



Consejo Económico y Social

Distr. general
1 de junio de 2010
Español
Original: inglés

Período de sesiones sustantivo de 2010

Nueva York, 28 de junio a 23 de julio de 2010

Tema 14 g) del programa provisional*

**Cuestiones sociales y de derechos humanos:
derechos humanos**

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**

Resumen

El presente informe se centra en los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en los países de acogida y las obligaciones de los Estados en este contexto. El análisis, que está basado en instrumentos internacionales, en la labor de los órganos creados en virtud de tratados y los titulares de mandatos de los procedimientos especiales, así como en la jurisprudencia internacional y regional, subraya las obligaciones generales de los Estados y las obligaciones específicas en relación con diversos derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes.

* E/2010/100.

** Este informe se presentó con retraso para incluir en él la información más reciente.



Índice

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| I. Introducción..... | 3 |
| II. Obligaciones de los Estados respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de todos los migrantes | 5 |
| A. Obligaciones generales..... | 6 |
| B. Educación | 8 |
| C. Salud | 10 |
| D. Vivienda..... | 13 |
| E. Alimentación..... | 15 |
| F. Seguridad social y protección social | 16 |
| G. Empleo y derechos laborales | 18 |
| H. Derechos culturales..... | 19 |
| III. Conclusiones | 20 |

I. Introducción

1. El presente informe, presentado en cumplimiento de la resolución 48/141 de la Asamblea General, se centra en los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en los países de acogida y las obligaciones de los Estados en ese contexto. El informe debe leerse junto con los anteriores informes presentados al Consejo Económico y Social en los que se aclaraban aspectos específicos de la protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales que también se aplican a los migrantes. En estos informes se analizaban las cuestiones de la protección jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales (E/2006/86), el concepto de la “realización progresiva” (E/2007/82), el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación de la mujer respecto de los derechos económicos, sociales y culturales (E/2008/76), y la aplicación y vigilancia de los derechos económicos, sociales y culturales (E/2009/90).

2. Se calcula que 214 millones de personas viven actualmente fuera de su país de origen¹. La migración afecta a todas las regiones del mundo. En contra de la creencia popular, hay menos migrantes internacionales que se desplazan de países en desarrollo a países desarrollados que los que se desplazan de un país en desarrollo a otro o de un país desarrollado a otro. Si bien para algunas personas la migración es una experiencia positiva y enriquecedora, para muchas otras el proceso de migración se caracteriza por la discriminación, la explotación, y una gran variedad de abusos de los derechos humanos. En todo el mundo, los migrantes son particularmente vulnerables a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. A menudo se les niega el acceso a los servicios de salud pública, a una vivienda adecuada y a las prestaciones básicas de seguridad social. Los derechos laborales de muchos trabajadores migratorios son gravemente vulnerados, mientras que las trabajadoras migratorias se ven sometidas a múltiples formas de discriminación. En algunos casos, estos trabajadores evitan utilizar servicios que necesitan por miedo a que se conozca su situación. Los migrantes son particularmente vulnerables porque están fuera de la esfera de protección jurídica de los países de que son nacionales. Además, al estar en una sociedad que no es la suya, los migrantes a menudo desconocen el idioma, las leyes y las costumbres del país, y puede que no cuenten con redes sociales conocidas. Esto los coloca en desventaja en lo que respecta al conocimiento y la defensa de sus derechos.

3. Al analizar los derechos humanos de los migrantes es importante situar el desplazamiento internacional de personas dentro del contexto mundial contemporáneo. Mientras que la pobreza, la exclusión social o las violaciones de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, continúan induciendo a muchas personas y familias a migrar, en los últimos tiempos han surgido factores como la crisis económica, el cambio climático y la inseguridad alimentaria que han agravado los factores de vulnerabilidad ya existentes. Los períodos extraordinarios de sesiones del Consejo de Derechos Humanos sobre la crisis alimentaria y la crisis financiera han puesto de relieve las vulnerabilidades críticas de los migrantes en estas situaciones. Además, los migrantes que se ven obligados a desplazarse como consecuencia de la degradación ambiental y el cambio

¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009 - Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos* (Nueva York, 2009).

climático suelen ser muy vulnerables a las violaciones de los derechos humanos durante el desplazamiento migratorio.

4. La crisis financiera mundial ha afectado la migración internacional de diversas formas. En los países de acogida, las crisis han provocado un aumento de la xenofobia, la hostilidad hacia los migrantes y las prácticas discriminatorias. En muchos casos, los trabajadores migratorios son los primeros en perder el empleo o en ver reducido su salario y en padecer las peores condiciones de trabajo cuando las empresas y los empleadores quieren ahorrar. Los recortes en la prestación de servicios sociales también repercuten en la calidad de vida y la salud de los migrantes. El regreso de los trabajadores migratorios a sus países de origen como consecuencia de la pérdida del empleo o la reducción de los ingresos puede sobrecargar los servicios sociales de esos países, que ya están al límite de su capacidad, además de afectar la estabilidad económica y social. La subsiguiente disminución de las corrientes de remesas también puede menoscabar los derechos económicos, sociales y culturales en el país de origen, incluida la seguridad alimentaria.

5. La crisis alimentaria mundial podría tener un impacto negativo similar en las tendencias migratorias de algunas regiones, por más que a corto plazo no se haya apreciado un aumento de la migración internacional. Por el momento, la crisis alimentaria ya ha provocado un aumento de los desplazamientos internos y ha repercutido negativamente en grupos vulnerables, como los refugiados o los desplazados internos. La subida de los precios de los alimentos puede provocar o agravar la malnutrición, lo cual se exagera en algunos casos por la disminución de las corrientes de remesas. La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) observó “la contribución creciente que aportaban a la seguridad alimentaria las personas que emigraban dentro de sus países y de un país a otro, e instó a todos los países a mejorar la gestión, educación y protección de los trabajadores migratorios y de sus familias”².

6. El cambio climático también es un factor impulsor de la migración tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, los fenómenos climáticos tales como las inundaciones, los terremotos, las tormentas y los desbordamientos repentinos de los lagos glaciares provocan migración interna e incluso internacional. A largo plazo, los procesos climáticos tales como la subida del nivel del mar, la salinización de tierras agrícolas, la desertificación y la creciente escasez de agua pueden dar lugar a desplazamientos migratorios de personas y comunidades que buscan realizar derechos humanos como el derecho al agua.

7. En este contexto, todos los Estados necesitan realizar un detenido análisis de las leyes y las políticas para dar una respuesta adecuada a los problemas que afrontan los migrantes, reducir su vulnerabilidad y asegurar que sus derechos económicos, sociales y culturales no se vean perjudicados. Por esta razón es importante que los Estados enfoquen la cuestión de la migración desde el punto de vista de los derechos humanos. Un enfoque de este tipo situaría al migrante en el centro de las políticas de migración y garantizaría su protección, participación y acceso a recursos en caso de violación de sus derechos. Por consiguiente, es importante que al preparar e implementar políticas se tengan en cuenta las repercusiones de la práctica administrativa y las leyes de migración, en los derechos

² Informe de la 25ª Conferencia Regional de la FAO para Asia y el Pacífico, Yokohama (Japón), 28 de agosto a 1 de septiembre de 2000 (APRC/00/REP), párr. 66.

humanos. Las crisis, ya sean reales o aparentes, muchas veces se caracterizan por un aumento de la xenofobia, la hostilidad hacia los migrantes y prácticas discriminatorias que menoscaban los derechos humanos de los migrantes. Esto resulta particularmente perjudicial cuando tales sentimientos se ven reforzados por leyes, normas y políticas que criminalizan y excluyen a los migrantes. Los Estados recurren cada vez más a la detención administrativa de migrantes en situación irregular, sometiéndolos a detenciones innecesarias, prolongadas o (potencialmente) indefinidas, así como violando su derecho a la salud y la educación o a un nivel de vida adecuado, entre otros.

8. Dadas la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, el hecho de que no se protejan ni garanticen los derechos económicos, sociales y culturales puede tener graves consecuencias para la realización de los derechos civiles y políticos y viceversa. Por ejemplo, el requisito de presentar un permiso de residencia para registrar el nacimiento de un hijo priva a los migrantes en situación irregular del derecho a la identidad personal y a la ciudadanía al nacer, lo que también puede denegarles el acceso a la educación. Es importante señalar que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales está estrechamente vinculada a la inclusión e integración social de los migrantes, lo que a su vez les permite tener una vida cultural y socialmente enriquecedora y económicamente productiva. Por lo tanto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha instado a los Estados a “suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en las esferas de la educación, la vivienda, el empleo y la salud” (recomendación general núm. XXX, párr. 29).

II. Obligaciones de los Estados respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de todos los migrantes

9. Las obligaciones de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes pueden analizarse a través del contenido y la interpretación autorizada de instrumentos formulados específicamente para proteger los derechos de los migrantes y también a través de las obligaciones generales contraídas por los Estados respecto de todas las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de su situación jurídica.

10. Se han utilizado diversos términos, por ejemplo en la labor de los órganos creados en virtud de tratados, para describir la categoría de “migrantes”, como “legales e ilegales”, “regulares e irregulares”, o “documentados e indocumentados”³. A los efectos del presente informe, el término “regular” se utilizará para abarcar los conceptos de “legal” y “documentado”, es decir, para referirse a un migrante que está legalmente autorizado a ingresar y permanecer en un país de destino. De modo similar, los términos “migrante irregular” o

³ Véase Grupo Mundial sobre Migración, Migración Internacional y Derechos Humanos, octubre de 2008. Cabe señalar que sigue sin existir una definición universal de “migrante”. Sin embargo, el artículo 2, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares define a un trabajador migratorio como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

“indocumentado” se utilizarán para definir a aquellos que están en un país de tránsito o de acogida sin haber legalizado su situación.

A. Obligaciones generales

11. Los principios de igualdad y no discriminación, que se basan en la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, constituyen la esencia de las normas internacionales de derechos humanos. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna” (artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza a “todas las personas” los derechos enunciados en el Pacto. El Comité de Derechos Humanos dispone que “los derechos reconocidos en el Pacto [de Derechos Civiles y Políticos] son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas” (observación general núm. 15). De conformidad con estos principios y las disposiciones establecidas en los instrumentos de derechos humanos básicos y universales, el derecho internacional dictamina que los Estados mantienen las obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos fundamentales de todas las personas dentro de su territorio, incluidos todos los migrantes.

12. Los órganos creados en virtud de tratados han considerado la migración a la luz de diferentes motivos prohibidos de discriminación. En su observación general núm. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera la nacionalidad como un motivo prohibido de discriminación y considera que los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a “(...) todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, **los trabajadores migratorios** y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean” (sin cursiva en el original). En su recomendación general núm. XXX, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial incluye a los migrantes en la categoría de no ciudadanos y prohíbe la discriminación por este motivo. Por lo tanto, es importante tener en cuenta los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, si bien son diferentes al de migración, los cuales se han utilizado para determinar la situación de los migrantes.

13. Las normas internacionales de derechos humanos (por ejemplo, el artículo 1, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial) establecen la posibilidad, en circunstancias específicas, de hacer distinciones legítimas entre ciudadanos y no ciudadanos. Sin embargo, esta diferenciación tiene límites definidos: “Aunque algunos de esos derechos, como el derecho de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegidos, pueden limitarse a los ciudadanos, los derechos humanos deben, en principio, ser disfrutados por todos. Los Estados Partes se obligan a garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de esos derechos en la medida reconocida en el derecho internacional” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. XXX, párr. 3).

14. Por lo tanto, cualquier distinción legítima entre ciudadanos y no ciudadanos, entre migrantes y no migrantes, o entre diferentes grupos de migrantes, debe ser “proporcionada y razonable” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales, observación general núm. 19, párr. 37). En general, estos criterios deben ser proporcionales al propósito para el cual fueron adoptados por el Estado, y el propósito o la finalidad en sí mismos deben ser legítimos. Los órganos creados en virtud de tratados, incluido el Comité de Derechos Humanos, han definido el alcance de esos criterios en su examen de casos⁴. Para el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo” (recomendación general núm. XXX, párr. 4). Las “medidas especiales” adoptadas con el fin de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos no entrañan en el ámbito de aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 1, párrafo 4). En algunas situaciones puede haber motivos para dispensar un trato diferenciado a migrantes y no migrantes en ámbitos específicos, siempre que las obligaciones básicas mínimas no se vean afectadas. Las diferenciaciones no pueden dar lugar a que los migrantes, ya sean regulares o irregulares, queden excluidos del contenido básico de los derechos económicos, sociales y culturales. Además, se podría argumentar también que las medidas diferenciadas adoptadas por el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales no deben ser regresivas y deben estar en consonancia con las obligaciones de los Estados de adoptar medidas tendientes a la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, prestando particular atención a los grupos más vulnerables, que en muchos países incluirán a los migrantes.

15. De igual modo, el artículo 2, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales crea una excepción limitada a la norma general de igualdad al establecer que: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”. No obstante, esta disposición debe interpretarse de manera limitada y sólo podrán invocarla los países en desarrollo, y sólo con respecto a los derechos económicos⁵. Por lo tanto, cualquier distinción efectuada entre nacionales y no nacionales o entre migrantes regulares e irregulares en relación con los derechos económicos, sociales y culturales debe hacerse con una finalidad legítima y ser proporcional al logro de dicha finalidad. Así pues, las normas internacionales de derechos humanos establecen estrictas limitaciones a las distinciones permitidas y disponen que dichas distinciones no deberán impedir en ningún caso que los migrantes disfruten de sus derechos humanos fundamentales.

16. La jurisprudencia regional también confirma esta interpretación. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una importante opinión consultiva en la que deja en claro que, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el principio de igualdad y no discriminación es un

⁴ Por ejemplo, CCPR/C/50/D/488/1992 o CCPR/C/81/D/943/2000.

⁵ David Weissbrodt, Informe final sobre los derechos de los no ciudadanos (2003), E/CN.4/Sub.2/2003/23, párr. 19. Las medidas que adopten los Estados para proteger a sus ciudadanos y economías de los no ciudadanos no deben perjudicar el disfrute de los derechos humanos (*Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme v. Angola*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Com. núm. 71/92 (octubre de 1997), párr. 16.

principio de derechos humanos *erga omnes* y, por lo tanto, se aplica plenamente a las condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, ya sean documentados o indocumentados. Según la Corte, “una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”, y “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”⁶.

B. Educación

17. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que proporcionar enseñanza primaria a todos es uno de los componentes básicos del derecho a la educación (observación general núm. 13, párr. 57). Como ya se señaló anteriormente, cualquier diferencia de trato que traiga consigo la denegación o restricción de otros aspectos del derecho a la educación por ese motivo se considerará una violación a priori de ese derecho, a menos que esté fundada en criterios objetivos y razonables. En este contexto, los Estados no pueden utilizar la situación migratoria de los niños, sean documentados o indocumentados, para justificar una diferencia de trato. Cabe señalar que en varios países, todos los niños, independientemente de su situación, tienen acceso a la enseñanza primaria.

18. Respecto al derecho a la educación de los no nacionales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sostiene que los Estados Partes están obligados a “velar por que las instituciones docentes públicas estén abiertas a los no ciudadanos y a los hijos de los inmigrantes indocumentados residentes en el territorio de un Estado Parte” y a “evitar la escolarización segregada y la aplicación de normas de trato distintas a los no ciudadanos por motivos de raza, color, ascendencia y origen nacional o étnico en la escuela elemental y secundaria y en el acceso a la enseñanza superior” (recomendación general núm. XXX, párrs. 30 y 31).

19. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene pautas adicionales al respecto, a saber, la prioridad otorgada al interés superior del niño (artículo 3, párrafo 1) y la obligación legal de inscribir a los niños inmediatamente después de su nacimiento y darles un nombre y una nacionalidad (artículo 7, párrafo 1), las cuales son particularmente importantes para la educación primaria, y también se aplican a la educación secundaria, siempre que los estudiantes sean menores de 18 años. Por ejemplo, la situación de inmigrante indocumentado de un niño debido a que no fue inscripto inmediatamente después de su nacimiento de ninguna manera puede justificar su exclusión de la educación. La prohibición de discriminación por motivo de nacionalidad se aplica igualmente en este ámbito. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha declarado explícitamente que “el principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante” (observación general núm. 6, párr. 18).

⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, respectivamente en párrafos 109, 133 y 134.

20. El artículo 30 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que se aplica a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, independientemente de su situación, establece que todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones públicas de enseñanza preescolar no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo. Según el artículo 45, párrafo 1, de la Convención, que se aplica a los trabajadores migratorios y sus familiares documentados o que tienen una situación regular, los familiares de los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de acogida en relación con “el acceso a las instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de ingreso y a otras normas de las instituciones y los servicios de que se trate”, y “el acceso a instituciones y servicios de orientación y capacitación vocacional, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en ellos”.

21. Las normas regionales reflejan dicho enfoque. El artículo 2 del Protocolo adicional del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, junto con el artículo 14 del Convenio Europeo, prohíbe la diferencia de trato perjudicial basada en la nacionalidad respecto al derecho a la educación, salvo que dicha diferencia de trato esté justificada en función de criterios objetivos y razonables, que se inspeccionarán rigurosamente⁷. Además, el Protocolo núm. 14 del Convenio Europeo extiende la aplicación de la prohibición de discriminación a todos los derechos humanos, incluido el derecho a la educación, aun si el Estado Parte no es parte también en el Protocolo adicional del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. A su vez, el artículo 17, párrafo 2), de la Carta Social Europea Revisada establece la obligación de los Estados Partes de “garantizar a los niños y adolescentes una educación primaria y secundaria gratuita, así como a fomentar la asistencia regular a la escuela”. Los párrafos 11 y 12 del artículo 19 establecen la obligación de los Estados Partes de promover y facilitar la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida y la enseñanza de la lengua materna del trabajador migratorio a sus hijos. Según el artículo E, se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la Carta sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra naturaleza, extracción u origen social, salud, pertenencia a una minoría nacional, nacimiento o cualquier otra situación.

22. No obstante, en el artículo 1 del anexo de la Carta Social Europea Revisada se establece que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19”. Sin embargo, la aplicación de esta cláusula ha sido interpretada de manera muy restringida por el Comité Europeo de Derechos Sociales cuando se refiere a los niños, a la luz de la obligación de actuar en su

⁷ Véase, en general, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaygusuz v. Austria*, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42.

interés superior⁸. La resolución 1509 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su artículo 13.6, establece que todos los niños tienen derecho a la educación en los niveles de enseñanza primaria y secundaria en aquellos países en los que la educación en esos niveles es obligatoria, y que la educación debe reflejar su cultura e idioma, y deben tener derecho a que se les reconozcan, entre otras cosas mediante certificación, los niveles alcanzados⁹.

23. El artículo 1, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos define la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social como motivos de discriminación prohibidos. Cuando se lee conjuntamente con el artículo 26 de la Convención, que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, como “otra condición social”, también se aplica al derecho a la educación. Asimismo, el artículo 24 establece que “todas las personas son iguales ante la ley” y que “en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El artículo 19 también otorga protección especial sin discriminación a los niños. La Corte Interamericana ha afirmado que el acceso a la educación es una de las medidas de protección especial que los Estados Partes tienen la obligación de cumplir. Para la Corte, no dar acceso a la educación a niños indocumentados inmigrantes constituía una violación de la obligación del Estado de garantizar educación primaria gratuita a todos los niños¹⁰.

24. Además, se puede encontrar orientación de utilidad en la labor de los titulares de mandatos de procedimientos especiales, como el último informe del Relator Especial sobre el derecho a educación que examina el derecho a la educación de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados¹¹.

C. Salud

25. El artículo 12 del Pacto Internacional establece la cláusula más amplia sobre el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En el párrafo 34 de su observación general núm. 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a la obligación del Estado de “respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos ... los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos”. Al prohibir la discriminación basada en la nacionalidad, el Comité observa, por ejemplo, que todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir atención sanitaria asequible (observación general núm. 20, párr. 30).

⁸ Véase Comité Europeo de Derechos Sociales, demanda núm. 14/2003, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, decisión sobre el fondo de 3 de noviembre de 2004, párrs. 29 a 32; y demanda núm. 47/2008, *Defence for Children International v. The Netherlands*, decisión sobre el fondo de 20 de octubre de 2009, párrs. 34 a 38.

⁹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1509 (2006), titulada “Human rights of irregular migrants”.

¹⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 185.

¹¹ A/HRC/14/25 y Corr.1.

26. Dicho de otro modo, en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), los Estados deben tomar medidas para lograr la plena realización de la salud, incluida la salud materna, infantil y reproductiva, la mejora de todos los aspectos de la higiene ambiental y laboral y la prevención, el tratamiento y el control de enfermedades. Todos estos aspectos son fundamentales para el derecho a la salud de los migrantes, ya sea en tránsito o en países de acogida, independientemente de su situación jurídica. En el caso de la higiene ambiental y laboral, estos derechos son especialmente importantes para los trabajadores migratorios y, cuando proceda, se podrían leer junto con la recomendación núm. 151 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (1975)¹².

27. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclara además que el derecho a la salud se refiere tanto a “libertades” como a “derechos adquiridos”. Por ejemplo, las libertades incluyen el derecho a no tener que someterse a tratamientos médicos sin consentimiento o a la prueba del VIH por la fuerza. De manera similar, la libertad de no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes es un componente importante de la realización del derecho a la salud. Los derechos adquiridos se refieren al derecho a un sistema de protección en condiciones de igualdad para todos, un sistema de prevención, tratamiento y control de las enfermedades, el acceso a medicamentos esenciales y a la salud sexual y reproductiva, y acceso a información y educación sobre la salud en diferentes formatos e idiomas, especialmente para prevenir hábitos malsanos o riesgosos.

28. Para cumplir estas obligaciones, los Estados partes deben considerar los siguientes elementos, con la inclusión de medidas especiales para determinados sectores de la población, como los migrantes, cuando sea necesario: a) la disponibilidad de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud que funcionen, así como de programas; b) su accesibilidad, tanto desde el punto de vista físico como financiero; c) su aceptabilidad, es decir que los establecimientos, los bienes y los servicios deben tener en cuenta las cuestiones de género, ser culturalmente apropiados y respetuosos de la confidencialidad, y d) todos los establecimientos, bienes y servicios deben ser de buena calidad desde el punto de vista científico y médico (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14, párr. 12).

29. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también refuerza el principio de no discriminación disponiendo expresamente que todos los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derechos económicos y sociales en condiciones de igualdad, independientemente de su condición jurídica. El artículo 28 reconoce que los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a “recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”. Al no haber una definición efectiva de lo que constituye “atención médica urgente”, los migrantes pueden ver denegado su acceso a intervenciones de atención primaria de

¹² Véase también Organización Internacional para las Migraciones, *Migration and the Right to Health: a Review of International Law*, 2009, pág. 184.

la salud y, por consiguiente, condiciones tratables se pueden convertir en enfermedades crónicas.

30. Hay varias formas de impedir que los migrantes accedan efectivamente a la atención de la salud más allá de la prohibición expresa: los altos costos que la hacen inasequible; la exigencia de pago inmediato o comprobante de pago antes siquiera de recibir el servicio; la instrumentalización de la atención y los servicios de salud en las políticas de control de la inmigración, como es la imposición a los profesionales de la salud del deber de denunciar a los migrantes indocumentados; el miedo a la deportación o la detención; y, por último, la falta de información sobre los derechos y las garantías de los migrantes en relación con los servicios y productos en la esfera de la salud.

31. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha centrado la atención en la situación de las trabajadoras migratorias, incluso en relación, con el derecho a la salud sexual y reproductiva. Como señala en su recomendación general núm. 26, la “Discriminación cobra especial gravedad en relación con el embarazo. Es posible que las trabajadoras migratorias se vean obligadas a someterse a pruebas de embarazo, so pena de deportación si el resultado es positivo, que se les imponga el aborto o que no dispongan de acceso a servicios seguros de salud e interrupción del embarazo cuando corre peligro la salud de la madre, e incluso tras agresiones sexuales. Puede ser que no haya permisos y prestaciones de maternidad, o que sean inadecuados, y que no exista atención obstétrica asequible, con el consiguiente riesgo para la salud. Las trabajadoras migratorias también se pueden enfrentar al despido si se descubre que están embarazadas, lo que conducirá en ciertos casos a una situación irregular en materia de inmigración o a la deportación”.

32. Algunas cuestiones relacionadas con la situación de las personas que viven con el VIH merecen un detenido análisis. Estas cuestiones incluyen las restricciones que se imponen a los solicitantes de asilo seropositivos, las restricciones de viajar, en general, a las personas que viven con el VIH y a veces específicamente impuestas a los nacionales de ciertos países con prevalencia elevada, y la deportación en el momento de la llegada o de la renovación de la residencia en caso de recibir un diagnóstico positivo de VIH aun cuando no se disponga de servicios de asesoramiento, tratamiento y atención en relación con el VIH o esos servicios sean inaccesibles en el país de origen de una persona.

33. De hecho, también puede interpretarse que negar la atención médica a una persona infringe la prohibición de trato inhumano y degradante en el contexto de la expulsión de migrantes a un país donde su enfermedad no pueda tratarse¹³. Respecto de un caso de expulsión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que “la retirada abrupta del tratamiento causada por la deportación” podría exponer al demandante “a un peligro real de muerte en circunstancias muy angustiantes y, por lo tanto, equivaldría a trato inhumano”¹⁴. Esta interpretación fue

¹³ Chetail y Giacca, “Who cares? The right to health of migrants”, en *Realizing the Right to Health, Swiss Human Rights Book*, vol. 3.

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. v. United Kingdom*, sentencia de 2 de mayo de 1997, (1997) 24 EHRR 423, párrs. 53 y 54.

respaldada posteriormente por el Comité contra la Tortura¹⁵ y el Comité de Derechos Humanos¹⁶.

34. En cuanto a la aceptabilidad y la calidad de los servicios, algunos sistemas nacionales de salud han implantado una variedad de servicios de salud para dar cabida a los migrantes. Estos incluyen la prestación de servicios de interpretación, traducción de material escrito y “mediación cultural” en los hospitales y centros de salud. Estos servicios buscan franquear las barreras del idioma que pueden tener un efecto negativo en los servicios de atención y prevención, los planes de tratamiento y el seguimiento correspondiente, ya que cualquier error de comprensión de los síntomas o cualquier error de traducción pueden dar lugar a retrasos en la atención sanitaria, errores médicos clínicamente significativos, e incluso la muerte.

35. Los profesionales de la salud y el personal administrativo en establecimientos de atención de la salud de varios países también están recibiendo capacitación sobre lo que en ocasiones se denomina como “atención sensible a las diferencias culturales”. Esto se refiere a la incorporación de las conductas pertinentes, los conocimientos y las aptitudes para las relaciones interpersonales relacionadas con la atención de pacientes de diferentes culturas. En el caso de poblaciones migrantes, esto abarcaría también la familiarización con los problemas sociales y sanitarios relacionados con la experiencia de cada grupo migrante. Existen factores culturales, religiosos, sociales y de género que entran en juego en la negociación e implementación de planes de tratamiento para una variedad de cuestiones sanitarias, como la salud reproductiva e infantil, la gestión de enfermedades crónicas, la atención geriátrica y paliativa, así como otros problemas específicos que pueden afectar a las poblaciones migrantes, tales como los matrimonios entre consanguíneos, la mutilación genital femenina y los efectos de la tortura y los traumas¹⁷.

D. Vivienda

36. La obligación de garantizar la igualdad en el acceso y disfrute del derecho a una vivienda adecuada ha sido confirmada en numerosas ocasiones tanto a nivel internacional como regional. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el párrafo 6 de su observación general núm. 4, en la que describe los elementos fundamentales de este derecho, afirma que el “derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos” y que “tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores”. A la luz de los trabajos del Comité, la referencia a “la posición social o de cualquier otro de esos factores” incluye a los migrantes. El Comité afirma, además, que “el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación”. En opinión del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, los Estados deben

¹⁵ Comité contra la Tortura, *G.R.B. v. Sweden*, CAT/C/20/D/83/1997, 15 de mayo de 1998, párr. 6.7.

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/990/1999, 28 de octubre de 2002, párr. 6.

¹⁷ Para más detalles véase Organización Mundial de la Salud, Organización Internacional para las Migraciones, *Consulta global sobre salud de los migrantes*, Madrid, 3 al 5 de marzo de 2010, documento de antecedentes sobre los sistemas de salud en que se tienen en cuenta las particularidades de los migrantes.

“garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada a los ciudadanos y los no ciudadanos” (recomendación general núm. XXX, párr. 32). El artículo 43 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares garantiza a los migrantes en situación regular y sus familias la igualdad de trato en relación con el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres. En el contexto regional, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha señalado que debería concederse a los migrantes en situación irregular una vivienda y un refugio adecuados que garanticen la dignidad humana¹⁸.

37. Sin embargo, en la práctica, los migrantes se enfrentan a numerosas barreras y discriminación para acceder a una vivienda adecuada. Varios titulares de mandatos de los procedimientos especiales, han informado sobre la situación de los migrantes en relación con la vivienda como el Relator Especial sobre una vivienda adecuada o el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, incluso en su informe más reciente centrado en el derecho a la salud y la vivienda de los migrantes¹⁹. A pesar de que, en teoría, los trabajadores migratorios deberían gozar de igualdad de trato respecto de los nacionales en relación con el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres (Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, (artículo 43, párrafo 1 d)), la cuestión de la vivienda de los trabajadores migratorios ha sido problemática en muchas partes del mundo. En algunos países, se exige a los empleadores que proporcionen vivienda a los trabajadores que contraten del extranjero. Sin embargo, incluso cuando los empleadores proporcionan vivienda, en muchos casos esta resulta inadecuada, o el empleador retiene una parte importante del salario de los trabajadores en concepto de pago por el uso de la vivienda. En algunos casos, varios trabajadores tienen que compartir la misma cama por turnos, fenómeno que a veces se conoce como “camas calientes”²⁰. Debido a su especial situación, incluida la falta de conocimiento de los mecanismos administrativos y judiciales y la falta de competencias lingüísticas, los migrantes también pueden ser más vulnerables a los desalojos, incluso por razones injustificadas. A este respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó que los Estados velaran por que las agencias inmobiliarias se abstuvieran de utilizar prácticas discriminatorias (recomendación general núm. XXX, párr. 32).

38. En muchos países, los inmigrantes que trabajan como empleados del hogar viven en la casa en la que se hallan empleados, con la consiguiente falta de privacidad, a menudo en alojamientos que no cumplen los requisitos de habitabilidad (por ejemplo, se les obliga a dormir en pasillos o armarios), y con la obligación de permanecer de servicio 24 horas al día. En algunos casos, los empleados del hogar son sometidos a violencia física, psicológica y sexual. Además, estos trabajadores son vulnerables a ser expulsados del alojamiento que les ofrecen con su trabajo²¹ y pueden verse obligados a tolerar abusos para evitar acabar en la

¹⁸ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1509 (2006), párr. 13.1.

¹⁹ A/HRC/14/30.

²⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, (A/HRC/7/16/Add.2).

²¹ Véase, por ejemplo, el informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, (E/CN.4/2006/118), párr. 68.

calle. En este contexto, es necesario que haya distintos tipos de refugios de emergencia para acoger a los migrantes que son víctimas de la violencia doméstica o se quedan sin techo.

39. La ubicación de las viviendas asignadas a los migrantes puede provocar mayor marginación. Los Estados deben actuar para evitar la segregación en materia de vivienda (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general XXX, párr. 32). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha manifestado su preocupación por el hecho de que las familias migrantes se encuentren desproporcionadamente concentradas en “las zonas residenciales pobres que se caracterizan por la existencia de grandes complejos de viviendas sociales de insuficiente calidad y mal mantenidos” y recomendó “la aplicación efectiva de la legislación existente para luchar contra la discriminación en la vivienda, incluidas las prácticas discriminatorias de los actores privados”. El Comité también instó al Estado Parte a que mejorara la situación de la vivienda de las familias con bajos ingresos, entre otras cosas mediante la construcción y renovación de los complejos de viviendas públicas (E/C.12/FRA/CO/3, párrs. 21, 41 c) y 43).

40. En muchos casos, debido a su situación jurídica, los migrantes en situación irregular, incluidos los solicitantes de asilo rechazados, continúan sufriendo violaciones de su derecho a una vivienda adecuada. Los migrantes en situación irregular se enfrentan en muchos casos a la falta de vivienda, y viven en barracas o edificios abandonados o sin acabar, o al aire libre. En opinión del Comité Europeo de Derechos Sociales, el derecho a la vivienda está directamente relacionado con el derecho a la vida, la protección social, y el respeto a la dignidad humana y el mejor interés de los niños, independientemente de su situación como residentes²².

E. Alimentación

41. El artículo 11, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a “un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”. Además, el artículo 11, párrafo 2, reconoce “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”. El artículo 27, párrafo 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño pide a los Estados partes que luchen contra la desnutrición infantil. Tal como lo define el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la alimentación debería estar disponible, ser accesible y adecuada. El Comité ha subrayado la importancia de garantizar “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada” (observación general núm. 12, párr. 8).

42. Las causas estructurales de la inseguridad alimentaria y el impacto del cambio climático están afectando a la capacidad de las personas para producir alimentos y, por tanto, menoscaban el derecho a la alimentación de los grupos marginados, incluidos los migrantes.

43. Las violaciones del derecho a la alimentación de los migrantes pueden adoptar varias formas. Una forma de malos tratos de los empleados del hogar que se conoce

²² *Defence for Children International (DCI) c. los Países Bajos*, Queja núm. 47/2008, Decisión sobre el fondo de 20 de octubre de 2009.

es la privación de alimentos o la denegación de una alimentación adecuada en cuanto a cantidad o calidad, con la consiguiente pérdida de peso y perjuicios para la salud. Algunos empleadores también pueden utilizar la privación de alimentos como castigo por los “errores” cometidos por los trabajadores²³. La Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes también destacó la falta de alimentación y el acceso limitado a la alimentación de los migrantes en situación de detención (E/CN.4/2003/85/Add.4, párr. 12). A este respecto, el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación subrayó que los Estados tienen la obligación directa de garantizar que se satisfaga el derecho a una alimentación adecuada de las personas detenidas, incluidos los migrantes, ya que se considera que son incapaces de alimentarse por sí mismos (E/CN.4/2002/58, párr. 46). Además, el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación subrayó que la “discriminación en el acceso a la alimentación sobre la base de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política u otra, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento u otra condición no puede justificarse en ninguna circunstancia, incluido bajos niveles de recursos” (ibid., párr. 41).

44. Para algunos migrantes, la alimentación y su obtención y consumo pueden tener importantes connotaciones culturales. La alimentación adecuada que esté disponible y sea accesible a los trabajadores migrantes debería ser, por tanto, culturalmente aceptable. La Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes señaló, por consiguiente, que en muchos centros de detención no existían disposiciones para dar a los migrantes alimentos adaptados a sus culturas (E/CN.4/2003/85, párr. 53).

45. La FAO, en sus *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*²⁴, ofrecen una herramienta práctica para ayudar a los Estados a implementar el derecho a una alimentación adecuada. En particular, en la directriz 12.5 se invita a los Estados a “tomar medidas apropiadas y sugerir estrategias para contribuir a concienciar a las familias de los emigrantes con objeto de promover el uso eficiente de las remesas por ellos enviadas para realizar inversiones a fin de mejorar sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria de sus familias”.

F. Seguridad social y protección social

46. A pesar de que en algunos casos pueda haber la posibilidad de un nivel diferenciado de seguridad social o protección social, los Estados, en principio, no pueden excluir de forma arbitraria a los trabajadores migrantes de los sistemas de seguridad social y protección social. El principio de igualdad y prohibición de la discriminación por motivo de nacionalidad también es válido para el derecho a la seguridad social, incluidos el seguro social y la protección social. Los trabajadores migrantes son parte de la población activa y la economía de los Estados, donde se emplean, y por tanto normalmente contribuyen a los planes de seguro social, y benefician al conjunto de planes como titulares de derechos. Incluso en los casos en los que no participan en los sistemas contributivos, los trabajadores migrantes también contribuyen a los planes y programas de protección social, por lo menos al

²³ Véase, por ejemplo, el documento A/HRC/11/6/Add.3, párr. 59.

²⁴ Consejo de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 127º período de sesiones, noviembre de 2004.

pagar impuestos indirectos. Además, su situación como inmigrantes, ya sea documentados o indocumentados, no debería ser tenido en cuenta por lo que se refiere a los sistemas de protección social dirigidos a aliviar la extrema pobreza o la vulnerabilidad.

47. De conformidad con la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 27), todos los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios gocen de alguna prestación, los Estados también deberían considerar la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones.

48. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dejado claro que el derecho a la seguridad social incluye tanto los planes contributivos como los no contributivos, y que la no discriminación y la igualdad son de plena aplicación en relación con este derecho. El Comité ha señalado explícitamente que “el párrafo 2 del artículo 2 [del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad, y el Comité observa que el Pacto no contiene ninguna limitación jurisdiccional expresa. Cuando los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país. Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse afectados por el cambio del lugar de trabajo” (observación general núm. 19, párr. 36). En relación con los planes no contributivos, el Comité afirmó que “los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, y acceso asequible a la atención de salud y el apoyo a la familia. Cualquier restricción, incluido un período de carencia, debe ser proporcionada y razonable. Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición de inmigración, tienen derecho a atención médica primaria y de emergencia” (observación general núm. 19, párr. 37). El Comité también señaló “la importancia de establecer acuerdos u otros instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales recíprocos para coordinar o armonizar los planes de seguridad social contributivos para los trabajadores migratorios” (observación general núm. 19, párr. 56).

49. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha considerado en una serie de casos la aplicación de la prohibición de discriminación en los planes de seguridad social y protección social. El Tribunal ha dejado claro que las diferencias en función de la nacionalidad son, en principio, inaceptables, y que en caso de desear justificar tales diferencias, recaerá sobre los Estados una pesada carga. En el caso *Gaygusuz*, el Tribunal Europeo decidió que sólo razones de mucho peso podrían llevarle a considerar compatible con la Convención una diferencia de trato basada en la nacionalidad, y por tanto consideró que las razones ofrecidas por el Estado para justificar una diferencia de trato entre nacionales y no nacionales en relación con el pago anticipado de emergencia de pensiones contributivas eran insuficientes y, por lo tanto, la disparidad de trato era discriminatoria²⁵. En el caso

²⁵ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaygusuz v. Austria*, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párrs. 42, 50 y 52.

Koua Poirrez, el Tribunal Europeo reiteró su doctrina, y la amplió a las prestaciones no contributivas. El Tribunal falló que la disparidad en el trato por razón de nacionalidad en relación con una prestación por discapacidad no estaba justificada y era, por lo tanto, discriminatoria²⁶.

50. En opinión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la protección social por medio de la seguridad social no debería ser denegada a los migrantes en situación irregular cuando es necesario aliviar la pobreza y preservar la dignidad humana. Los niños están en una situación especialmente vulnerable y deberían tener derecho a la protección social, que deberían gozar en igualdad de condiciones que los niños nacionales. Además, los inmigrantes en situación irregular que han cotizado a la seguridad social deberían poder beneficiarse de sus contribuciones o ser reembolsados si se les expulsa del país²⁷.

G. Empleo y derechos laborales

51. La protección de los trabajadores contra la explotación y los abusos constituye uno de los componentes fundamentales de los derechos humanos relacionados con el trabajo, especialmente en situaciones de vulnerabilidad y de un gran desequilibrio de poder entre los trabajadores y los empleadores. Las normas internacionales de derechos humanos y del trabajo convergen en este asunto. Los derechos laborales se aplican sin restricciones a todos los trabajadores migrantes, independientemente de su situación, por lo que el cumplimiento de dichos derechos es especialmente importante para la protección de los trabajadores migrantes. La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo incluye la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. La prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad garantiza la aplicación plena de todas las protecciones laborales a los trabajadores migrantes²⁸.

52. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayó la aplicabilidad del derecho al trabajo a los migrantes, recordando que “el principio de la no discriminación, según figura consagrado en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, y en el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo de trabajadores migratorios y sus familias.” El Comité subrayó que los “Estados Partes tienen la obligación de respetar el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos

²⁶ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Koua Poirrez v. Francia*, sentencia de 30 de septiembre de 2003, párrs. 48 a 50.

²⁷ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1509 (2006), párrs. 13.3 y 13.4.

²⁸ Véanse, en particular, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) núms. 97 y 143 y los artículos 11, 25, 26, 51, 52, 54 y 55 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Véase también OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006).

desfavorecidos y marginados, en particular presos o detenidos, miembros de minorías y trabajadores migratorios” (observación general núm. 18, párrs. 18 y 23).

53. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial defendió, entre otras cosas, que los Estados partes deben tomar medidas para “eliminar la discriminación contra los no ciudadanos en relación con las condiciones y requisitos laborales, incluidas las normas y prácticas de trabajo con fines o efectos discriminatorios” y “evitar y resolver los graves problemas con que suelen enfrentarse los trabajadores no ciudadanos, en particular los trabajadores domésticos no ciudadanos, tales como la servidumbre por deudas, la retención del pasaporte, la reclusión ilícita, la violación y las agresiones físicas”. Además, el Comité reconoció que “si bien los Estados Partes pueden negarse a ofrecer empleo a los no ciudadanos que no posean un permiso de trabajo, todas las personas deberán poder disfrutar de los derechos laborales y de empleo, incluida la libertad de reunión y sindicación, desde que se inicie hasta que se termine una relación laboral” (recomendación general núm. XXX, párrs. 33 a 35).

54. Los órganos regionales de derechos humanos han fundamentado sólidamente la aplicabilidad de las protecciones laborales a los migrantes, incluidos los migrantes en situación irregular. Tal como afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo”²⁹. En el caso *Siliadin c. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó plenamente el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio, independientemente de que la víctima sea un migrante. En este caso, la víctima, en el momento en que tuvo lugar la violación de los derechos era un niño migrante sin documentos al que se forzó a trabajar como trabajador doméstico sin sueldo ni descanso, con la promesa de regularizar su situación³⁰.

H. Derechos culturales

55. La protección de los derechos culturales de los migrantes ha sido subrayada en muchas ocasiones, como en la observación general núm. 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En opinión del Comité, los Estados partes “deben prestar especial atención a la protección de la identidad cultural de los migrantes, así como de su idioma, religión y folclore, y de su derecho a organizar eventos culturales, artísticos e interculturales. Los Estados partes no deberían impedir que los migrantes mantuvieran sus lazos culturales con sus países de origen”. Además, los Estados deberían adoptar “medidas o establecer programas adecuados para apoyar a las minorías o a otras comunidades, entre otras, las comunidades de migrantes, en sus intentos por preservar su cultura” (observación general núm. 21, párrs. 34 y 52 f).

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 134.

³⁰ Véase la sentencia de 26 de julio de 2005, párrs. 109 a 129. Véase también el informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes que destaca la situación y las normas legales aplicables a los/las migrantes que trabajan como empleados/as domésticos/as (E/CN.4/2004/76).

56. En opinión del Comité de Derechos Humanos, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a saber, el derecho de las minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, también se aplica a los trabajadores migrantes (observación general núm. 23, párrs. 5.1 y 5.2.). En este contexto, conviene tener en mente las disposiciones de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

57. De forma similar, el artículo 31 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares subraya la obligación de los Estados de respetar la identidad cultural de los trabajadores migratorios y sus familiares y de no impedir que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen. Los trabajadores migratorios gozan de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con el acceso a la vida cultural y la participación en ella (artículo 43 g)). Los migrantes tienen derecho a afiliarse y a establecer asociaciones y sindicatos para la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole (artículos 26 y 40). Además, los Estados de empleo “no impedirán que un empleador de trabajadores migratorios instale viviendas o servicios sociales o culturales para ellos” (artículo 43, párrafo 3). Es importante señalar que el respeto a la identidad cultural de los migrantes también se aplica en caso de detención (artículo 17).

58. En relación con los niños, los Estados de empleo “procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de su lengua y cultura maternas y, cuando proceda, los Estados de origen colaborarán en esos efectos” (artículo 45, párrafo 3). Además, los “Estados de empleo podrán establecer planes especiales de enseñanza en la lengua materna de los hijos de los trabajadores migratorios, en colaboración con los Estados de origen si ello fuese necesario” (artículo 45, párrafo 4).

III. Conclusiones

59. El acceso de los migrantes a los derechos económicos, sociales y culturales no es una cuestión de beneficencia. Los migrantes tienen derecho a esperar que se respeten, protejan y cumplan sus derechos dondequiera que estén. Por tanto, los Estados deberían adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que causan o perpetúan la discriminación contra los migrantes, independientemente de la condición que se les otorgue. Para lograrlo, los Estados necesitan examinar las diferentes formas de discriminación que pueden suceder de jure o de facto. Tal como afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 20 “para erradicar la discriminación de jure es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos”. Pero existe, además, una necesidad urgente de abordar la discriminación de facto: “en el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares” (E/C.12/GC/20, párrs. 8 a) y b)).

60. Es importante considerar los efectos de la discriminación directa e indirecta. En el contexto de la migración, la discriminación directa puede ocurrir cuando a un inmigrante se le trata de forma menos favorable que a un nacional en una situación similar por una razón relacionada con un motivo prohibido. Esto ocurre, cuando el costo de la vivienda es proporcionalmente superior para los migrantes que para los nacionales. La discriminación indirecta “hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación” (observación general núm. 20, párr. 10 b)). Por ejemplo, exigir la presentación de un permiso de residencia para poder acceder a los servicios de salud públicos constituirá una discriminación contra los migrantes en situación irregular.

61. De acuerdo con las directrices proporcionadas por órganos creados en virtud de tratados y otros órganos competentes, incluidos los del sistema regional de derechos humanos, las obligaciones mínimas fundamentales en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales deberían respetarse para todos, incluidos los migrantes en situación irregular. Sin embargo, las medidas de control de la inmigración pueden tener, a veces, la finalidad o el efecto de disuadir a los migrantes en situación irregular de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales, como los servicios o instalaciones de atención de la salud, educación y vivienda, o se puede aprovechar la denegación de dichos derechos como medio para disuadir a los migrantes de entrar en el país, lo que a su vez se podría considerar como desproporcionado. Los migrantes en situación irregular se abstendrán a menudo de utilizar servicios públicos a los que tienen derecho por ley, como la atención médica de urgencia o la educación primaria, por miedo a la detención y la deportación. Esta tendencia se ve exacerbada cuando los países imponen a funcionarios públicos el deber de denunciar la presencia de migrantes en situación irregular. En estos casos, aún cuando los derechos humanos de los migrantes están protegidos por ley, se puede dar que los migrantes en situación irregular no disfruten en la práctica de ellos. Además, los migrantes en situación irregular no suelen ser tenidos en cuenta en las medidas oficiales de integración, ni en los planes de acción y estrategias sobre servicios públicos como la vivienda, la atención de la salud o el agua y el saneamiento, lo que los deja vulnerables a la exclusión, la discriminación y los abusos sistemáticos.

62. Para garantizar la protección efectiva de los derechos de todos los migrantes, es importante que se ofrezca orientación más abundante y detallada, sobre las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos de los migrantes en situación regular e irregular, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. A este respecto, los órganos creados en virtud de tratados podrían considerar la posibilidad de desarrollar más a fondo su interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en observaciones generales específicas, e incluir sistemáticamente el examen de la situación de los migrantes en los cuestionarios a los Estados, así como en sus recomendaciones y conclusiones sobre los informes de los Estados.