sup> «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

De conformidad con este artículo, los tratados internacionales son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos constitucionales (STC 38/1981, de 23 de noviembre, Fundamento Jurídico Cuarto). Además, no sólo debe tenerse en cuenta la propia letra del tratado internacional, sino también, de existir, sino la interpretación que de su contenido jurídico obligacional puedan hacer los órganos encargados de supervisar su aplicación; por ejemplo, se ha indicado que por imperativo del artículo 10,2 de la Constitución la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento jurídico (STC 303/1993, de 25 de octubre, Fundamento Jurídico Octavo), y que su doctrina debe «presidir la interpretación de las normas tuteladoras» de los derechos fundamentales (STC 60/1995, de 17 de marzo, Fundamento Jurídico Cuarto).

<sup>121</sup> El Tribunal Constitucional realizó una enumeración incompleta, a modo de ejemplo, en su STC 107/1984 de los derechos y libertades que, de entre los incluidos en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I, corresponden en pie de igualdad a españoles y extranjeros, incluyendo: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral (artículo 15); el derecho a la intimidad (refiriéndose el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del artículo 18); así como el derecho a la libertad ideológica, añadiéndole la libertad religiosa y de culto (artículo 16).

En relación con el resto de posibles derechos y libertades, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es básica; así, por ejemplo, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, ha indicado que es irrelevante la nacionalidad del demandante de amparo «no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas...»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (STC 99/1985, de 30 de septiembre de 1985, Fundamento de Derecho Segundo).

cierto que la propia redacción de ciertos artículos del texto constitucional no ayuda demasiado a catalogar los derechos y libertades reconocidos, considerando que en algunos de ellos se realiza, al delimitar los titulares del correspondiente derecho o libertad, una reserva a los *españoles* o a los *ciudadanos*.

Esto sucede, por ejemplo, con el artículo 19 de la Constitución en el cual se afirma que sólo «[l]os españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional»; a pesar de ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que la referencia del artículo 19 «no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental [del derecho de residencia y desplazamiento]», considerando además que los artículos 12 y 13 del PIDCP «se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero en España»<sup>122</sup>. Es perceptible, entonces, cómo, de una parte, a pesar de su redactado no se excluye a los extranjeros del ámbito de aplicación personal de dicho derecho, siempre de conformidad con leyes y tratados, y, de otra parte, como un tratado internacional, el PIDCP, juega un papel relevante para configurar los límites de la actividad normativa del Estado en materia de expulsión de extranjeros.

En el mismo sentido, hay que tener presente la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 35, derecho de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo Segundo del Título I, por el cual «todos los españoles» tienen el derecho al trabajo; en relación con el derecho a ser contratado y, por tanto a trabajar, el alto tribunal ha indicado que «no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo —lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con

---

No obstante, si bien es cierto que existe respecto a la libertad de expresión (artículo 20) la impresión generalizada de su inclusión en este capítulo —junto al derecho a la libertad y seguridad (artículo 17), al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24), al principio de legalidad sancionadora y la naturaleza rehabilitadora de las penas (artículo 25) y al derecho a la educación (artículo 27)—, es cierto igualmente que en orden a la participación accionarial en los medios de comunicación social se imponen ciertos límites a los extranjeros (LÁZARO, I.; «Derechos y libertades de los extranjeros en España», en: ADROHER, S. y CHARRO, P. [coordinadoras]; *La inmigración. Derecho español e internacional*. Bosch, Barcelona, 1995, p. 210)., como sucede con él artículo 19,4 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (BOE, 108, de 5 de mayo de 1988), modificado por Ley 50/1998, de 30 de diciembre (BOE, 313, de 31 de diciembre de 1988).

<sup>122</sup> STC 242/1994, de 20 de julio, Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto; en el mismo sentido STC 94/1993, de 22 de marzo, Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto, o bien, STC 116/1993, de 29 de marzo, Fundamento Jurídico Segundo.

excepciones—», aunque partiendo en este caso de que «sólo se reconoce el derecho al trabajo para los españoles»<sup>123</sup>, por lo que dicho derecho corresponde inicialmente a los españoles, excepto que los tratados internacionales o las leyes prevean lo contrario —y, por supuesto, resulta constitucional establecer un sistema de autorización previa—.

Esto mismo sucede respecto al derecho a la igualdad —artículo 14—, ya que como ha indicado el Tribunal Constitucional, al juzgar la alegación de trato discriminatorio de un trabajador legal marroquí en relación con la no concesión de la prestación de desempleo en relación con el artículo 41 de la Constitución —que prevé, dentro de los principios rectores de la política social y económica, el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social «para todos los ciudadanos» ante situaciones de necesidad tales como el desempleo—, su extensión al extranjero «dependerá de que por ley o tratado internacional aplicable le esté atribuido como a los españoles»<sup>124</sup>. Pero esta decisión jurisdiccional pone de manifiesto otra cuestión, que la Auto 23/1992, había abordado anteriormente: que no resulta contrario al artículo 14 de la Constitución española, por lo expuesto, que existan diferencias de trato entre los distintos grupos de extranjeros, sea por su procedencia de ciertos Estados —por ejemplo, el régimen jurídico privilegiado de ciertos residentes comunitarios—, o, inclusive, por su situación regular o no en España, a partir de las leyes y los tratados internacionales<sup>125</sup>.

En idéntico sentido, debe interpretarse la STC 115/1987 en la que se considera que la reglamentación sobre el derecho de asociación del artículo 8, 2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, era inconstitucional, ya que «establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22, 4 de la Constitución también para los extranjeros» pero sin que, en ningún momento, se planteara el problema de si la restricción en el artículo 8, 1 de la Ley Orgánica 7/1985 del derecho de asociación a los residentes irregulares es contraria también a la Constitución<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre, Fundamento Jurídico Cuarto.

<sup>124</sup> STC 130/1995, de 11 de septiembre, Fundamento Jurídico Segundo; se alegan como fundamento normativo de dicha igualdad al respecto, entre ciertas normas jurídicas internacionales, el *Convenio 97 relativo a los trabajadores migrantes* de la OIT, así como el artículo 41,1 del *Reglamento 2211/1978 del Consejo*, de 26 de septiembre, por el que se celebra el *Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y Marruecos (DOCE, L 246, de 27 de septiembre de 1978)*.

<sup>125</sup> ATC 23/1992, de 27 de enero, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>126</sup> STC 115/1987, de 7 de julio, Fundamento Jurídico Tercero; en el artículo 8,2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, preveía la posibilidad de que el Consejo de Minis-

Tampoco hay nada que impida la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de regímenes jurídicos diferenciados derivados de la existencia de ciertos *estatutos jurídicos internacionales privilegiados*, tal y como sucede con *refugiados* y *apátridas* —teniendo en cuenta que, como ya se ha indicado, España es Parte del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, así como del Protocolo de 1967, y del Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas—, cuando además el artículo 13,4 de la Constitución española dispone que mediante ley se establecerán los términos por los cuales las personas que se encuentren en dichas situaciones podrán obtener el amparo de las autoridades españolas.

A este respecto, hay que tener en cuenta que en la Ley 5/1984, reguladora del *Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado*, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo, y en la que tanto en relación con el contenido del asilo como en cuanto a los requisitos de su reconocimiento, se hace remisión al Convenio de 1951 y al Protocolo de 1967<sup>127</sup>; así como en el *Convenio de 19 de junio de 1990 sobre la Aplicación del Acuerdo de Schengen de 15 de junio de 1985* y el *Convenio de 15 de junio de 1990 sobre la Determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados Miembros de las Comunidades Europeas* se hace mención al concepto de refugiado de dichos tratados internacionales<sup>128</sup>.

De lo expuesto, y en orden a la delimitación de la configuración constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España, se puede inferir:

---

tros pudiera acordar la suspensión de actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros.

Igualmente, en la STC 95/2000, de 10 de abril, y en relación con los artículos 41 (derecho a la Seguridad Social) y 43 (derecho a la salud) se aceptó el criterio diferenciador de la legalidad o ilegalidad, al establecerse como requisito de acceso al derecho a la asistencia sanitaria (STC 95/2000, de 10 de abril, Fundamentos Jurídicos Cinco a Siete).

<sup>127</sup> BOE, 74, de 27 de marzo de 1984, y BOE, 122, de 23 de mayo de 1994, respectivamente. En orden a la concesión del asilo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que se pruebe, siquiera de manera indiciaria, que concurren en él las circunstancias de persecución del Convenio de 1951 (como muestra de una aquilatada doctrina al respecto, STS de 16 de marzo de 1999 [RJAranzadi, 2900/1999]; de 19 de junio de 1997 [RJAranzadi, 1998/5909]).

<sup>128</sup> BOE, 181, de 30 de julio de 1991, y BOE, 183, de 1 de agosto de 1997, respectivamente.

Asimismo, deben tener en cuenta el *Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo*, aprobado mediante Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (BOE, 52, de 2 de marzo de 1995), y el *Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida*, aprobado mediante Real Decreto 865/2001 (BOE, 174, de 21 de julio de 2001).

- primero, la importancia de los tratados internacionales en orden a la configuración del régimen jurídico aplicable a los extranjeros respecto a determinados derechos y libertades constitucionalmente previstos, dadas las previsiones del artículo 13 de la Constitución así como por la prevalencia de las disposiciones del tratado internacional en caso de colisión con las normas legales que se les opongan, por lo que operan como límite de las mismas; y,
- segundo, que deberá estarse a las leyes que desarrollen esos derechos y libertades, y, muy en particular, a la *ley vigente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España*, si es que ésta, como sucede, se considera necesaria por parte del legislador.

## VI

# La incidencia de la reglamentación jurídica internacional de los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español: la reglamentación básica del régimen jurídico español de extranjería

La reglamentación básica del régimen jurídico español de extranjería se configura a través de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, tal y como ésta ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre<sup>129</sup> —además de complementada por el ya mencionado Reglamento de ejecución, adoptado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio—.

Desde la óptica de la adecuación del ordenamiento jurídico interno a las obligaciones jurídicas internacionales adquiridas por España en materia de protección de los derechos humanos, la redacción original de la Ley Orgánica 4/2000 (*L.O. 4/2000*) supuso, en paralelo con la tendencia hacia la equiparación progresiva manifestada por el Derecho internacional de los derechos humanos, un avance relativamente positivo en relación con la Ley Orgánica 7/1985, no sólo por extender ciertos derechos y libertades a los extranjeros que se encuentran en España

---

<sup>129</sup> Publicadas, respectivamente, en *BOE*, 10, de 12 de enero de 2000 (corrección de errores en *BOE*, 20, de 24 de enero de 2000) y en *BOE*, 307, de 22 de diciembre de 2000 (corrección de errores en *BOE*, 47, de 23 de febrero de 2001).

pero que no disponen de la debida autorización para ello —siguiendo la terminología de la propia L.O. 4/2000<sup>130</sup>—, sino también por demostrar una voluntad integradora respecto de los inmigrantes en situación regular, acorde con su propio título, y correlativa asimismo a la atenuación del régimen sancionador aplicable en relación con lo previsto en la Ley Orgánica 7/1985<sup>131</sup>.

Amparándose, en teoría, en la voluntad de responder al fenómeno estructural que supone la inmigración desde una perspectiva de conjunto —según se desprende del Apartado I de la Exposición de Motivos<sup>132</sup>—, se planteó la reforma de la L.O. 4/2000, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (L.O. 8/2000).

En relación con la reforma del Título I de la L.O. 4/2000, relativo a los *derechos y libertades de los extranjeros*<sup>133</sup>, el Apartado IV de la Ex-

<sup>130</sup> La L.O. 4/2000 efectúa una «[r]elativización de la irregularidad del extranjero como criterio para excluirle de la titularidad de ciertos derechos, apartándose de lo que prescribía la L.O. 7/1985 y es normal en Derecho comparado», con la pretensión, de una parte, de «plasmar más intensamente los principios y valores del artículo 10» de la Constitución, y, de otra parte, de «evitar situaciones de gran precariedad social a los extranjeros irregulares, mediante el reconocimiento de ciertos derechos sociales básicos» (CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDROBO DE CARLOS, J.M.; «La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico de sus principales novedades». *Migraciones*, 2000, 7, p. 32).

Algunos de aquellos aspectos que demuestran esta valoración positiva de la L.O. 4/2000 en su redacción original se particularizarán a lo largo de este apartado, aun cuando pueda señalarse igualmente, no sin razón, que la L.O. 4/2000 «denota un escaso rigor terminológico» y un «abundante número de defectos o imprecisiones técnicas (*Ibid.*, p. 55).

<sup>131</sup> Así, por ejemplo, ni el hecho de encontrarse irregularmente en territorio español —artículo 49 a) de la L.O. 4/2000, en su redacción original— ni el hecho de encontrarse trabajando en España sin permiso de trabajo o sin haber solicitado el mismo —artículos 48 c) y 49 b) de la L.O. 4/2000, en su redacción original— constituían infracciones que *per se* comportaban la sanción de expulsión de territorio español, conforme al artículo 53 de la propia L.O. 4/2000, a diferencia de las previsiones del artículo 26, 1, letras a) y b) de la Ley Orgánica 7/1985.

<sup>132</sup> En el mismo se señala que el objetivo es conjugar la perspectiva «del control de flujos, la de la integración de los residentes extranjeros, o la del codesarrollo de los países de origen»; resaltándose que «nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tempere».

Como puede observarse, entre los motivos aducidos para justificar la modificación de la L.O. 4/2000, no se hace referencia expresa alguna a compromisos internacionales de España cuyo objeto sea la protección de los derechos y libertades de la persona humana, adquiridos a partir de la acción normativa de otros ámbitos institucionales distintos de la Unión Europea —como podrían ser la ONU, la OIT o el Consejo de Europa—.

<sup>133</sup> Cuestión de importancia esencial dentro del esquema de la reglamentación jurídica sectorial, ya que ha de inspirar y servir de referente a la regulación de los otros dos

posición de Motivos señala dos objetivos esenciales que justificarían la introducción de ciertas reformas a la L.O. 4/2000: primero, «cumplir con el mandato constitucional del artículo 13» —teniendo presente la doctrina del Tribunal Constitucional—; y, segundo, conjugar «este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, *especialmente* como país miembro de la Unión Europea»<sup>134</sup>. Respecto a esta última condición, se destaca que «[l]os Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea acordaron el mes de octubre de 1999 en Tempere que se debía garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residieran legalmente en el territorio de sus Estados», dentro de la cual se encuentra la adopción de una política de integración encaminada «a reconocer a estos residentes derechos y obligaciones comparables a las de los ciudadanos de la Unión», fomentando la ausencia de discriminación así como combatiendo el racismo y la xenofobia.

Desde este punto de partida, se entiende que las «modificaciones introducidas a este Título I de la Ley destacan por la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades»; afirmación que resulta cuando menos curiosa, incluso chocante, ya que no se ajusta a la realidad jurídica de las mismas: en primer lugar, porque la nueva redacción, empleando *a sensu contrario* los términos empleados en la Exposición de Motivos, tiende a rebajar de modo sensible la cota de los derechos y libertades garantizados a los extranjeros —y, muy especialmente, a los extranjeros que no cuentan con la autorización para permanecer o residir en España—; y, en segundo lugar, porque si la L.O. 4/2000 introducía, en su artículo 3,1, como principio normativo el de la igualdad de condiciones entre españoles y extranjeros en el goce de los derechos y libertades constitucionales<sup>135</sup>, la modifica-

---

aspectos básicos del régimen jurídico de extranjería: la determinación de las diversas situaciones en que pueden encontrarse los extranjeros en territorio español y la potestad sancionadora de la Administración respecto a las infracciones de la ley.

<sup>134</sup> El enfatizado es propio, y pretende resaltar que, de nuevo, al precisar la necesidad de que la legislación en la materia se ajuste a los compromisos internacionales, la Exposición de Motivos de la L.O. 8/2000 como ya sucediera en el Apartado I de la Exposición de Motivos, recurre fundamentalmente a las exigencias derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea.

<sup>135</sup> Se afirmaba en el artículo 3, 1 de la Ley Orgánica 4/2000 que «[l]os extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica»; así, pues, dentro de los límites y condiciones de ejercicio que pudieran derivarse de la propia Ley Orgánica y de la Constitución, se predicaba la igualdad como punto de partida legal y no como excepción, de forma que «[s]e deroga con ello cualquier discriminación añadida anterior y se deja establecido

ción efectuada supone un cambio cualitativamente relevante, ya que parece reducir el principio de igualdad a un criterio interpretativo general para la regulación de su ejercicio.

Estas modificaciones, en el sentido que han sido realizadas, no son exigidas como parece darse a entender en la Exposición de Motivos, ni por el artículo 13 de la Constitución —que, precisamente, explicita sólo la necesidad de la configuración legal de los derechos y libertades de los extranjeros en España pero no si ésta debe efectuarse en un sentido más o menos restrictivo; por lo que ésta es neutral sobre la cuestión de, si dentro de los parámetros constitucionales que limitan la discreción del legislador, la ley ha de ser más o menos tendente a la equiparación de derechos—, ni por los compromisos internacionales adquiridos por España. A este último respecto, el Derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que tiene como fin el establecimiento de *estándares mínimos* —a escala universal y regional—, no exige a ningún Estado que intente adecuarse a esos estándares mínimos cuando su normativa interna resulte más garantista<sup>136</sup>; asimismo, tampoco la pertenencia de España a la Unión Europea justificaría *per se* la necesidad de estas modificaciones, en la medida en que sus objetivos parecen dirigirse a la integración de los extranjeros de terceros Estados residentes de manera regular, así como al mantenimiento de una política firme de control de los flujos migratorios —lo que no implica la negación de ciertos derechos y libertades esenciales a los extranjeros en situación irregular—.

A partir de lo expuesto, es posible intentar analizar en qué medida las disposiciones del Título I de la L.O. 4/2000, tras su modificación por la L.O. 8/2000, se ajustan a las normas internacionales de protección de los derechos humanos que obligan a España; para ello, se partirá de la distinción, propia del Derecho internacional de los derechos humanos, entre *derechos civiles y políticos* y *derechos económicos, sociales y culturales*.

---

hacia el futuro que sólo por Ley Orgánica podrán introducirse nuevas discriminaciones (y es discutible, incluso, que valga para ello cualquier Ley Orgánica, dado que ya no se hace referencia, como en la L.O. 7/1985, a la capacidad de limitación de las leyes sectoriales en términos generales)» (CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDROBO DE CARLOS, J.M.; *Op. cit.*, p. 29).

<sup>136</sup> A modo de ejemplo, el artículo 53 del CEDH establece que «[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

## 1. Los derechos civiles y políticos

Mientras que las modificaciones introducidas por la L.O. 8/2000 respecto a los artículos 4 —*derecho a la documentación*— y 5 —*derecho a la libertad de circulación*— de la L.O. 4/2000 no parecen proyectar ni cambios extraordinarios, ni desacuerdos significativos en referencia al Derecho internacional de los derechos humanos, sí en cambio merecen un análisis más detenido las adoptadas en relación con la *participación en la vida política y social del extranjero*, a la *vida familiar del extranjero*, y al *derecho a la tutela judicial efectiva*.

—En cuanto a la *participación en la vida política y social del extranjero*, debe partirse de la constatación de que, conforme al Derecho internacional de los derechos humanos, la titularidad de los derechos políticos queda, en principio, reservada a los nacionales del Estado —criterio que conforme al mandato constitucional recoge la L.O. 4/2000<sup>137</sup>—.

Asumiendo que el derecho de sufragio activo y pasivo no agota en sí mismo todas las formas y cauces de participación socio-política de la persona, la redacción original de la L.O. 4/2000 estableció, en su artículo 6,2 de la L.O. 4/2000, la posibilidad de que, a los efectos de «tomar parte en los debates y decisiones municipales que les conciernen» tal y como se establece en la legislación local, los extranjeros residentes —es decir, sólo «los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente», a tenor del artículo 29, 3 de la L.O. 4/2000 (antiguo artículo 27)— pudieran «elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes»<sup>138</sup>; con ello, la L.O. 4/2000 se aproximaba a las disposiciones normativas de los tratados internacionales más abiertos a esta vía participativa, y de los que, empero, España

---

<sup>137</sup> El artículo 6,1 de la L.O. 4/2000, redactado conforme a la L.O. 8/2000, establece, en concordancia con el artículo 13, 2 de la Constitución, que los extranjeros residentes «podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen» —explicitándose, respecto al texto original, la aplicabilidad del criterio de reciprocidad—.

<sup>138</sup> En consecuencia, cuando la L.O. 4/2000 emplea el término *extranjero residente* se refiere al «extranjero en situación de residencia regular, es decir, amparado con permiso de residencia o análogo título jurídico» (CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDROBO DE CARLOS, J.M.; *Op. cit.*, p. 34), excluyendo a quien se encuentra en la situación de *estancia* descrita en el artículo 29,1 de la L.O. 4/2000 —lo que no se explicitaba de forma tan precisa en el antiguo artículo 27—; el artículo 6, 2 de la L.O. 4/2000, en su redacción original, exigía para ello que estuviesen empadronados en un municipio y que no tuvieran derecho a participar en las elecciones locales.

no es Estado Parte: el artículo 42 de la CTMF<sup>139</sup> y el Capítulo B de la *Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*, de 5 de febrero de 1992.

La L.O. 8/2000 procedió a redactar el artículo 6, 2, desde una percepción más restrictiva de los derechos de participación de los extranjeros residentes en situación regular, empadronados en un municipio, ya que procedió a eliminar la posibilidad de elección democrática de los representantes de ese colectivo, limitándose a afirmar que los extranjeros residentes regularmente y empadronados «tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local», pudiendo ser oídos de conformidad con los reglamentos de aplicación.

De ahí que los extranjeros residentes en situación regular y debidamente empadronados, a la vista de la remisión normativa efectuada, sean titulares y puedan ejercitar aquellos derechos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local<sup>140</sup> (*Ley 7/1985*) —modificada a estos efectos por la Ley 4/1996, del Padrón Municipal de Habitantes<sup>141</sup>, y, particularmente, de los derechos que se explicitan en los artículos 18, 1 y 69 a 72 de la Ley 7/1985 a favor de todos los *vecinos* del municipio<sup>142</sup> —aunque con exclusión del derecho de sufragio activo y pasivo, por imperativo del artículo 13 de la Constitución española y del artículo 6, 1 de la L.O. 4/2000, redactado conforme a la L.O. 8/2000, salvo que lo hayan adquirido a través de un tratado internacional—.

Pero esta atribución de derechos de participación a los extranjeros residentes en situación regular y debidamente empadronados tiene

---

<sup>139</sup> En su párrafo 2, en particular, se estipula que los Estados «facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o participación de los trabajadores migratorios y sus familiares [siempre que estén documentados o en situación regular] en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales».

<sup>140</sup> *BOE*, 80, de 3 de abril de 1985 (corrección de errores en *BOE*, 139, de 11 de junio de 1985); en concordancia con la misma, el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre [*BOE*, 305, de 22 de diciembre de 1986 y corrección de errores en *BOE*, 12, de 14 de enero de 1987]).

<sup>141</sup> *BOE*, 11, de 12 de enero de 1996.

<sup>142</sup> Así, dispondrían, por ejemplo, del derecho a participar en la gestión municipal, a ser informados previa petición razonada y a dirigir solicitudes a la Administración local, o bien, solicitar la celebración de consulta popular —apartados b), e) y f) del artículo 18, 1 de la Ley 7/1985—; mientras que los artículos 69 a 72 de la Ley 7/1985 regulan una serie de aspectos relativos a la información y participación ciudadana como la publicidad de las sesiones del Pleno, la certificación de acuerdos y la consulta de archivos, la potenciación de la participación municipal a través de las asociaciones de vecinos.

otro efecto que, podría calificarse de *colateral*, si se advierte que, a tenor del artículo 15 de la Ley 7/1985, son *vecinos* —y, en consecuencia, hipotéticos titulares de los derechos regulados en las disposiciones anteriormente citadas de la Ley 7/1985— «[l]os inscritos en el Padrón municipal».

Así, pues, la L.O. 8/2000 comporta que, aquellos derechos que conforme al artículo 15 de la Ley 7/1985 son de titularidad de todos los vecinos —sean nacionales o extranjeros, residentes en situación regular o aquellos que se encuentran en situación irregular, siempre que estén debidamente empadronados—, les sean negados a los extranjeros en situación irregular, aunque se encuentren debidamente empadronados, ya que la redacción dada por la L.O. 8/2000 al artículo 6, 2 de la L.O. 4/2000 reserva inequívocamente los derechos de participación previstos en la Ley 7/1985 a los extranjeros residentes en situación regular empadronados.

Este argumento ha de verse complementado con tres razonamientos adicionales: primero, que su naturaleza jurídica de *lex specialis* de carácter subjetivo, fundamentada en la propia Constitución española —artículo 13—, hará que sus preceptos deban prevalecer sobre las normas jurídicas que con carácter general regulan el ámbito de aplicación personal de los titulares de los derechos del vecino en la esfera municipal; segundo, y si lo anterior no fuera suficiente, que la redacción de la Disposición derogatoria de la L.O. 8/2000 es suficientemente terminante al respecto<sup>143</sup>, resultando, en todo caso, operativa respecto a la Ley 7/1985 en la materia descrita; y, tercero, que, además, la propia Ley 7/1985 —tras su modificación en 1996— haría innecesaria la aplicación de la referida regla derogatoria, ya que el artículo 18, 2 de la Ley 7/1985 en su nueva redacción contempla una cláusula remisoria a leyes como pueda ser la L.O. 4/2000, redactada conforme a la L.O. 8/2000, respecto a la determinación de la titularidad de los derechos de los extranjeros empadronados, ya que «[l]a inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España *ni les atribuirá ningún derecho que nos les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España*»<sup>144</sup>.

Analizada en términos generales, esta tendencia restrictiva de la L.O. 8/2000 no parecería ir en contra de las normas jurídicas interna-

---

<sup>143</sup> En su párrafo 1, se lee cómo «[q]uedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la presente Ley».

<sup>144</sup> El subrayado es propio.

cionales en materia de derechos humanos vinculantes para España —que no prevén forma alguna de participación política—.

La cuestión, empero, merece una reflexión más pormenorizada si se tiene presente que el artículo 72 de la Ley 7/1985 dispone que las entidades locales «favorecen el desarrollo de asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos», y que nada indica en la normativa básica local que se deba excluir de ellas a los extranjeros empadronados en situación irregular —por lo que, de acuerdo al artículo 18, 2 de la propia Ley 7/1985, habría que estar a lo que se diga al respecto en otras leyes—.

Ello nos permite encuadrar el problema dentro de la cuestión más general de la limitación del ejercicio del derecho de asociación a quienes «obtenzan autorización de estancia o residencia en España» —artículo 8 de la L.O. 4/2000, redactada conforme a la L.O. 8/2000—, restricción que en su redacción original se circunscribía a la facultad de ejercer como promotores de nuevas asociaciones; limitación que, asimismo, no parecería desprenderse de la legislación que desarrolla el precepto constitucional por el cual «[s]e reconoce el derecho de asociación» —artículo 22, 1—<sup>145</sup>, y de la que, en suma, se infiere la imposibilidad de que con carácter general y en términos absolutos los extranjeros en situación irregular puedan ejercer el derecho de asociación.

Así, la compatibilidad de las limitaciones al ejercicio de su derecho a la libertad de asociación por parte de los extranjeros en situación irregular con las normas jurídicas internacionales en la materia se presenta en dos planos: uno, de naturaleza general, y, otro, de naturaleza específica referida al ejercicio de su derecho de asociación en el marco de la vida local. Ambos, y muy singularmente el segundo, permiten formularse la pregunta de si puede seguir considerándose en la actualidad legítimo, desde el prisma de las restricciones que autorizan los tratados internacionales en materia de derechos humanos al derecho de asocia-

---

<sup>145</sup> Dejando de lado el asociacionismo sindical y político, que tienen sus normas específicas, y también la preconstitucional Ley 191/64, de 24 de diciembre (*BOE*, 311, de 28 de diciembre de 1964), el derecho de asociación ha sido regulado a falta de una Ley Orgánica que desarrolle el artículo 22 de la Constitución, por ejemplo, en Cataluña, a través de la Ley 7/1997, de 18 de junio (*DOG*, 2424, de 1 de julio de 1997) y en el País Vasco, a través de la Ley 3/1998, de 12 de febrero (*BOPV*, 42, de 1 de marzo de 1998); ambas, artículos 2 y 5, explicitan que las mismas son creadas por *personas*, físicas o jurídicas, sin que se exprese prohibición alguna hacia ciertas categorías de personas físicas por causa de su nacionalidad y situación, regular o no, en España.

En relación específicamente con las asociaciones vecinales, el Real Decreto 2568/1986 desarrolla los aspectos esenciales de su régimen jurídico que la Ley 7/1985 sólo apunta (artículos 232 a 236).

ción —y que conforme al artículo 22 del PIDCP y el artículo 11 del CEDH deben responder a las necesidades de una sociedad democrática—, el mantenimiento de tal exclusión, considerando que: primero, la facultad de poder asociarse parecería formar parte del contenido esencial e inherente del derecho, debiendo demostrarse la existencia de una necesidad social imperiosa para justificar la restricción de su ejercicio hacia este colectivo; segundo, porque difícilmente operaría, en relación con el CEDH, el artículo 16 del mismo<sup>146</sup>, debiéndose enjuiciar desde la óptica de su razonabilidad y objetividad los criterios justificativos de la distinción entre españoles y extranjeros, y entre extranjeros regulares e irregulares —considerando, además, que otras leyes españolas, como la propia Ley 7/1985, no emplean dicho criterio diferenciador—; tercero, el hecho de que parece difícil entender como lícita una restricción de carácter absoluto como la planteada que impide la participación en cualquier tipo o modalidad de ámbito asociativo<sup>147</sup>; y, finalmente, la tendencia evolutiva del propio Derecho internacional de los derechos humanos, tanto a escala universal —artículos 26 y 40 de la CTMF— como regional —el Capítulo A de la *Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*, de 5 de febrero de 1992—.

Este incertidumbre valorativa podría extenderse, igualmente, y con planteamientos similares, a la limitación del ejercicio del derecho de reunión y manifestación a los extranjeros residentes regulares o en situación de estancia regular en España, tras la modificación del artículo 7 de la L.O. 4/2000<sup>148</sup>.

—En cuanto a la *vida familiar del extranjero*, ésta es reconocida, sin que la L.O. 8/2000 haya introducido modificación alguna, como un de-

<sup>146</sup> Como se comentará a continuación respecto al derecho de reunión.

<sup>147</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire *Rekvenyi c/ Hongrie*, Arrêt du 20 mai 1999. *Recueil des arrêts et décisions*, 1999, párrafos 49 y 61.

<sup>148</sup> En relación con el derecho de reunión tampoco se aprecia ninguna distinción entre españoles y extranjeros en la Ley Orgánica 9/83, sobre el Derecho de Reunión, de 15 de julio (BOE, 170, de 18 de julio de 1983), modificada por Ley Orgánica 4/97, de 4 de agosto (BOE, 186, de 5 de agosto de 1997) y Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril (BOE, 96, de 22 de abril de 1999).

A este respecto, cabe indicar que el TEDH —tampoco el Estado demandado hizo demasiado hincapié en ello—, respecto al derecho de reunión, no recurrió al artículo 16 del CEDH, en relación con la restricción del derecho de reunión de la demandante en un caso relativo al encierro en una iglesia de extranjeros en situación irregular en reclamación de ser documentados, para justificar como necesaria la medida de desalojo adoptada por las autoridades (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; Affaire *Cisse c/ France*, Arrêt du 9 avril 2002. *Recueil des arrêts et décisions*, 2002, párrafos 41 a 54).

recho solamente del extranjero residente en situación regular —artículo 16, 1 de la L.O. 4/2000—; el mismo se complementa con el derecho del mismo a poder reagruparse con sus familiares —artículo 16, 2 de la L.O. 4/2000—, y a que, en consecuencia, se les conceda a sus familiares la necesaria autorización de residencia. La única diferencia apreciable con el redactado anterior es que, a diferencia de la previsión de la L.O. 8/2000, la redacción original se consideraba como titulares de un derecho subjetivo a la situación de residencia en España a los familiares del extranjero residente, y no a éste.

La L.O. 4/2000 parece moverse dentro de los parámetros del Derecho internacional de los derechos humanos. Aun así, la regulación posterior que se efectúa de extremos conexos a la vida familiar del extranjero no despeja todas las posibles incertidumbres respecto a que, ahora y en el futuro, puedan existir problemas de compatibilidad en la práctica con normas jurídicas internacionales que sean o puedan llegar a ser aplicables, aun a pesar de que éstas tienden a ser muy respetuosas con el derecho del Estado a determinar su política migratoria.

En primer término, la noción de *familia* a efectos de la autorización de residencia por reagrupación familiar —artículo 17 de la L.O. 4/2000 redactado conforme a la L.O. 8/2000— resulta algo restrictiva frente a las tendencias normativas internacionales, ya que excluye a las parejas no matrimoniales o de hecho, contempladas, por ejemplo, en el artículo 44 de la CTMF y en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar<sup>149</sup>; y, en la medida en que la noción de familia que su doctrina ha aquilatado en relación con el derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH pueda ser aplicada, en la jurisprudencia del TEDH. Asimismo, el TEDH introduce, sin carácter general, y bajo ciertas circunstancias específicas, otro supuesto

---

<sup>149</sup> Aunque sea en términos facultativos, ya que en su artículo 4, párrafos 2 y 3 se incluyen como familiares a los que los Estados miembros *podrán*, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia: a) los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar necesario en el país de origen; b) los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no puedan subvenir objetivamente a sus propias necesidades debido a su estado de salud; y c) el compañero no casado nacional de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, o del nacional de un país tercero que constituya con el reagrupante una pareja de hecho registrada (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM [2002] 225 final*).

A diferencia de la Propuesta de Directiva inicial, efectuada en el año 2000, en cuyo artículo 5, en que los Estados Miembros se obligaban a autorizar la entrada y permanencia si se cumplían el resto de requisitos exigidos (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Documento COM [2000] 640 final*).

de vida familiar no perfilado en la L.O. 4/2000: el de los hijos mayores de edad dependientes que conviven con sus padres<sup>150</sup>.

En segundo término, podría comportar problemas de compatibilidad con el artículo 8 del CEDH —tal y como lo interpreta el TEDH—, por el hecho de que, tras la modificación del artículo 16, 3 de la L.O. 4/2000, se prevea que por vía reglamentaria pueda establecerse un tiempo previo de convivencia para que el cónyuge que haya adquirido la residencia por causa familiar y sus familiares puedan conservar la autorización de residencia en caso de ruptura del vínculo matrimonial; ello podría ser así, en el supuesto, por ejemplo, de que el cónyuge no pudiera seguir residiendo de manera regular por ese motivo, y debiera por ello abandonar España, de forma que fuese separado de sus hijos menores, interrumpiéndose su vida familiar si no puede mantener un régimen de visitas regular.

Y, en tercer término, porque los vínculos familiares que establece el artículo 57,6 de la L.O. 4/2000 a los efectos de impedir la imposición de la sanción de expulsión por infracción de la Ley, de una parte, no contemplan todas las situaciones que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, pueden bajo ciertas circunstancias comportar que la expulsión sea contraria al derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH —por ejemplo, parejas de hecho o hijos mayores de edad que conviven con sus padres y dependen de ellos—, y, de otra parte, porque exige que en los supuestos contemplados, que se corresponden con las personas reagrupables con el residente regular —artículo 17 de la L.O. 4/2000—, dichas personas «hayan residido legalmente en España durante más de dos años», lo que podría dar origen, según las circunstancias, a que se vulnerase el artículo 8 del CEDH.

—Finalmente, en cuanto al *derecho a la tutela judicial efectiva*, el artículo 20 de la L.O. 4/2000 (antiguo artículo 18), tras enunciar que

---

<sup>150</sup> Estos dos supuestos de *familia* no incluidos en la Ley Orgánica podían encontrar una solución, ciertamente forzada, pero en todo caso no ajustada a la propia naturaleza de las cosas —pues se está ante modalidades existentes de familia diferentes de las explicitadas en la L.O. 4/2000 a efectos de reagrupación familiar—, a través de las razones humanitarias barajadas como supuesto de autorización de residencia en el apartado f) del artículo 17 de la primitiva L.O. 4/2000; el mismo, empero, ha sido suprimido por la L.O. 8/2000.

La cuestión es que tampoco el artículo 41 del Reglamento de ejecución, en desarrollo del artículo 31 de la L.O. 4/2000 (antiguo artículo 29), al aclarar las *razones humanitarias*, *circunstancias excepcionales*, o la *situación de arraigo* previstas en su párrafo 4 como susceptibles de habilitar al extranjero para poder obtener un permiso de residencia temporal, parece dar cabida plena a estos supuestos vinculados a una concepción amplia de la noción de *familia*.

todos los extranjeros, sin distinción, tienen derecho a ella —párrafo 1—, perfila más bien los términos generales de cuáles son las garantías jurídicas exigibles a los procedimientos administrativos relativos a la aplicación del régimen jurídico de extranjería —párrafos 2 y 3<sup>151</sup>—, las cuales incluyen el derecho a recurrir, conforme a las leyes, y en vía tanto administrativa como jurisdiccional, los actos y resoluciones adoptados en relación con los extranjeros —artículo 21 de la L.O. 4/2000 (antiguo artículo 19).

Aun cuando las garantías jurídicas anteriores parezcan cumplir las exigencias del artículo 13 del PIDCP<sup>152</sup>, pueden presentar problemas en cuanto a su efectividad, sobre todo en aquello que se refiere a la posible ejecución de la expulsión con anterioridad a la imposición del recurso contencioso-administrativo. Así, si la ejecución de una expulsión puede comportar la vulneración del artículo 3 del CEDH —que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, en el caso de que la expulsión ponga en riesgo al extranjero de sufrir tales tratos en el Estado receptor— y del artículo 8 del CEDH —derecho a la vida familiar, si la expulsión comporta una interrupción ilegítima de la misma—, el hecho de que en el artículo 21,2 se establezca, en relación con los expedientes tramitados con carácter preferente<sup>153</sup>, que el régimen de ejecutividad de los actos administrativos se regirá por las disposiciones de la propia L.O. 4/2000, incrementa el riesgo potencial de que se produzcan tales violaciones —dejando a salvo la posterior praxis administrativa— frente al procedimiento ordinario. Y ello, porque conforme al artículo 63,4 de la L.O. 4/2000 en estos casos la ejecución de la expulsión será inmediata, y sólo en el supuesto de estancia irregular en territorio español del artículo 53, a) de la L.O. 4/2000, en relación con la cual el extranjero acredite haber solicitado permiso de residencia temporal por situación de arraigo —artículo 31,4 de la L.O. 4/2000—, el asunto se sustanciará por el procedimiento sancionador ordinario; además, en esta vía de tramitación preferente, se disponen de 48 horas para la presentación por el interesado de sus alegaciones tras el traslado de la propuesta de expulsión, tal y como sucedía en el artículo 30,2 de la Ley Orgánica 7/1985, por lo que resulta mucho más sumaria y rápida que la derivada de la aplicación del Real Decreto 1398/93,

---

<sup>151</sup> Se ha optado, finalmente, y a diferencia de la anterior redacción, por exigir la motivación de la resolución denegatoria del visado sólo a ciertos tipos de visado y no a todos —artículo 27, 5 de la L.O. 4/2000—.

<sup>152</sup> Ver Nota 36.

<sup>153</sup> Conforme al artículo 63 de la propia Ley Orgánica, los supuestos de las infracciones previstas en el artículo 53, a) d, y f) y el artículo 54, 1, a) y b) de la L.O. 4/2000.

de 4 de agosto, incluso cuando en relación con el mismo se adopta el trámite de urgencia<sup>154</sup> —y, en consecuencia, más difícil la defensa del interesado—.

En orden a hacer efectivas las garantías jurídicas tanto del procedimiento administrativo como el jurisdiccional, el artículo 22, 1 de la L.O. 4/2000 —antiguo artículo 20,1— reconoce a continuación a todos los extranjeros que carezcan de recursos económicos suficientes el derecho a la asistencia jurídica gratuita en relación con dichos procedimientos, así como el derecho a la asistencia de un intérprete; sin embargo, ese mismo derecho no es reconocido para todos los extranjeros que carezcan de medios económicos respecto a los restantes órdenes jurisdiccionales, sino que el artículo 22, 2 de la L.O. 4/2000 lo limita a los residentes, temporales o permanentes, regulares<sup>155</sup>.

Esta diferencia de trato difícilmente puede ser considerada como legítima conforme al Derecho internacional de los derechos humanos, en particular en lo referente a los procedimientos jurisdiccionales<sup>156</sup>: primero, porque tanto del artículo 14, 3,d) del PIDCP como del artículo 6, 3 c) del CEDH se desprende que en el orden penal toda persona tendrá derecho a la justicia gratuita; segundo, porque, al menos respecto al CEDH, la doctrina del efecto útil aplicada por el TEDH exige el res-

---

<sup>154</sup> Ante el silencio de la L.O. 4/2000 en su redacción original, la tramitación de un expediente de urgencia se ha venido sustentando hasta la entrada en vigor de la L.O. 8/2000, en el artículo 50 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (BOE, 285, de 27 de noviembre de 1992), a partir del cual los plazos previstos en el Real Decreto 1398/93 (BOE, 189, de 9 de agosto de 1993), se reducen a un período de alegaciones de 8 días (es decir, a la mitad). Lo cierto es que, aun cuando el extranjero pueda desde fuera de España cursar los recursos procedentes, de acuerdo con el artículo 65 de la L.O. 4/2000, lo cierto es que la realización de la ejecución de la medida de expulsión habrá ya consumado la lesión de los derechos del extranjero.

Lo mismo puede decirse de los procedimientos de *devolución y retorno* —artículos 58,2 y 60 de la L.O. 4/2000—.

<sup>155</sup> El antiguo artículo 20,2 de la L.O. 4/2000 incluía dentro del ámbito de aplicación personal del derecho a la asistencia gratuita en estos órdenes jurisdiccionales a todos los extranjeros, en situación de estancia o en situación irregular, debidamente empadronados.

<sup>156</sup> A este respecto, hay que apreciar cómo el TEDH excluyó la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a los procedimientos administrativos de expulsión (Ver Nota 92).

Desde el prisma interno, podría tenerse en cuenta que, si el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la tutela judicial efectiva está vinculado al concepto de dignidad humana (STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000, Fundamento de Derecho Séptimo), el derecho a la asistencia gratuita sería un derecho instrumental destinado a su efectividad; por otro lado, una diferencia de trato de esta naturaleza ya estaba presente respecto a ciertos órdenes jurisdiccionales, incluido el contencioso-administrativo, en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE, 11, de 2 de enero de 1996).

peto de derechos efectivos y no ilusorios, por lo que la ausencia de este derecho puede en ciertos supuestos ocasionar en cualquier otro orden jurisdiccional una indefensión que implicaría la vulneración del derecho a un proceso equitativo previsto en el artículo 6 del CEDH<sup>157</sup>; y, tercero, porque, conforme al artículo 2 del PIDCP y al artículo 14 del CEDH, quizá no sea factible, en el caso español, considerarlo como un trato objetivamente razonable y no discriminatorio.

## 2. Los derechos económicos, sociales y culturales

Para analizar la adecuación al Derecho internacional de los derechos humanos de la actual L.O. 4/2000, hay que tener presente que, con mayor intensidad que respecto a los derechos civiles y políticos, ésta se ha planteado el tratamiento jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales desde la distinción entre extranjeros residentes de forma regular e irregular, y, dentro de estos últimos, entre aquellos que se encuentran empadronados en su localidad de residencia habitual y aquellos que no lo están —aun cuando la L.O. 8/2000 haya tendido a atenuar la incidencia de esta triple diferenciación—.

Sobre esta base, se examinará el régimen jurídico relativo a los *derechos laborales*, al *derecho a la educación*, al *derecho a la salud*, al *derecho a la protección social*, y, finalmente, al *derecho a una vivienda*.

A) En relación con los *derechos laborales*, la L.O. 4/2000 no parece apartarse de los criterios normativos que se infieren del Derecho internacional de los derechos humanos, pues nada en éste impide que, como se desprende del artículo 10, 1 de la L.O. 4/2000, se exija al extranjero que para trabajar en España cuente con una autorización conforme a las disposiciones del artículo 36 y siguientes de la L.O. 4/2000<sup>158</sup>, o bien, se

---

<sup>157</sup> Esta indefensión es apreciada cuando de la legislación nacional se desprende el carácter preceptivo de la intervención de abogado en el procedimiento o por la propia complejidad del litigio (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME; *Affaire Airey*, Arrêt du 9 octobre 1979. *Série A*, 32, párrafo 26).

<sup>158</sup> En este sentido, del artículo 25 de la CTMF —tratado internacional que no ha entrado todavía en vigor y, como se ha dicho, tampoco ha sido aceptado por España—, aplicable a todos los trabajadores migrantes, regulares o irregulares, no se desprende que éstos tengan derecho a trabajar, sino que, en caso de que lo hagan, las condiciones de trabajo no sean discriminatorias y que los empresarios no queden eximidos de sus obligaciones jurídicas por el hecho de la irregularidad de la situación del extranjero; criterios semejantes se desprenden igualmente de los Convenios 97 y 143, de la OIT, a los que se ha hecho mención en páginas anteriores.

le puedan establecer posibles limitaciones geográficas, sectoriales o de actividad<sup>159</sup>. Nada en la normativa española, más allá de estas exigencias, indica que se autorice la desigualdad de trato entre españoles y extranjeros respecto a las condiciones de trabajo, lo cual sí podría resultar contrario al principio de no discriminación internacionalmente reconocido<sup>160</sup>.

En iguales términos debe interpretarse la condicionalidad del acceso al sistema de Seguridad Social a la residencia regular del extranjero —artículo 10,1 de la L.O. 4/2000—, al menos en lo que se refiere a las prestaciones contributivas, la cual se desprende también del artículo 7, 1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Menos acorde con el ordenamiento jurídico internacional parecería la limitación del ejercicio del derecho de afiliación sindical a los extranjeros residentes en forma regular, no sólo a la vista de las apreciaciones efectuadas respecto al derecho de asociación en cuanto a la razonabilidad y objetividad de tal diferenciación, sino también de la opinión del Comité de Libertad Sindical de la OIT<sup>161</sup>.

---

Asimismo, hay que recordar que, a diferencia de su redacción original (ver Nota 131), la L.O. 4/2000 modificada por la L.O. 8/2000 sí prevé como posible causa de expulsión —artículo 57— el «[e]ncontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no se cuente con autorización de residencia válida» —artículo 53, b)».

<sup>159</sup> De acuerdo con el artículo 38 de la L.O. 4/2000, ello es posible respecto del permiso de trabajo inicial.

<sup>160</sup> Es preciso llamar la atención sobre la equiparación de todo extranjero residente en forma regular a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de acceso como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas españolas —artículo 10, 2 de la L.O. 4/2000—.

<sup>161</sup> El Artículo 2 del Convenio 87 de la OIT entiende que todo trabajador, sin distinción, tiene derecho a constituir organizaciones sindicales así como a afiliarse a las mismas; sin embargo, del artículo 6 del Convenio 97 y de la Recomendación 86 de la OIT podría desprenderse que sólo se pueden calificar como *trabajadores* migratorios a los que son normalmente admitidos como tal, es decir, a aquellos que son autorizados a trabajar —a partir de la advertencia de que España no es Parte del Convenio 143, menos restrictivo en cuanto a la noción de *trabajador migratorio*—.

No obstante, el Comité de Libertad Sindical ha recordado que, respecto al artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, la «única excepción autorizada por el Convenio núm. 87 está prevista en el artículo 9 de dicho instrumento y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía», por lo que «todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio núm. 97» (COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL; Informe número 327, Unión General de Trabajadores [UGT] c. España, de 23 de marzo 2001. *Boletín Oficial de la OIT*, LXXXV, 2002, Serie B, número 1, párrafo 561); a pesar de la ambigüedad de no aclarar explícitamente si precisamente quienes trabajan de manera irregular son trabajadores a tales efectos tal opinión es deducible del tenor de la respuesta y, sobre todo, de la recomendación aprobada por el Consejo de Administra-

B) En relación con el *derecho a la educación*, puede señalarse que, en principio, la regulación jurídica presente en la L.O. 4/2000 parece ajustarse a los parámetros jurídicos internacionales —de conformidad con las previsiones del artículo 13,2 a) del PIDESC y del artículo 28,1 a) de la *Convención de los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989<sup>162</sup>—, en cuanto su artículo 9, 1 extiende el derecho y el deber a la educación, en igualdad de condiciones con los españoles, a todos los extranjeros menores de 18 años sin tener en cuenta la regularidad de su situación —lo que comprende, según la L.O. 4/2000, el acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria<sup>163</sup>—.

No obstante, esta igualdad de trato parece quebrarse cuando el artículo 9 de la L.O. 4/2000, al hacer referencia precisamente a los niveles educativos no obligatorios, pues, por lo que parece desprenderse de la lectura conjunta de los párrafos 1 a 3 del mismo<sup>164</sup>, no son objeto del mismo grado de universalización: por un lado, en lo relativo a la educación infantil se establece, en el párrafo 2 del artículo 9, la garantía de «la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite», lo que parece asegurar el trato a todos los extranjeros en las mismas condiciones que los españo-

---

ción a instancias del Comité de Libertad Sindical en el sentido de recomendar a España «que tenga en cuenta el artículo 2 del Convenio núm. 87, en virtud del cual los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho a afiliarse a las organizaciones que estime convenientes» (*ibid.*, párrafo 562; recomendación adoptada por el Consejo de Administración durante su 283.ª reunión, en marzo de 2002 [OIT; *Documento GB. 283/205*, párrafo 12]). Posición que se aproxima al criterio extensivo del derecho a la afiliación sindical se encuentra en el artículo 26 de la CTMF —aunque lo somete a aquellas restricciones que sea necesarias en una sociedad democrática—.

En un mismo sentido, en principio, debería tratarse el tema del ejercicio del derecho a huelga en cuanto es un derecho que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha deducido del derecho de asociación sindical y del derecho a la negociación colectiva.

<sup>162</sup> De la que España es Parte junto a otros 190 Estados más (Fuente: OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE DERECHOS HUMANOS; *Estatus de los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a 20 de agosto de 2002*, disponible en: <http://www.unhcr.ch/pdf/reportsp.pdf>, 08/11/2002).

<sup>163</sup> El hecho de que la normas española emplee el término *enseñanza básica* en vez de la referencia a la *enseñanza primaria*, empleado por el artículo 13, 2 a) del PIDESC, no impide realizar esa afirmación ya que entre ambos conceptos «hay una estrecha correlación» (*Observación General 13* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1999 [COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; *Documento E/C.12/1999/10*, p. 3, párrafo 9]), considerando de este modo que el sistema educativo español se ajusta a los parámetros jurídicos internacionales.

<sup>164</sup> La regulación de los derechos sociales en la L.O. 4/2000, incluso tras la reforma introducida, adolece «de la debida precisión objetiva, es decir, en la delimitación del contenido del derecho que regula» (CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDROBO DE CARLOS, J.M.; *Op. cit.*, p. 35).

les<sup>165</sup>; y, por otro lado, en lo relativo a los demás niveles educativos no obligatorios, el párrafo 3 del artículo 9 restringe el derecho a la educación a los extranjeros residentes en situación regular.

Esta formulación puede ser coherente respecto a los mayores de 18 años que pretendan estudiar en España, considerando que el artículo 33 de la L.O. 4/2000 establece un *régimen especial de los estudiantes* en materia de residencia, cuya contravención constituye, además, una infracción que puede llegar a acarrear la expulsión de territorio español del extranjero<sup>166</sup>.

Sin embargo, esta formulación perfilaría un régimen jurídico discriminatorio respecto a aquellos extranjeros menores de 18 años en situación irregular que, habiendo acabado su ciclo de estudios de carácter básico y obligatorio, y cumpliendo los requisitos académicos exigibles a los españoles, pretendan continuar estudiando en centros españoles<sup>167</sup>, si se interpretase, como parece, que a los mismos no les resulta de aplicación para estos niveles educativos lo prevenido en el párrafo 1. En todo caso, de las obligaciones jurídicas derivadas de los artículos 2,2 y 13 PIDESC así como de los artículos 2,1 y 28 de la *Convención de los Derechos del Niño* —el artículo 2,1 de la misma establece una cláusula de no discriminación similar a la del artículo 2, 2 del PIDESC—, puede inferirse que no resulta fácil considerar a este posible trato diferenciado como razonable y objetivamente no discriminatorio, al tratarse de una esfera como es la enseñanza<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> En la medida en que, primero, en el párrafo 1 se establece genéricamente el derecho a la educación para los menores de 18 años; y, segundo, que, al restringir a los extranjeros residentes en situación regular el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles, el párrafo 3 exceptúa a la educación infantil de cualquier restricción de acceso derivada de la propia redacción del párrafo 3.

<sup>166</sup> Artículos 53, a) y 57, 1 de la L.O. 4/2000.

<sup>167</sup> Esta tesis vendría abonada a partir de la constatación de que, estableciendo igualmente ese mismo régimen de residencia especial para estudiantes —artículo 40—, el artículo 9, 2 de la L.O. 4/2000 en su redacción original extendía este derecho a la educación no obligatoria a todos los extranjeros, regulares o no.

<sup>168</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado como ejemplos de vulneración del artículo 13 del PIDESC «la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación», o bien, «el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación» (*Observación General 13* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1999 [COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; *Documento E/C.12/1999/10*, p. 10, párrafo 59]), teniendo presente que el artículo 2, 2 del PIDESC «se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente» (*Ibid.*, p. 6, párrafo 31).

C) En relación con el *derecho a la salud*, cabe decir que el artículo 12 de la L.O. 4/2000 no ha sufrido modificación alguna tras la adopción de la L.O. 8/2000; del mismo, se infiere que: primero, el derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con los españoles se estipula en favor de todos los extranjeros menores de 18 años, y, en general, para aquellos extranjeros mayores de 18 años, en situación regular o en situación irregular debidamente empadronados; y, segundo, se establece para todos los extranjeros —y, por tanto, este tipo de asistencia extiende su ámbito de aplicación a los extranjeros en situación irregular no empadronados— el «derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea la causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica»<sup>169</sup>.

Sin entrar a este respecto en los motivos o dificultades que pueden llevar a que un extranjero en situación irregular no llegue a empadronarse, y, en consecuencia, sea objeto de un trato diferenciado del resto de extranjeros y de los propios españoles, hay que indicar en este sentido que, del artículo 12 del PIDESC, en el que se reconoce «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», se desprende que «los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes de salud, a los servicios de salud preventivos, curativos o paliativos»<sup>170</sup>, teniendo en cuenta que los Estados Partes del PIDESC tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo en relación con el artículo 12 del mismo la satisfacción de un nivel esencial, «incluida la atención primaria básica de salud»<sup>171</sup>.

De lo expuesto, se infiere que, en apariencia, la diferencia de trato establecida en el artículo 12 de la L.O. 4/2000 no es congruente con las obligaciones jurídicas derivadas del artículo 12 del PIDESC, tal y como éste es interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto por su carácter discriminatorio, como por excluirles del conjunto de prestaciones que configuran en un sentido ha-

---

<sup>169</sup> Igualmente, toda mujer extranjera embarazada que se encuentre en España tiene «derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto» —párrafo 4, del artículo 12—.

<sup>170</sup> *Observación General 14* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000 (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; *Documento E/C.12/2000/4*, p. 8, párrafo 34).

<sup>171</sup> *Observación General 3*, de 1990 (NACIONES UNIDAS; *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, p. 66, párrafo 10).

bitual la *atención primaria básica de salud* —y cuyos elementos, definidos por el propio Comité, exceden de la atención de urgencia continuada<sup>172</sup>—.

D) En relación con el *derecho a la protección social*, tampoco el artículo 14 de la L.O. 4/2000 —y titulado *Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales*— ha sido modificado por la L.O. 8/2000.

En el mismo se diferencian dos niveles asistenciales: uno, relativo a los servicios y prestaciones sociales básicas, al que tienen derecho todos los extranjeros independientemente de su situación legal —párrafo 3—; y, otro, relativo al acceso a los servicios y prestaciones de Seguridad Social —párrafo 1<sup>173</sup>—, así como a otros servicios y prestaciones sociales que no deriven del régimen de Seguridad Social —párrafo 2—, al que solamente tendrán derecho los extranjeros residentes que se encuentren en situación regular.

A la dificultad objetiva de delimitar cuál es el ámbito de aplicación de la noción de *servicios y prestaciones sociales básicas*, hay que añadirle el hecho de que la asistencia social es una competencia que conforme al artículo 148, 1, 20.º las Comunidades Autónomas pueden asumir —como efectivamente ha sucedido en la práctica, si se analizan los respectivos Estatutos de Autonomía—, por lo que pueden existir niveles asistenciales diferenciados, y aplicables con criterios igualmente distintos.

En estos términos, resulta muy difícil, de una parte, determinar si la diferencia de trato existente para el acceso a un nivel superior de prestaciones pueda resultar discriminatoria, aunque, por ejemplo, un texto jurídico tan progresivo como la CTMF —que, como se ha dicho, España no ha aceptado todavía a efectos de vincularse jurídicamente—, re-

---

<sup>172</sup> *Observación General 14* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000 (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; *Documento E/C.12/2000/4*, p. 10, párrafo 43); aun cuando el artículo 28 de la CTMF, texto jurídico internacional aún no vinculante, reconoce sólo la atención sanitaria de urgencia para todos los extranjeros independientemente de su situación jurídica.

Todo ello, además, prescindiendo de que quienes sí puedan acceder a ese nivel prestacional, españoles o extranjeros regulares o irregulares empadronados, puedan ser sometidos a requisitos que, aplicados en igualdad de condiciones, restrinjan el goce y disfrute de las mismas (CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDROBO DE CARLOS, J.M.; *Op. cit.*, pp. 37-38); sobre la posición del Tribunal Constitucional, ver Nota 126.

<sup>173</sup> Es de suponer que se hace referencia a las prestaciones no contributivas, que según el artículo 7, 3 y 6 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social benefician a los españoles que residan en territorio español, equiparándose a tales efectos a los residentes hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, y a los nacionales de Estados con los que existan tratados internacionales vigentes en la materia.

serva la posibilidad de acceder a los servicios sociales sólo a los trabajadores extranjeros y familiares documentados o en situación regular —artículo 43, e)—; y, de otra parte, cuál es, conforme al Derecho internacional de los derechos humanos —teniendo presente, por ejemplo, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia del artículo 11 del PIDESC—, ese *nivel asistencia básico*, qué prestaciones debe cubrir, para su incardinación a la aplicación del artículo 14 de la L.O. 4/2000<sup>174</sup>.

E) Y, en relación con el *derecho a una vivienda*, el artículo 13 de la L.O. 4/2000, redactada de acuerdo con la L.O. 8/2000, ha restringido el derecho a acceder al sistema público de ayudas a la vivienda en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros residentes en situación regular —excluyendo a los extranjeros en situación irregular pero debidamente empadronados, que sí eran titulares del derecho en la redacción original—.

Si bien el artículo 11 del PIDESC establece el derecho a una vivienda adecuada, no resulta fácil discernir cuál es su contenido jurídico y cuáles las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados al respecto<sup>175</sup>; asimismo, aun cuando deba aplicarse sin discriminación alguna, conforme al artículo 2, 2 del PIDESC, no parece tampoco sencillo determinar en qué medida resulta razonable y objetivamente justificable, o no, la diferencia de trato introducida. No obstante, si ello puede servir de referencia a efectos interpretativos, la CTMF en su artículo 43, d) reserva la igualdad de trato en materia de vivienda, incluidos «los planes sociales de vivienda», a los trabajadores extranjeros y sus familias en situación documentada o regular.

---

<sup>174</sup> Criterios de carácter orientativo al respecto pueden encontrarse en las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los artículos 11 y 12 del PIDESC (*Observaciones Generales 11 y 14* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1999 y de 2000, respectivamente [COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; *Documento E/C.12/1999/5*, p. 4, párrafos 17 a 19, y *Documento E/C.12/2000/4*, p. 10, párrafo 43]); entre ellos, el de garantizar «la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre» (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; *Documento E/C.12/1999/5*, p. 4, párrafo 17).

<sup>175</sup> *Observación General 4*, de 1990, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (NACIONES UNIDAS; *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, pp. 68-74).

## VII

# Perspectivas de evolución de las políticas nacionales e internacionales en materia de inmigración: el ejemplo de la Unión Europea

No hay ninguna duda que el fenómeno migratorio ha sido una constante histórica que ha contribuido a que la realidad política, económica, social y cultural de las sociedades humanas haya ido evolucionando a lo largo del tiempo, y que, sin dejar por ello de constituir un factor social dinámico, se encuentra en el sustrato del actual estadio de evolución de cualquier sociedad.

Situados en el actual contexto socio-histórico, hay que advertir cómo la Sociedad internacional contemporánea, tras el fin de la Guerra Fría e iniciado ya el siglo XXI, se encuentra sometida actualmente a las tensiones y contradicciones provocadas por la paulatina profundización en un proceso multidimensional de mundialización el cual, a pesar de su carácter interactivo e interdependiente, no deja de presentar una dimensión económica fundamental así como un paradigma ideológico dominante de corte neoliberal<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> Como indica FALK, «[e]l despliegue histórico de la globalización económica ha venido acompañado en las últimas décadas por el ascenso de un grupo de ideas asociadas con la imagen mundial del «neoliberalismo»» (FALK, R.; *La Globalización Depredadora. Una crítica*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002, p. 1); no hay «determinismo alguno en la globalización, ni en lo que se refiere a su contenido ideológico ni en sus objetivos normativos», sino una ideología imperante (*ibid.*, p. 9), por lo que el fin de la Guerra Fría parece haber traído «la destrucción de toda ilusión de consenso sobre la forma y dirección del orden mundial (*ibid.*, p. 15).

Así, la persistencia de importantes flujos migratorios, pese a que pueda responder a múltiples razones —incluidas las políticas estatales que fuerzan a huir del propio Estado<sup>177</sup>—, es, en la actualidad, percibida como una variable que tiene su explicación de fondo en motivaciones esencialmente de carácter socio-económico<sup>178</sup>; dentro de estos parámetros, las migraciones entrañan, en lo fundamental, aunque no de forma privativa, un movimiento de personas o grupos de personas hacia aquellos lugares donde hay empleo<sup>179</sup> o mejores perspectivas de empleo, y, por supuesto, hacia lugares que puedan abrir expectativas de mejora de las condiciones de vida del propio inmigrante y de su familia —con independencia de sus miembros aspiran o no en el futuro a reagruparse con él en el Estado de acogida—.

Emplazados ante el fenómeno migratorio en estos parámetros, más o menos simplistas, procede afirmar entonces que la formulación de las políticas migratorias se acondiciona a la *movilidad asimétrica de factores productivos* característica del actual modelo de mundialización<sup>180</sup> —mínima en lo referente a la fuerza laboral—, y al hecho de que no se ha propiciado una movilización transfronteriza de la fuerza de trabajo susceptible de fomentar la liberalización de la libre circulación de personas a escala mundial.

Ello comporta que las políticas migratorias estatales, coordinadas internacionalmente o no, siguen siendo en la práctica esenciales para la ordenación racional de los flujos migratorios existentes.

De ahí que, frente a la innegable realidad de la inmigración como resultado en buena medida del círculo vicioso entre integración económica y exclusión social generado por el proceso de mundialización<sup>181</sup>, sea lógico, primero, que los flujos migratorios sigan en la actualidad manteniéndose en niveles respetables de intensidad, y, segundo, que las políticas migratorias que proyectan los Estados receptores preten-

---

<sup>177</sup> ZEMANEK, K.; «The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 266, 1997, p. 126.

<sup>178</sup> Como apunta BODEI, en una explicación multidimensional de estas motivaciones, una de las principales razones de la intensificación de estos flujos es un cambio que denomina «epocal», y caracterizado por el fin del predominio de la agricultura en muchas partes del mundo» (BODEI, R.; «Los sin patria», en: SILVEIRA GORSKI, H.C.; *Identidades comunitarias y democracia*. Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 154).

<sup>179</sup> WORLD BANK; *Workers in an integrating world. World Development Report. 1995*. World Bank/Oxford University Press, New York, 1995, p. 25.

<sup>180</sup> TUGORES, J.; *Economía Internacional. Globalización e Integración Regional*. 5.ª edición, Editorial Mc. Graw Hill, Madrid, 2002, p. 11.

<sup>181</sup> FARIA, J.E.; *El Derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 209.

dan mostrarse restrictivas para controlar eficazmente los flujos migratorios así como para intentar dar respuestas adecuadas a las consecuencias de la presencia de un colectivo de inmigrantes más o menos extenso.

En estos últimos años, desde los Estados más desarrollados, y especialmente desde los Estados Miembros de la Unión Europea, parece haberse tomado conciencia de la intensificación de su carácter de Estados receptores de flujos migratorios<sup>182</sup>; en el caso europeo, los últimos años del siglo xx y los primeros del siglo xxi han supuesto y registrado algunos cambios sensibles tanto en la composición del flujo migratorio —se ha incrementado sensiblemente la emigración procedente del Este de Europa hacia los Estados Miembros de la Unión Europea—, como de los Estados de destino, de forma que han visto incrementado su papel de *Estados receptores* los Estados mediterráneos Miembros de la Unión Europea.

El mantenimiento sostenido de flujos migratorios hacia Estados con cotas relativamente elevadas de bienestar socio-económico<sup>183</sup> ha de tener, por fuerza, sus repercusiones en las sociedades receptoras; sociedades, como las europeas, en las que de modo paulatino pero inexorable se experimentan también las consecuencias de la mundialización —entre ellas, el incremento de las desigualdades económicas y la exclusión social de un segmento de la población—, creándose un particu-

---

<sup>182</sup> Sin embargo, hay que tener presente que las migraciones, aunque en cada período histórico puedan presentar unos polos de atracción preferentes, no presentan un único polo de atracción: los flujos migratorios no se concentran en exclusiva en uno o varios Estados que se convierten en un destino preferente más o menos homogéneo —como pueda ser los Estados Miembros de la Unión Europea o los Estados Unidos de América—. La dinámica migratoria es más plural, compleja y diferenciada, ya que junto a una tendencia migratoria preferente se pueden encontrar otros destinos alternativos distintos al que parece ser a primera vista el polo de atracción predominante —muchas veces basados en motivaciones de contigüidad geográfica; es por ello que no dejan de existir corrientes migratorias en el interior de África, América Latina o Asia—. Sin perjuicio todo ello de que, además, los polos de atracción son o pueden ser igualmente cambiantes.

<sup>183</sup> De alguna manera, para explicar este incremento de flujos migratorios hacia Europa, pudiera ser cierto lo que señala WIHTOL, en el sentido de que, en el presente, las predilecciones de los inmigrantes se orientan —en la medida en que les pueda resultar factible elaborar una decisión de esta naturaleza, atendiendo tanto a sus condiciones personales y económicas— hacia Estados de acogida con un mercado laboral que resulte suficientemente atractivo —incluido el sector informal— pero en los que, como sucede en el caso de los Estados Miembros de la Unión Europea, el *Estado providencia* realiza su aportación a la redistribución de la renta y el bienestar de las personas bajo su jurisdicción (WIHTOL DE WENDEN, C.; *L'immigration en Europe*. La Documentation Française, Paris, 1999, pp. 16-17).

lar *círculo vicioso* —obviamente, con unos perfiles diferenciados del existente en los Estados de origen de los inmigrantes— en el contexto del cual el fenómeno de la inmigración es percibido como un problema social.

A este respecto, indica FALK respecto a la inmigración que:

«[l]a xenofobia y la hostilidad hacia los inmigrantes van en aumento por una serie de razones, que incluyen los intentos de responsabilizar a éstos, legales e ilegales, de la pérdida de puestos de trabajo y el descenso de los salarios reales. Uno de los rasgos llamativos de la globalización es que, a pesar de su retórica sobre la «libertad», la mayoría de las personas experimentan más bien una disminución de su seguridad económica, relativa y absoluta. Este impacto se discute a menudo como aspecto de los efectos polarizadores de la globalización, pero es también una consecuencia de liberar al capital de las limitaciones del espacio territorial, al tiempo que se ata a la mayoría de los trabajadores más estrechamente que nunca y se fortalecen modalidades indirectas de movilidad laboral por medio de la inmigración, los flujos de refugiados y las políticas de asilo»<sup>184</sup>.

Poco importa a este respecto si la sensación descrita se sustenta verdaderamente en la propia evolución del mercado laboral: como se apunta desde el propio Banco Mundial, el miedo popular que, por ejemplo, responsabiliza a los extranjeros del desempleo es en exceso simplista y responde de forma muy relativa, o cuando menos de un modo mucho menos intenso del que se desprende de la opinión pública, a la realidad laboral de los Estados desarrollados<sup>185</sup>.

Ciertamente, a los aspectos que se han mencionado, hay que añadirle la sensación de inseguridad y de riesgo que genera en las sociedades desarrolladas la imagen cada vez más extendida de la magnitud, real o exagerada, de los flujos de inmigración legal y de inmigración clandestina y de la existencia respecto a ésta última de redes organizadas que planean, con ánimo de lucro, la entrada ilegal de los extranje-

<sup>184</sup> FALK, R.; *Op. cit.*, p. 151, Nota 126.

<sup>185</sup> WORLD BANK; *Op. cit.*, p. 66.

En referencia al mercado laboral español, SOLÉ y PARELLA indican, tras un trabajo sociológico de campo, que en términos muy generales se puede sostener «con matices la tesis de la complementariedad, en el sentido de que, a grandes rasgos, inmigrantes y trabajadores autóctonos se insertan en procesos diferentes de integración, pero ello no impide que en determinados contextos sociales se produzca competencia entre trabajadores inmigrantes y autóctonos» (SOLÉ, C. y PARELLA, S., «La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo. El caso español», en: SOLÉ, C.; *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*. Editorial Anthropos, Barcelona, 2001, pp. 48-49).

ros y, con demasiada asiduidad, su sistemática explotación económica en el Estado de acogida —lo que implica, asimismo, el rápido olvido de que estos seres humanos son también por lo general víctimas de este tráfico ilícito—.

Se infiere, pues, que la comprensión de la inmigración como un problema se produce en una situación en que, a la más o menos amplia presencia de los inmigrantes en la sociedad de acogida, se le unen las tensiones sociales de una sociedad desarrollada en trance de transformación. Como apunta De Lucas, lo más relevante sea, quizá, que «la razón por la que en la actualidad se construye la inmigración como un problema, (...), es que las respuestas frente a este problema constituyen ahora una pieza básica en la estrategia de relegitimación necesaria en un contexto de dismantelamiento del Estado social y benefician [estas respuestas], pues, sobre todo, a quienes tratan de obtener este propósito»<sup>186</sup>; de ahí, que la concepción de la inmigración como un problema contribuya a una de las máximas aspiraciones del paradigma ideológico neoliberal: la desregulación laboral y el dismantelamiento del Estado del bienestar.

En consecuencia, esta visión del fenómeno de la inmigración como problema es un factor que coadyuva definitivamente a la promoción de los propósitos del rampante neoliberalismo. Aunque, por descontado, no son el único factor que impulsa este hecho, el miedo y el rechazo social a los inmigrantes «son un perfecto instrumento legitimador de las medidas políticas restrictivas», en el ámbito laboral y en muchos ámbitos relacionados con el desarrollo del moribundo Estado del bienestar, que no sólo afectan a los trabajadores migratorios, a la par que de «las precarias condiciones materiales del colectivo inmigrante» que la realidad de los Estados de acogida apenas puede ocultar<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> DE LUCAS MARTÍN, J.; «Sobre la situación actual de la política de emigración en la Unión Europea. El caso español», en: FERRARI, V., SÉLLER, Th. & DE TULLIO, E.; *Citizenship and immigration*. Giuffrè editore, Milano, 1998, p. 141.

Así, si desde el prisma político, el miedo y la inseguridad creada por la inmigración —y alentada de manera convincente— así como el discurso del orden público se priorizan para de alguna manera encubrir las políticas de segmentación social y de privatización de la cobertura de necesidades sociales, de contenido económico y cultural —que no afectan, por cierto, sólo a los inmigrantes—, desde el prisma económico coadyuvan a la pauperización de la oferta de fuerza de trabajo —brindando, asimismo, un perfecto *chivo expiatorio* compuesto por los trabajadores temporales acogidos al régimen de contingentes y los trabajadores procedentes de la inmigración irregular— (*ibid.*, p. 142).

<sup>187</sup> Se «genera un círculo vicioso que alimenta el rechazo, ya que la población autóctona tiende a reificar la posición social de los inmigrantes en la sociedad receptora y olvida que es la propia sociedad la que les ha condenado a ella» (SOLÉ, C.; ALARCÓN, A.; GIBERT, F.; PARELLA, S. y RIBAS, N.; «El impacto de la inmigración en los países del sur de

Si las tendencias normativas que pueden inferirse de lo expuesto apuntan a la combinación de políticas migratorias muy restrictivas y de medidas socio-laborales dirigidas a la flexibilización y desregulación del mercado laboral, así como a la limitación de la acción social estatal<sup>188</sup>, cabe preguntarse si las medidas que se adoptan conforme a una política migratoria de esas miras responden a la necesidad de un equilibrio entre la soberanía del Estado y los derechos y libertades de los inmigrantes.

Se trata de ese imperativo de equilibrio que demanda trazar unos límites a la discrecionalidad de los diferentes aspectos de una política estatal en la materia —no sólo en la cuestión estricta del control de flujos—. Este equilibrio no sólo podría justificarse en consideraciones políticas, económicas y sociales referidas a los Estados de acogida<sup>189</sup>, sino igualmente, como se ha advertido a lo largo de este análisis, en las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos a los Estados; dichas exigencias jurídicas internacionales, hasta cierto punto, y muy prudentemente si se quiere, plantean como una de sus principales orientaciones jurídico-políticas siquiera relativizar «la diferenciación en el estatuto de las personas por la mera pertenencia a la población de un Estado determinado»<sup>190</sup>.

El contraste, y por ende la dificultad para alcanzar este equilibrio, es sin duda muy grande en el plano político-jurídico: frente a la tentación de articular políticas migratorias muy restrictivas en todos los ámbitos de las mismas, se constata la evidencia de que el ordenamiento jurídico internacional ha tendido a promover de manera progresiva y a la vez tímida la igualdad entre nacionales y extranjeros en materia de derechos humanos—, intentando ir más allá del estándar mínimo de trato configurado a través del Derecho internacional general antes de la II Guerra Mundial<sup>191</sup>.

---

Europa», en: SOLÉ, C. [coordinadora]; *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*. Editorial Anthropos, Barcelona, 2001, p. 280).

<sup>188</sup> Políticas que contribuyen a incrementar la precariedad, las desigualdades y la marginación social.

<sup>189</sup> Al hacer referencia a las políticas migratorias en Estados como España, ubicados en el Sur de Europa, podría advertirse cómo «[s]i se dedicasen [por parte de la opinión pública, los políticos y las agencias estatales] los mismos esfuerzos y recursos [que se dedican a formular esa famosa *fortaleza* europea frente a la inmigración] a evitar la degradación del mercado laboral, del cual el «empleo negro» es sólo una consecuencia extrema, aumentarían sus recursos y reducirían el potencial conflicto social» (BAGANHA, M. y REYNERI, E.; «La inmigración en los países del Sur de Europa y su inserción en la economía informal», en: SOLÉ, C. [coordinadora]; *Op. cit.*, p. 209).

<sup>190</sup> RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VEYTEZ, E.J.; *Las políticas de migración: la legitimación de la exclusión*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, p. 32.

<sup>191</sup> Podría, tal vez, cuestionarse la adecuación de la CTMF para ser una respuesta jurídica internacional a la necesidad de garantizar ese equilibrio, ya que constituye el texto

Sea como fuere, la principal cuestión que se plantea en la práctica es cómo los Estados de acogida dan respuesta en su ordenamiento jurídico interno a esta necesario equilibrio que, junto a las razones de índole económica y social que lo pudieran aconsejar, les es demandado en virtud de sus obligaciones jurídicas internacionales.

En relación con esta cuestión, sería éste, muy probablemente, el momento más oportuno para centrar el análisis en una perspectiva europea, que tenga presente sobre todo la práctica y evolución de las políticas migratorias de los Estados Miembros de la Unión Europea, así como de las expectativas abiertas por el ya referido Título IV del Tratado de la Comunidad Europea.

Si se atiende en líneas generales a las modificaciones emprendidas últimamente por diversos Estados Miembros de la Unión Europea, parece claro que han venido demostrando una voluntad coincidente dirigida a revisar el régimen jurídico de extranjería, incluyendo las cuestiones relativas tanto a la inmigración como al asilo<sup>192</sup>, en un sentido más bien restrictivo, puesto que entre los rasgos comunes se encuentran: a) el reforzamiento de los controles fronterizos sobre los movimientos de los nacionales de terceros Estados —en buena parte, eso sí, dentro de la dinámica abierta para los Estados Miembros que aplican del *acervo Shengen* o, cuando menos, en coincidencia con ella—; b) la instrumentación de mecanismos para el control de los flujos migratorios que pueden arribar y permanecer en el Estado de acogida, incluidos la posible inserción en el mercado laboral; c) la lucha contra la inmigración ilegal

---

jurídico internacional de carácter universal más progresivo que se haya proyectado y adoptado en materia de derechos y libertades de los trabajadores migratorios. Pero, a este respecto, y a pesar de que ciertamente los principales Estados de acogida —muy particularmente los Estados desarrollados— le estén dando la espalda, cabe advertir cómo la CTMF no rompe equilibrio alguno: nada en su articulado presagia una concepción jurídico-política cuya voluntad sea ir en contra del derecho soberano de los Estados de disponer discrecionalmente de su propia política migratoria, más allá de los límites lógicos que pueda imponerle un ordenamiento jurídico internacional que pretende hacer efectivo un valor como es el del respeto a la dignidad humana —entre cuyos atributos de partida necesarios se encontraría la igualdad de base entre todos los seres humanos—, atendiendo a la especial consideración que en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos siempre merecen los colectivos humanos más desprotegidos.

<sup>192</sup> Cabe destacar que a principios del siglo XXI las modificaciones de las leyes de extranjería en Alemania y Dinamarca (2002), así como Austria (2001), que resultan sintomáticas de una tendencia que a finales del siglo XX se apuntara en Francia e Italia (1998), Reino Unido (1999) y España (2000); sobre la evolución específica de la legislación en materia de asilo, ver: [http://europe.eu.int/comm/justice\\_home/unit/immigration\\_en.htm](http://europe.eu.int/comm/justice_home/unit/immigration_en.htm), 21/08/02.

y las mafias dedicadas al negocio de la inmigración clandestina —con repercusiones en las políticas represivas tanto de policía migratoria como penal de los Estados—; d) el endurecimiento del régimen jurídico relativo al asilo y al refugio; y, e) en un estadio ya menor, el fomento de la integración de los extranjeros residentes de manera regular. Efectuando una valoración crítica de estas políticas estatales europeas, Caruso afirma que éstas «se caracterizan por la asunción de disposiciones normativas sustancialmente de restricción y reglamentación, mientras que las disposiciones sobre el estatus de los inmigrantes ya presentes (en particulares políticas de integración y antidiscriminatorias) han sido asuntos casi a trineo de las primeras, y, de todas formas, no han sido particularmente innovativas»<sup>193</sup>.

Además de estas directrices generales, leyes como la española —tras la reforma introducida por la L.O. 8/2000— van todavía más allá, ya que, como se ha puesto de manifiesto, se tiende en la misma a impedir que los extranjeros en situación irregular puedan ejercer ciertos derechos y libertades que el Derecho internacional de los derechos humanos parece reconocerles sin que sea, en principio, asumible conforme a sus parámetros de legalidad una prohibición de su ejercicio de carácter tan taxativo y absoluto —como puede ser los derechos de asociación, de reunión y de manifestación o el derecho a la tutela judicial efectiva en la mayoría de órdenes jurisdiccionales españoles—, o bien, cuyo reconocimiento no se ajuste a los estándares jurídicos internacionales aceptados por España —como puede decirse que sucede respecto al derecho a la educación, el derecho a la salud o el derecho a la protección social; incluso por el mero hecho de la introducción de un trato discriminatorio—.

A diferencia de la ley española, puede señalarse la opción italiana contenida en la Ley 40, de 6 de marzo de 1998, sobre *Disciplina de la inmigración y normas sobre la condición jurídica de los extranjeros*<sup>194</sup>. Así,

---

<sup>193</sup> CARUSO, B.; «Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado?», en: LÓPEZ LÓPEZ, J. (coordinadora); *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*. Editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, p. 227.

<sup>194</sup> *Gaceta Ufficiale*, 59, del 12 de marzo 1998. Suplemento Ordinario n. 40; el Decreto Legislativo 286, de 25 de julio de 1998, por el que se adopta un *Texto único de disposiciones relativas a la disciplina de la inmigración y normas sobre la condición jurídica de los extranjeros*, añade mediante una nueva redacción del párrafo 3, la referencia a la igualdad entre trabajadores extranjeros en situación regular y los trabajadores italianos conforme al Convenio 143 de la OIT (*Gaceta Ufficiale*, 191, del 18 de agosto 1998. Suplemento Ordinario n. 139); en 2002, se le añade un artículo 2 bis por el que se constituye una Comisión de Coordinación y Monitoreo en la materia (Ley 189, de 30 de julio

en su artículo 2, se les reconocen a todos los extranjeros los derechos de la persona humana previstos en las normas jurídica internas, en los tratados internacionales en vigor y en los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos, reservándose para los extranjeros en situación regular los derechos en materia civil —con la salvedad de lo que digan los tratados internacionales que obligan a Italia— y el derecho a la participación en la vida pública local. En su párrafo 4 —que pasaría luego a ser el párrafo 5 conforme al Decreto Legislativo 286, de 25 de julio de 1998—, se reconoce de manera expresa la igualdad de todos los extranjeros con los nacionales en el ámbito a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, en sus relaciones con las Administraciones públicas y en el acceso a los servicios públicos, con los límites y formas legalmente previstas.

Es evidente que una normativa como la española ofrece un *plus* de rigor en la concepción de la política migratoria: abre la tendencia a relacionar el reforzamiento del control de los flujos migratorios con la negación a los extranjeros en situación irregular de determinados derechos y libertades que afectan a la dimensión pública y al desarrollo de la personalidad de los individuos, así como a la efectiva tutela de sus derechos e intereses.

Ciertamente, pudieran esgrimirse argumentos diversos para justificar esta política en cuanto demuestra una focalización extrema del fenómeno migratorio como un problema: el argumento de *utilidad*, ya que el otorgamiento de un amplio catálogo de derechos y libertades a los extranjeros pudiera coadyuvar en hipótesis a un *efecto llamada* que sobrepasase las necesidades de mano de obra existentes en el mercado laboral interno, así como crear un problema social derivado de la potencial llegada masiva de emigrantes clandestinos y, por tanto, en situación irregular; el argumento *económico* de la elevación de los costes para el erario público que supondría la equiparación en materia de determinados derechos económicos y sociales —de modo que se crearían una exigencias presupuestarias difícilmente asumibles—; y el argumento *político*, basado en la satisfacción de corrientes mayoritarias de la opinión pública que muestren su disconformidad con una excesiva igualación de sus derechos y libertades

---

de 2002, por la que se modifica la *Normativa en materia de inmigración y asilo* [Gaceta *Ufficiale*, 199, del 26 de agosto de 2002. Suplemento Ordinario]).

Complementariamente, mediante Ley 222, de 9 de octubre de 2002, se convalidó el Decreto-ley 195, de 9 de septiembre de 2002, sobre *Medidas urgentes en materia de legalización del trabajo irregular de extracomunitarios* (Gaceta *Ufficiale*, 240, de 12 de octubre de 2002).

con los de los extranjeros —especialmente, si éstos se encuentran en situación irregular—<sup>195</sup>.

No obstante, los mismos deberían contrastarse con otro tipo de argumentos, quizá de mayor calado desde una aproximación que pretenda propiciar una situación definible en términos de equilibrio y ponderación: primero, la relativa *efectividad* de tal denegación de derechos y libertades a personas en situación irregular, no sólo por la influencia más o menos limitada que el otorgamiento o no de los mismos pueda tener en la elección migratoria del individuo, sino también porque la inducción a la marginación que subyace en esa denegación de derechos y libertades alimenta la conflictividad social<sup>196</sup>; segundo, la valoración de la *dimensión ética y humanitaria* que implica la denegación de derechos y libertades que parecen inherentes a la construcción de la personalidad del individuo y cuya negación incide en un detrimento de su dignidad humana<sup>197</sup>; y, tercero, la *valoración jurídica* de esta denegación de derechos y libertades, que puede implicar la vulneración de obligaciones jurídicas internacionales —y el propio Derecho interno, en la medida en que las normas jurídicas internacionales que las instituyen se han incorporado al ordenamiento jurídico interno, o bien, conforme a la propia conformación constitucional de dichos derechos y libertades<sup>198</sup>—.

<sup>195</sup> Ya que, como afirma BODEI, incluso la posición tradicional de las sociedades receptoras, «moderadamente xenófoba, ve al extranjero (y, en particular, en su integración completa en la vida de la comunidad) únicamente un factor de desintegración social» (BODEI, R.; *Op. cit.*, p. 161).

<sup>196</sup> De este modo, la existencia de diferencias de trato muy profundas tienden a propiciar un modelo de convivencia muy complejo —nacionales, extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular—, respecto al cual sería preciso y deseable dejar algunas puertas abiertas (BODEI, R.; *Op. cit.*, p. 160); a partir de ahí, han de valorarse los costes sociales de la creación del subtipo de *extranjero irregular*, tales como puedan ser la sensación de *invasión*, la inseguridad ciudadana, el miedo a la pérdida de identidad o la xenofobia (RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VEYTEZ, E.J.; *Op. cit.*, p. 18).

<sup>197</sup> De este modo, el reconocimiento de ciertos derechos y libertades a todos los extranjeros evita que éstos sean tratados de hecho y derecho como no personas: son «aquellos seres humanos que intuitivamente son personas como nosotros (seres humanos vivos dotados de una persona social y cultural), pero a los que les son revocadas —de hecho o de derecho, implícita o explícitamente, en las transacciones ordinarias o en el lenguaje público— la calificación de persona y sus atribuciones relativas» (DEL LAGO, A.; «Personas y no-personas», en: SILVEIRA GORSKI, H. C.; *Op. cit.*, p. 129).

<sup>198</sup> SAGARRA TRIAS, además, en consonancia con los recursos ya presentados contra la L.O. 8/2000, entiende que la negación de «determinados derechos y libertades fundamentales, como son los derechos de reunión, asociación, sindicación, huelga y justicia (...) pueden ser considerados inconstitucionales» (SAGARRA TRIAS, E.; *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos y libertades públicas de los extranjeros en España*. Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 175).

De lo expuesto, se infiere que existen ciertos riesgos derivados de la introducción de políticas migratorias muy restrictivas que pretenden blindar las fronteras exteriores de la Unión Europea, tal y como se ha podido ir de manifiesto al analizar las pautas de evolución de las normativas nacionales de los Estados Miembros:

- primero, por los efectos perniciosos que pueden derivarse de la incongruencia que implica la no priorización dentro de estas políticas migratorias de la profundización en la igualdad de trato de los extranjeros en situación regular, como punto de arranque de una política real de integración en la sociedad de acogida y de igualdad con los nacionales del Estado;
- segundo, por la creación de importantes bolsas de inmigrantes irregulares si no se ajustan de modo coherente y oportuno los diversos aspectos que confluyen en una política migratoria global e integrada —con los problemas sociales que de ello pueden derivarse, ya que las políticas migratorias restrictivas siempre dan malos resultados si fomentan la irregularidad<sup>199</sup>—;
- y, tercero, por la multiplicación de la marginalidad si esa potenciación de la irregularidad viene acompañada, en aras de la exacerbación de la restrictividad de la política migratoria, cuando se tiende a tratar a los extranjeros en situación irregular como no personas desprovistas de aspectos básicos de su condición jurídica subjetiva.

Sobre los patrones de la evolución legislativa de estatal, hay que proceder al examen y análisis del proceso de integración de las políticas

---

<sup>199</sup> WORLD BANK; *Op. cit.*, p. 67.

En el caso español, por ejemplo, el planteamiento del contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002 —de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 (*BOE*, 11, de 12 de enero de 2002), éste favorece la irregularidad ya que no se limita a dirigir las ofertas del empleo a trabajadores del contingente a extranjeros que se encuentren «en el país o países hacia los que se oriente la selección de los trabajadores» —Punto 6 del Acuerdo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 39 de la L.O. 4/2000 modificada y el artículo 65, 8 del Reglamento de Ejecución, el cual afirma que los contratos de trabajo relativos al contingente «deberán ser firmados por extranjeros que no se hallen en territorio español ni sean residentes»—, sino porque en la práctica, a tenor de la redacción de su Punto 9, se ha cerrado durante su vigencia la vía de la solicitud de permiso de residencia con trabajo por la vía del régimen general del permiso de trabajo por cuenta ajena del artículo 38 de la L.O. 4/2000 modificada y la Sección 2.ª del Capítulo III del Reglamento de Ejecución.

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Valencia, decretando la nulidad de la resolución de inadmisión a trámite de una solicitud de permiso de residencia y trabajo, ha inaplicado dicho Punto 9 (REAL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA; *Web de extranjería*, disponible en: [www.reicaz.es/extranjeria](http://www.reicaz.es/extranjeria), 20/12/02).

conexas al fenómeno migratorio auspiciado por la *comunitarización* de la política de asilo e inmigración —y la subsiguiente acción normativa de las instituciones comunitarias—<sup>200</sup>, propiciada por la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, y la consiguiente introducción en el Tratado de la Comunidad Europea de un Título IV relativo a *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación*.

Se trata intrínsecamente de un proceso difícil, debido a los distintos planteamientos políticos y jurídicos de los Estados Miembros así como a la flexibilidad que se deriva del régimen jurídico establecido en el Título IV del Tratado de la Comunidad Europea<sup>201</sup>; de ello, se fue plenamente consciente ya durante el Consejo Europeo de Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001)<sup>202</sup>, y sigue siendo un tema que preocupa, cuando en las Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla (21 y 22 de junio de 2002) se estipula un futuro inmediato la «[a]celeración de los trabajos legislativos en curso sobre la definición de una política común de asilo e inmigración» (título bajo el que se encabeza los párrafos 37 a 39 de las mismas)—.

Hay que acudir, empero, a las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (15 a 16 de octubre de 1999) para encontrar las bases del programa de la acción para la construcción de esa política común, la cual, no debe olvidarse, ha de conjugarse con la necesidad de fortalecer la cooperación intergubernamental en materia de fronteras exteriores, a los efectos de construir un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia:

—la cooperación con los Estados de origen, mediante un enfoque global de la migración que trate los problemas de los Estados y

---

<sup>200</sup> Según LABAYLE, ello constituye una verdadera revolución en la medida en que los Estados Miembros habían venido siempre considerando que las cuestiones de asilo y de inmigración se vinculaban íntimamente a su soberanía y debían recibir un tratamiento intergubernamental que la preservase —dentro del tercer pilar de la Unión Europea— (LABAYLE, H.; «La libre circulation des personnes en Europe. de Shengen à Ámsterdam», en: UNION DES AVOCATS EUROPÉENS; *Les nouveaux droits de l'homme en Europe [XXe Congrès, 29, 30 et 31 Mai, Palma de Majorque]*. Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 19).

<sup>201</sup> En este sentido, por ejemplo: HAILBRONNER, K.; «European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty». *Common Market Law Review*, 35, 1998, 5, p. 1065; KUIJPER, P.J.; «Some legal problems associated with the communitarization of policy of visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Shengen Acquis». *Common Market Law Review*, 37, 2000, 2, p. 366; MONAR, J.; «Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reforma at the Price of Fragmentation». *Common Market Law Review*, 35, 1998, 4, p. 335.

<sup>202</sup> Como se refleja en las Conclusiones de la Presidencia, en lo que respecta a esta política comunitaria «los avances se han alcanzado menos rápidamente y han resultado menos sustanciales de lo previsto» (párrafo 38).

- regiones de origen y tránsito<sup>203</sup>, lo que implica cooperar para «luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos, consolidar los estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos» (párrafo 11);
- la creación de un sistema común de asilo, que, a tenor del planteamiento inserto, debe conjugar la adopción de una serie de medidas a corto plazo (párrafo 14)<sup>204</sup>, con la elaboración de un procedimiento de asilo común y de un estatuto jurídico uniforme (párrafo 15);
  - el trato justo a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente, para lo cual, más allá de la promoción de una aproximación legislativa respecto a las condiciones de admisión y residencia (párrafo 20), se debería aproximar el estatuto jurídico de este colectivo al de los nacionales de los Estados Miembros (párrafo 21); y,
  - la gestión de los flujos migratorios, entre cuyos aspectos más sobresalientes se encuentra el deseo de hacer frente a la inmigración ilegal en origen y, en especial, la lucha «contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los inmigrantes» (párrafo 22); en este ámbito, la referencia a los derechos y libertades de los inmigrantes ilegales se focaliza en la preocupación por la situación de las de las víctimas de la trata de seres humanos —sin que se mencione la necesidad de respetar los derechos y libertades del inmigrante objeto de acciones inherentes al control de flujos migratorios—.

De la lectura de estas bases programáticas, parece claro que las mismas no pretenden a priori obligar a los Estados Miembros a adoptar medidas jurídicas como las presentes en la L.O. 8/2000 —por ejemplo, la privación del ejercicio de ciertos derechos y libertades a los extranjeros en situación irregular—, a pesar de que, como se ha visto, la Expo-

---

<sup>203</sup> Hay que recordar la importancia económica de las remesas de los inmigrantes, que para algunos Estados de origen pueden llegar a significar entre el 10% y el 50% de su Producto Interior Bruto (WORLD BANK; *Op. cit.*, p. 66); a fin de maximizar sus beneficios, O'NEILL propone articular políticas que orienten esas remesas a usos productivos más allá de la simple subsistencia familiar (O'NEILL, A. C.; «Emigrant Remittances: Policies to Increase Inflows and Maximize Benefits». *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, 9, p. 360).

<sup>204</sup> Entre otras, la determinación de la responsabilidad del examen de la solicitud, la fijación de estándares comunes para un procedimiento eficaz y justo, la existencia de unas condiciones mínimas comunes de acogida, o bien, la aproximación normativa sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado.

sición de Motivos de la misma se escude en parte en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere; como indica Rojo Torrecilla, en las mismas se induce a la «formulación de políticas que favorezcan el reconocimiento de los derechos para los inmigrantes legales pero que en modo alguno nieguen los derechos de quienes se encuentren en situación irregular, dado que los derechos de la persona deben prevalecer en cualquier circunstancia sobre las condiciones administrativas en que se encuentre éste en un país ajeno al de origen»<sup>205</sup>.

Los parámetros de actuación determinados por este programa de acción, junto a las propuestas de acción normativa de la Comisión Europea, se proyectan en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración*, de 22 de noviembre de 2000<sup>206</sup> (*Comunicación sobre inmigración*), en la que se pretende su ejecución desde el entendimiento de la necesidad de una política migratoria integrada y dinámica que implique «hacer una evaluación de los flujos migratorios presentes y futuros hacia la UE, en el contexto del desarrollo de una política común sobre asilo y inmigración que tenga en cuenta los cambios demográficos, la situación del mercado laboral y las presiones migratorias de los países y las regiones de origen de los emigrantes»<sup>207</sup>.

Las directrices generales que se desprenden del planteamiento dirigido a desarrollar esa política comunitaria, tal y como se plantean a partir de la *Comunicación sobre inmigración*, no están exentas de riesgo en cuanto a su orientación y desarrollo futuros.

—En primer lugar, se evidencia un diseño tendente a una cierta mixtificación de la política migratoria con la política de asilo/refugio —en la que parecerían haberse previamente embarcado de modo genérico los Estados Miembros<sup>208</sup>—, de modo que se pueda partir de unos presupuestos de base uniformes e integrados sobre la gestión de flujos de uno u otro signo; aun a pesar de que la Comisión Europea, en una *Comunicación relativa de*

---

<sup>205</sup> ROJO TORRECILLA, E.; «Trabajo y emigración: ¿viejas respuestas frente a nuevas realidades», en: LÓPEZ LÓPEZ, J. (coordinadora); *Op. cit.*, p. 271; el resaltado es propio.

<sup>206</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM(2000) 757 final*.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>208</sup> WIHTOL DE WENDEN, C.; *Op. cit.*, p. 86.

La *Comunicación sobre inmigración* afirma que «[u]na política de inmigración de la UE ha de tener en cuenta todos los tipos de migración: humanitaria, de reagrupación familiar y económica» (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM [2000] 757 final*, p. 15).

modo particularizado al asilo, remarcarse la necesidad de «preservar la especificidad de la admisión humanitaria»<sup>209</sup>, la Comunicación sobre inmigración, sin desmentir una hipotética especialidad, señala claramente que «[u]na política de inmigración de la UE ha de tener en cuenta todos los tipos de migración: humanitaria, de reagrupación familiar y económica».

Ello parecería ajeno al distinto enfoque conceptual que presentan por sus dimensiones políticas y jurídicas subyacentes instituciones como el asilo y el refugio —de perfil netamente humanitario—, así como a la propia formulación del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea —que en su artículo 63 separa mediante párrafos separados los ámbitos de decisión relativos a la *política de inmigración* de las *políticas de asilo y refugio*—, pero responde, probablemente, a la voluntad de emplear, con las necesarias adaptaciones, un método de gestión semejante «para combatir lo que se presenta como un verdadero abuso del sistema de asilo», ante la hipótesis del aumento del carácter mixto de los flujos que «disimularía una migración económica bajo solicitudes de asilo»<sup>210</sup>. La cuestión es si la futura articulación de este procedimiento común logrará «hallar un equilibrio entre el respeto absoluto de la especificidad de esta admisión humanitaria y los legítimos objetivos de prevención y lucha contra la inmigración ilegal»<sup>211</sup> —en función de que cómo se enfoque la gestión común de estos flujos, a partir de la consideración de presupuestos y protocolos de actuación en que prevalezcan de manera absoluta o no tan absoluta las con-

---

<sup>209</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Hacia un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo*, de 22 de noviembre de 2000 (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; Documento COM [2000] 755 final, p. 7).

<sup>210</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

Este motivo explica que hayan descendido el número de concesiones del estatuto de refugiado por los Estados Miembros en los últimos años, junto a otros dos: las «medidas adoptadas por los Estados miembros o la Unión Europea que habrían tenido como consecuencia desviar algunos flujos de refugiados hacia otros destinos o disuadir a algunos refugiados de formular solicitudes de asilo» y «la creciente inadecuación entre la naturaleza de la demanda y los criterios de la Convención de Ginebra» (*Ibid.*, pp. 6-7); estas consideraciones, en cierto modo, vienen implícitamente a reconocer la tendencia generalizada a la mayor restricción de las políticas estatales de asilo y refugio de los Estados Miembros, aunque respecto al segundo de los argumentos se aduce que sería «peligroso» peligroso explicar la disminución global de concesiones por una «interpretación cada vez más restrictiva» de la Convención de Ginebra (*ibid.*, p. 7).

<sup>211</sup> *Ibid.*

sideraciones humanitarias subyacentes sobre el combate contra la inmigración ilegal<sup>212</sup>—.

- En segundo lugar, el planteamiento de un enfoque integral de la cooperación con los Estados de origen y de tránsito no parece traducirse en la propuesta de la Comisión Europea, al menos en apariencia, en términos tan ambiciosos como marcan las Conclusiones del Consejo de Tampere, ya que no se parece orientarse demasiado a incrementar la implicación europea en el incremento del desarrollo de los Estados de origen para atenuar los efectos de la inmigración, sino que a largo plazo se prevé potenciar los «esfuerzos coordinados para promover el desarrollo en los países afectados, particularmente movilizando a los propios emigrantes en este proceso»<sup>213</sup>. Es más, no parece descabellado que las cuestiones migratorias sean una cuestión que condicione efectivamente las relaciones exteriores comunitarias, ya que como se describe en la Comunicación sobre inmigración «los problemas de la migración deben formar cada vez más parte del diálogo que tiene lugar dentro del marco de los acuerdos de asociación y cooperación, las estrategias comunes de la UE sobre Rusia, Ucrania y la región mediterránea, y los debates con los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)»; aspecto del que, como se verá a continuación se ha seguido reflexionando.
- En tercer lugar, las dificultades que puede tener para el correcto desarrollo del compromiso de ofrecer un trato justo a los extranjeros procedentes de terceros Estados la *consideración utilitarista*<sup>214</sup> de la inmigración que se perfila en la actitud de los Estados Miembros y en la visión de la inmigración económica que se manifiesta en los documentos anteriormente reseñados, aun cuando se apele a los principios y valores fundamentales comunes —respeto a los derechos humanos y a la dignidad humana— para justificar el trato que han de recibir<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> A la vista de las futuras derivaciones de la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apartidas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional* y de la *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado* (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; Documento COM [2001] 510 final y Documento COM [2002] 326 final, respectivamente).

<sup>213</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; Documento COM (2000) 757 final, p. 24.

<sup>214</sup> TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.; *Op. cit.*, p. 340.

<sup>215</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; Documento COM (2000) 757 final, pp. 20-21.

- En cuarto lugar, se afronta la gestión de flujos sin apuntar expresamente a la importancia de que en la configuración de ese *marco jurídico de admisión* y en las medidas que puedan adoptarse respecto a los inmigrantes irregulares se respeten de manera escrupulosa los derechos y libertades, acorde con el valor del respeto a la dignidad humana propugnado<sup>216</sup>.
- Finalmente, junto a la dificultad que plantean tanto lo tardío de la acción común frente a la relevancia del fenómeno migratorio así como la intrínseca complejidad de regular la presión migratoria, se evidencia una descompensación entre los mecanismos institucionales puestos en funcionamiento a partir del Tratado de Ámsterdam y la realidad del fenómeno migratorio y su dinámica<sup>217</sup>, lo que introduce un riesgo añadido: la dependencia de la articulación de la política migratoria diseñada de las exigencias de una opinión pública preocupado por todo aspecto que genere riesgo e incertidumbres.

Desde esta perspectiva, si se examinan los avances efectuados en la elaboración normativa de la política común, sobre todo en lo que respecta a la inmigración<sup>218</sup>, es evidente que los resultados no son muy alentadores, sobre todo a la vista de las propuestas de la Comisión Europea y del desarrollo del ulterior debate en el seno del Consejo; en este sentido, cabe destacar muy especialmente: primero, la escasa ambición demostrada en el desarrollo de la integración en pie de igualdad con los nacionales de los Estados Miembros de los extranjeros de terceros Estados en situación regular<sup>219</sup>; segundo, la revi-

---

<sup>216</sup> *Ibid*, pp. 12-13 y 24.

Como señalara VAN AMERSFOORT, el control en las fronteras exteriores de la Unión Europea ha venido demostrando la persistencia, en la práctica, de muchos casos de violación de los derechos civiles y políticos de los extranjeros sometidos al mismo (VAN AMERSFOORT, H.; «International Migration and Civil Rights: the Dilemmas of Migration Control in an Age of Globalisation», en: GUILD, E. [ed.]; *The Legal Framework and Social Consequences of Free Movement of Persons in the European Union*. Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1999, p. 87).

<sup>217</sup> WIHTOL DE WENDEN, C.; *Op. cit.*, p. 158.

<sup>218</sup> Fuente: *Eurolex*, disponible en: [http://europe.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es\\_register\\_191030\\_y/es\\_register\\_191040\\_11/11/02](http://europe.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_191030_y/es_register_191040_11/11/02).

<sup>219</sup> Ello, en la práctica, prolonga la desigualdad en materia de estatus jurídico entre este colectivo en función del contenido de los acuerdos suscritos por la Comunidad Europea y los Estados Miembros con terceros Estados, incluyendo a este respecto los Acuerdos de asociación así como de las decisiones de los Consejos de asociación al respecto (NIESSE, J.; «Migrant Workers», en: EIDE, A.; KRAUSE, C. & ROSAS, A. (eds); *Economic, Social and Cultural Rights*. Second edition (revised), M. Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/ London, 2001, p. 402).

sión de proyectos de actos normativos ya elaborados, introduciendo cambios cualitativamente importantes que desvirtúan, de algún modo, la política normativa proyectada en un principio —y, en términos generales, para buscar una opción jurídico-política de signo más restrictivo<sup>220</sup>—; y, tercero, el énfasis que se ha venido poniendo en la lucha contra la inmigración ilegal.

En este último estadio, el relativo a la inmigración ilegal, puede advertirse una actividad continuada y sostenida, sobre todo si se compara con los esfuerzos desplegados, por ejemplo, para proyectar las medidas que tiendan a igualar los derechos y libertades de los extranjeros de terceros Estados en situación regular.

Así, se parte de 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<sup>221</sup>, desde la que se procedido a ejecutar la directriz de intensificar la articulación de una política común en esta área<sup>222</sup>, que se ha plasmado, por ejemplo, en la adopción por el Consejo de un *Plan global de lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea*, de 28 de febrero de 2002<sup>223</sup>, así como de la *Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002 por la que se adopta un Programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración*<sup>224</sup>, destinada a reforzar la operatividad de las medidas de control de flujos fronterizos. De la misma manera, resulta ciertamente relevante la adopción del denominado *Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, de 10 de abril de 2002<sup>225</sup>.

Las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla (21-22 de junio de 2002) parecen indicar que la directriz política de la Unión Europea es profundizar en este ámbito de la lucha contra la inmigración ilegal; a este respecto, es interesante reseñar el énfasis puesto en lograr la articulación efectiva de una gestión coordinada e

---

<sup>220</sup> Ver en Nota 149 el ejemplo del proyecto de directiva sobre reagrupación familiar.

<sup>221</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM (2001) 672 final*.

<sup>222</sup> Se enfatiza en ella el hecho de que las normas jurídicas existentes en materia de admisión son adecuadas pero que para mejorar su eficacia éstas deberían conjugarse con la cooperación internacional en materia de retorno y readmisión, junto a la apreciación de la relevancia futura de la lucha contra el tráfico ilícito de personas (*ibid.*, pp. 9-10).

<sup>223</sup> DOCE, C 142, de 14 de junio de 2002.

<sup>224</sup> DOCE, L 161, de 19 de junio de 2002.

<sup>225</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM (2002) 175 final*.

integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea (párrafos 31 y 32), así como en incluir cláusulas sobre gestión de flujos migratorios y readmisión obligatoria en los futuros acuerdos de cooperación, asociación o equivalentes que se suscriban con terceros Estados como elemento de la cooperación de la Unión Europea con terceros Estados (párrafos 33)<sup>226</sup>.

Las directrices del *Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, y la prioridad dada a los temas tratados en ella con ocasión del Consejo Europeo de Sevilla, se plasman en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, de 14 de octubre de 2002<sup>227</sup>.

Respecto a las previsiones del Libro Verde, se desarrollan algunos elementos significativos: primero, la voluntad de «ampliar ligeramente el foco de atención» —en lo que se refiere al retorno voluntario—, «a ciertos grupos de residentes legales en situación temporal o cuyo traslado ha sido suspendido temporalmente»<sup>228</sup>; segundo, la posibilidad de adoptar una política de planificación y ejecución de lo que se denominan *operaciones conjuntas de retorno*, «mediante vuelos *charter*»<sup>229</sup>;

---

<sup>226</sup> Podría ello interpretarse, de algún modo, como un paso más allá, en orden a articular una mayor condicionalidad derivada de las cuestiones migratorias —o bien una simple reedición de las mismas—, de las denominadas por la propia Comisión Europea *cláusulas estándar de readmisión*, incluidas en los acuerdos de asociación o cooperación, tras su adopción en 1996 y su revisión en 1999, ya que las mismas en sí, como afirma la propia Comisión Europea, son sólo *cláusulas de habilitación* que comprometen en principio «a las partes contratantes a readmitir a los propios nacionales, los nacionales de terceros países y personas apartidas», pero cuya operatividad real «y las modalidades de procedimiento se dejan a los acuerdos de aplicación que deben ser concluidos bilateralmente por la Unión o por los Estados miembros individuales» (*ibid.*, p. 26); asimismo se pretende colaborar con otros Estados en asuntos relativos al retorno para «encontrar soluciones en los casos en que no es posible o no es adecuado un retorno directo al país de origen», mediante acuerdos de tránsito o de admisión temporal (*ibid.*, pp. 26-27).

<sup>227</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM (2002) 564 final*.

<sup>228</sup> Lo que incluye «en particular a las personas que se encuentran bajo cualquier forma de protección internacional siendo ésta básicamente de naturaleza temporal» (*ibid.*, p. 8).

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 16.

En relación con el traslado, se hace referencia a las obligaciones internacionales de los Estados Miembros en materia de asilo, así como a un equilibrio razonable «entre la prevención del abuso como consecuencia de enfermedades simuladas y el estado físico y la capacidad mental reales de las personas concernidas» —ya que si la persona a repatriar «manifiesta una enfermedad física o mental inmediatamente antes de la salida, cabría considerarlo como una tentativa de frustrar el traslado»—; igualmente, debería realizarse una evaluación apropiada de mujeres embarazadas y menores (*ibid.*, p. 19).

tercera, la fijación de unas normas mínimas comunes para garantizar unas políticas de retorno eficaces —por ejemplo, sobre el reconocimiento mutuo de decisiones de retorno, el traslado, las condiciones previas relativas a las decisiones de expulsión<sup>230</sup>, el fin de la residencia legal, la detención en espera de traslado<sup>231</sup> y la prueba de la salida y del reingreso—; y, cuarta, la posibilidad de adopción de «medidas o posiciones comunes en el marco de la PESC y otras políticas de la Unión Europea» frente al rechazo «persistente e injustificado» de un Estado de origen migratorio o de tránsito a cooperar en estas materias<sup>232</sup>, partiendo de la base de que las cuestiones relativas al tránsito «deben incluirse sistemáticamente en los acuerdos comunitarios de readmisión y, a falta de acuerdos, se preveerán acuerdos específicos de tránsito»<sup>233</sup>.

Esta línea de acción jurídico-político tiende a corporeizarse de modo definitivo tras el impulso dado a la misma en el Consejo celebrado el 28 y 29 de noviembre de 2002, ya que durante el mismo se aprobó un Programa de Acción de Retorno, así como se adoptaron dos actos normativos que, básicamente, pretender profundizar en las medidas de carácter represivo<sup>234</sup>: la *Decisión marco 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*<sup>235</sup> y la *Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre*

---

Como puede observarse, se instituye una suerte de *presunción dolosa* en la persona del extranjero que antes del traslado enferme o muestre síntomas de enfermedad física o mental que no hubiesen previamente sido conocidos o advertidos por las autoridades.

<sup>230</sup> Como criterios correctores esenciales se introducen la atención especial —una «especial consideración»— a «los nacionales de terceros países que han nacido en un Estado miembro y nunca han vivido en el país del que son nacionales», así como a los refugiados y a personas bajo otras formas de protección internacional» (*ibid.*, p. 20); de todos modos, habría que reflexionar sobre si estas cautelas cubren, por ejemplo, todos los supuestos contemplados en la jurisprudencia del TEDH.

<sup>231</sup> En este ámbito, las posibles excepciones respecto a las personas que no pueden ser detenidas a tal efecto sí que son contempladas con cierta extensión (*ibid.*, pp. 21-22).

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>234</sup> 2469.ª sesión del Consejo, sobre Asuntos de Justicia e Interior, celebrada en Bruselas (Fuente: *Document 14817/92 [Presse 375]*).

<sup>235</sup> DOCE, L 328, de 5 de diciembre de 2002.

En esta Decisión marco, siguiendo la tónica general expuesta, la única referencia a los derechos y libertades de los extranjeros en situación irregular es la del artículo 6 de la misma, relativa en exclusiva al *Derecho internacional relativo a los refugiados*, y, por consiguiente, el ámbito de aplicación personal de la salvaguardia que solicita a los Estados aplicar la Decisión marco «sin perjuicio de la protección concedida» se refiere en exclusiva a refugiados y solicitantes de asilo.

de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares<sup>236</sup>.

En síntesis, las directrices de esta política comunitaria tienden a converger de forma general con las expresadas por los Estados Miembros, si bien tienden a perfilar un marco de referencia común que potencia determinadas líneas de acción en materia de gestión de flujos —a pesar de la dificultad que puede comportar la extensión de las fronteras de la Unión Europea—; pero en este marco de referencia común se encuentra a faltar una reflexión más decidida sobre los límites de las políticas migratorias y, en especial, sobre el necesario respeto de los derechos y libertades de los inmigrantes afectados por la lucha contra la inmigración ilegal.

Todo ello permite plantearse si estas directrices ofrecen respuestas adecuadas a los problemas que plantea la inmigración y, muy particularmente, si permiten respetar los estándares jurídicos internacionales sobre derechos y libertades de los extranjeros<sup>237</sup>.

La orientación general proyecta de forma clara la percepción de la distinción entre *buenos* y *malos* inmigrantes<sup>238</sup>, ignorando a los extranjeros que se encuentran irregularmente en territorio de los Estados de la Unión Europea como titulares de derechos y libertades durante el tiempo que se encuentran residiendo bajo dicha jurisdicción —excepto en lo que respecta, precisamente, a los que les son garantizados en el curso de la aplicación de las disposiciones de admisión o retorno<sup>239</sup>—; con ello, se está alentando la impresión, visible ya en algunas

---

<sup>236</sup> DOCE, L 328, de 5 de diciembre de 2002.

<sup>237</sup> El Consejo de Europa ha insistido en que toda nueva estrategia en materia de gestión migratoria tenga como elemento básico la protección de los derechos humanos (SALT, J.; «Evolution actuelle des migrations internationales en Europe». Conseil de l'Europe, *Document CDMG (2001) 33*, p. 35).

<sup>238</sup> Categoría ya mencionada respecto a la política migratoria de la Unión Europea, por: TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.; *Op. cit.*, p. 344, o bien, VAN AMERSFOORT, H.; *Op. cit.*, p. 87.

<sup>239</sup> Lo que no sucede prácticamente hasta el ya citado *Libro Verde* (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM [2002] 175 final*, p. 8), y se reitera en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM [2002] 564 final*, pp. 8-9), ya que en *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*, sólo se hace referencia a los derechos y libertades en el sentido de reconocer que las «medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal deben mantener el equilibrio entre el derecho a conceder o rechazar la admisión en su territorio de ciudadanos de un tercer país y el deber de proteger a aquellos que realmente necesitan protección internacional», centrándose esta última en particular en aquellos individuos que en el Estado de origen puedan ver en peligro su vida, integridad o libertad, conforme al artículo 3 del

políticas estatales, de que se pretende su condena a la pura y simple marginalidad. Si a ello se le une el actual escaso interés por adoptar medidas susceptibles de coadyuvar a la integración de los extranjeros en situación regular así como la centralidad de la lucha contra la inmigración ilegal<sup>240</sup>, es evidente que se dificulta el necesario equilibrio entre los intereses colectivos de las sociedades desarrolladas y el interés individual del extranjero de ver respetados sus derechos y libertades<sup>241</sup> —sobre la base de las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>242</sup>—.

---

CEDH y el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS; *Documento COM [2001] 672 final*, p. 7).

Lo cierto es que, en contraste con la legislación española, no se procede cuando menos a negarles su ejercicio, ni en los documentos mencionados ni, por supuesto, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

<sup>240</sup> Amnistía Internacional ha señalado que la política comunitaria «sólo se ha traducido en una ampliación de las políticas restrictivas de asilo e inmigración, en vez de dirigir la cooperación política, de desarrollo y económica hacia una perspectiva de derechos humanos para prevenir las causas que llevan a la gente a huir de sus países» —y, en este contexto, la posibilidad de que las cláusulas de readmisión a negociar con terceros Estados puedan suponer «comerciar con seres humanos a cambio de ayuda económica»—, advirtiendo la necesidad de evaluar «las repercusiones sobre los derechos humanos de todas las decisiones que se adopten para luchar contra la inmigración ilegal y sus efectos acumulativos, con el fin de evitar efectos perjudiciales sobre las obligaciones fundamentales de la UE respecto a los derechos humanos» (OFICINA DE AMNISTÍA INTERNACIONAL ANTE LA UE; —Se busca—. *Política común de asilo ambiciosa, coherente y centrada en la protección. Carta abierta de Amnistía Internacional al Consejo de Ministros de Justicia e Interior 28-29 noviembre de 2002*, disponible en: <http://www.amnesty-eu.org>, 26/11/02, pp. 4-5); asimismo se aboga por la regularización de los extranjeros que no puedan ser repatriados por la negativa reiterada del Estado de origen (*ibid.*, p. 5) —posibilidad en ningún caso contemplada por la política común hasta ahora diseñada—.

<sup>241</sup> CRÉPEAU, F. et CARLIER, J.Y.; «Intégration régionale et politique migratoire. Le «Modèle» européen entre coopération et communitarisation». *Journal de Droit International*, 126, 1999, 4, p. 1018.

<sup>242</sup> Lo que HABERMAS, partidario de políticas europeas liberales en la materia, achaca al *chauvinismo del bienestar* (HABERMAS, J.; *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría y discurso*. 2.ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 643).

## VII

# Consideraciones finales

A partir del análisis efectuado, puede formularse las consideraciones siguientes:

- 1.<sup>a</sup> El Derecho internacional de los derechos humanos viene aplicando, como criterio normativo más plausible para el tratamiento jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros, la equiparación restringida entre los derechos y libertades de los nacionales y extranjeros; este criterio implica que, aun partiendo de la existencia de unos derechos y libertades inherentes a la dignidad humana de todo ser humano —y, por consiguiente, reconocidos en pie de igualdad a nacionales y extranjeros—, es posible respecto a otros derechos y libertades establecer diferencias de trato, razonables y objetivas, entre nacionales y extranjeros, así como reservar ciertos derechos y libertades a los nacionales. Todo ello en orden a conjugar el máximo respeto de los derechos humanos, con el derecho del Estado a fijar su propia política migratoria.
- 2.<sup>a</sup> El ordenamiento jurídico español parte de parecidos presupuestos, y, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución, se articula como un sistema jurídico de equiparación restringida; pero, a su vez, es un sistema jurídico que aplica el criterio de configuración legal: los derechos y libertades susceptibles de una diferencia de trato entre españoles y extranjeros deberán ser regulados por ley para conocer el alcance jurídico de la equiparación entre nacionales y extranjeros. La nacionalidad de la persona opera, en consecuencia, como factor determinante del estándar de derechos y libertades que puede ejercer el individuo que reside en España.

- 3.<sup>a</sup> El Derecho internacional de los derechos humanos —y en particular los tratados internacionales que lo desarrollan— adquiere en este marco jurídico un papel relevante en orden a la configuración legal de los derechos y libertades de los extranjeros en España, dada la referencia a los mismos en el propio artículo 13 de la Constitución, teniendo en cuenta además su primacía sobre leyes y reglamentos en el supuesto de discrepancia —por lo que operan, desde este prisma, como límite a considerar de la discrecionalidad del legislador al fijar cuál es la configuración legal deseada—.
- 4.<sup>a</sup> En estos términos, el legislador español ha optado por la técnica de la *lex specialis*, que regula de manera específica el régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España; si la Ley Orgánica 7/1985 ha sido el texto de referencia al respecto hasta el 2000, durante este año se adoptó, primero, la L.O. 4/2000, para luego procederse a su reforma a través de la L.O. 8/2000. La L.O. 4/2000, tras su reforma, es una realidad compleja, que aúna dos voluntades de política legislativa hacia los extranjeros distintas —la L.O. 8/2000 ha tendido sobre todo a limitar el estándar de derechos y libertades de los extranjeros en situación irregular—, salpicada de imperfecciones técnicas, y que, además, realiza una triple diferenciación que distingue no sólo entre extranjeros residentes regular e irregularmente, sino entre extranjeros residentes de forma irregular empadronados y no empadronados.
- 5.<sup>a</sup> En este sentido, si se ha de efectuar una valoración crítica de la L.O. 4/2000 desde el punto de vista adoptado tras su reforma, lo cierto es que la configuración legal de los derechos y libertades de los extranjeros en España que se establece en la misma, aun cuando es verdad que en líneas generales se adecua a los parámetros normativos internacionales descritos, no termina de dar la sensación de ajustarse de manera perfecta a los exigencias jurídicas internacionales en materia de derechos humanos vinculantes para España —tal y como ponen de manifiesto los ejemplos propuestos—; así, y a partir de la interpretación evolutiva que parece inherente a la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos —amén de las tendencias normativas manifestadas en los últimos años a escala universal y regional—, se puede señalar, de un lado, la dificultad existente para no enjuiciar como discriminatorias ciertas diferencias de trato incluidas en la L.O. 4/2000, y, de otro lado, la posible no conformidad con el Derecho internacional de los derechos hu-

manos derivada de la exclusión de ciertos derechos y libertades, o de alguna de sus facultades, del estándar de derechos y libertades ejercitable por las distintas categorías de extranjeros que se encuentran en España. No obstante, es igualmente cierto que, en buena medida, el alcance jurídico de los posibles desajustes entre el modo de configuración de los derechos y libertades de los extranjeros determinado por la L.O. 4/2000 y las exigencias jurídicas internacionales en la materia dependerá del desarrollo de la propia práctica administrativa y judicial.

- 6.<sup>a</sup> Es preciso indicar que, con la L.O. 4/2000 —y, en particular, tras su reforma a través de la L.O. 8/2000—, se ha perdido la oportunidad de, tras un debate sereno y profundo, adecuar de manera definitiva y efectiva el ordenamiento jurídico español a los compromisos jurídicos internacionales de España en materia de derechos humanos.
- 7.<sup>a</sup> El interrogante que se infiere de la emergencia de políticas migratorias como la española es si la misma va a ser extrapolada como referente de la construcción de una política migratoria europea; aunque muy probablemente con una menor virulencia, en cuanto que no se parte de la expresa negación de derechos y libertades que el Derecho internacional de los derechos humanos parece reconocer a todos los extranjeros independientemente de su situación legal, lo cierto es que la focalización actual de la política migratoria europea en el control de flujos migratorios y, sobre todo, en la lucha contra la migración ilegal —en detrimento de una comprensión verdaderamente integral y dinámica de la política migratoria— no parece un punto de partida idóneo para lograr los equilibrios de intereses precisos y, en particular, para hacer efectivos los compromisos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos. Las prioridades por ahora instauradas parecen dar a entender que la Unión Europea prefiere enfrentar las cuestiones sobre la inmigración ilegal desde un prisma básicamente represivo, olvidando las dificultades objetivas de articular una política migratoria en tal sentido, cuando existen Estados con ingentes colectivos de extranjeros en situación irregular cuyo retorno puede resultar harto difícil, y a los que su sometimiento a un tratamiento de no persona relega rápidamente a la marginación social —sin perjuicio de que en relación con determinados derechos y libertades puedan vulnerarse respecto a esas personas las obligaciones jurídicas internacionales—; y, por otro lado, desde un prisma utilitarista, pues, además, la anterior tendencia

se combina con una menor preocupación por progresar en la política de igualación de derechos entre nacionales y extranjeros en situación regular —indispensable para evitar situaciones discriminatorias que inciden en el estatus jurídico y social de este colectivo—, así como con un enfoque del asilo y el refugio que, cuando menos, presenta una preocupación demasiado acentuada por evitar la admisión fraudulenta de falsos demandantes —aunque, ciertamente, está por ver si la consolidación de la política común consolidará la tendencia restrictiva apuntada en la práctica existente—.

- 8.<sup>a</sup> Sin embargo, queda la esperanza de que, en el futuro, la profundización global en las directrices programáticas incluidas en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere sea el punto de referencia prioritario de la política comunitaria, y que ello permita un desarrollo más equilibrado y armónico de las normas comunitarias en materia de inmigración, menos centrado en los anteriores vértices de acción, y, sobre todo, que en todos y cada uno de sus aspectos se adecue a las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos. Aun cuando deba estarse, igualmente, a la posible actividad jurisprudencial que en la materia pueda desplegar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas e inclusive a la futura articulación jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —como instrumentos jurisdiccional y normativo respectivamente que puedan evitar que la política migratoria se aparte de los estándares jurídicos internacionales sobre derechos y libertades—, es evidente que resulta de vital importancia que el desarrollo normativo comunitario derivado del Título IV tenga en cuenta estos mismos estándares jurídicos internacionales en toda su extensión, incluyendo los derechos y libertades de los extranjeros en situación irregular durante el tiempo de permanencia en el territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea. Los valores y principios de esa Europa amante de la libertad y de los derechos humanos, así como defensora de la dignidad humana, no han de ponerse siquiera en cuestión ante fenómenos que preocupan y violentan el espíritu de los ciudadanos, diluyendo estados de opinión que, aunque pudieran ser minoritarios, son susceptibles de calar con sus mensajes en la opinión pública.

Barcelona, diciembre 2002

# Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 22

El presente estudio pretende ofrecer un análisis y sus consecuentes reflexiones sobre los límites que el ordenamiento jurídico internacional ha establecido a las políticas migratorias de los Estados desde la perspectiva de la tutela jurídica internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Se pretende a este respecto poner de manifiesto la importancia de la consecución del equilibrio exigido por el Derecho internacional público entre el interés del Estado en desarrollar su propia política migratoria y el respeto de las obligaciones jurídicas internacionales relativas a los derechos y libertades de los inmigrantes en el contexto de una política jurídica universal marcada por una progresiva tendencia a la equiparación en materia de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros. Los problemas de índole práctica que ello plantea se evidencian si, a la luz de las actuales dinámicas del fenómeno de la inmigración, se examina esta cuestión desde una aproximación a la política migratoria de España —y de la política jurídica que revela el ordenamiento jurídico español—, así como de las perspectivas de evolución de la misma conforme a las directrices presentes y de futuro de la política comunitaria de inmigración que se define a partir del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea.

**Jordi Bonet Pérez** es doctor en Derecho y profesor titular de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona, en la que ha impartido docencia dentro de la Licenciatura de Derecho y de la Diplomatura de Relaciones Laborales, así como dentro de los estudios de Tercer Ciclo y Postgrado. Dentro de su línea de investigación prioritaria, la protección internacional de los derechos humanos, sus últimos trabajos han incidido en temas que, desde esta perspectiva, plantean algunos de los problemas más sugerentes en torno a la efectividad de los derechos humanos a escala mundial, tales como pueda ser la inmigración. Es miembro de la Junta del Institut de Drets Humans de Catalunya y del Observatori de Drets Econòmics, Socials i Culturals.



**EUSKO JAURLARITZA**  
**GOBIERNO VASCO**

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE  
SEGURANTZA SAILA  
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,  
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



**Universidad de  
Deusto**

