

MIGRACIONES IRREGULARES Y DERECHO INTERNACIONAL.

Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Pérez González, Carmen
2012

Capítulo I

Migraciones Internacionales y derecho: ¿un derecho internacional de las migraciones?

1. La cooperación multilateral en el Ámbito de las migraciones internacionales

Como consecuencia de la resistencia que oponen los Estados a regular en común las cuestiones migratorias, la cooperación multilateral ha sido --y, en buena medida, continua siendo-- una excepción en este ámbito. Siendo el fenómeno migratorio un fenómeno que afecta a la práctica totalidad de los Estados, ya sea como países de origen, tránsito y/o destino de las migraciones, y muy variadas las razones que determinan los denominados "efectos salida" o "llamada" de los flujos migratorios, cabría esperar, más allá de la retórica, una voluntad política más decidida a la hora de adoptar en el plano internacional medidas, también normativas^[29], que hagan posible su gestión eficaz apuntando a abordarlo en todas sus dimensiones^[30]. Las razones de esa indiferencia son fáciles de adivinar y tienen que ver con la divergencia de intereses entre países de destino, tránsito y origen de los flujos migratorios. Una divergencia que lastra la toma de decisiones en el seno de marcos formales de cooperación y explica en buena medida la ausencia de un organismo internacional creado con aquel propósito^[31]. Mientras que el ACNUR^[32], la OIT^[33] o el PNUD^[34], por ejemplo, abordan sólo parcialmente la cuestión, los 127 Estados parte en la OIM, que está por lo demás fuera del sistema de NNUU, no le han atribuido las competencias necesarias para ello^[35]. NNUU abordó en 2005 esta dispersión institucional, y los consiguientes riesgos de incoherencias y solapamientos, en el Informe de la Comisión Global sobre las Migraciones Internacionales^[36]. Dicho informe abogó por la creación, en el seno de NNUU, de un grupo institucional de alto nivel formado por aquellos organismos del entramado onusino cuya labor estuviese vinculada, de cualquier manera, con la gestión del fenómeno migratorio. Dicho grupo, que se creó finalmente en 2006, debería promover la aplicación de los instrumentos internacionales, universales y regionales, relativos a la inmigración y favorecer la adopción de un marco de gestión más coherente, comprensivo y mejor coordinado. Los resultados, hasta ahora, no son verdaderamente relevantes^[37].

No es objeto de este trabajo el análisis de las razones que empujan a un individuo a la emigración. Sí quiere ponerse de manifiesto, sin embargo, que son muchas y muy complejas las causas que están en el origen del fenómeno. Entre ellas, el mayor o menor índice de desarrollo de los países de origen y destino o la inestabilidad política y/o económica de los primeros^[38]. Parece claro por tanto que la denominada lucha contra la inmigración irregular --de la que las medidas de devolución forzosa de los extranjeros que

no tienen derecho a permanecer en el Estado de acogida son un elemento-- debería en todo caso trascender los aspectos relacionados con la seguridad y el control de fronteras y atender también a la garantía de la seguridad humana de los individuos que, de otra manera, se convertirán en potenciales candidatos a emigrar irregularmente. Incumbe al Estado la responsabilidad primaria de proteger a sus nacionales y de proporcionarles un nivel de seguridad humana que quepa considerar adecuado^[39]. El cumplimiento de las obligaciones que de ello derivan haría posible la garantía de lo que CHUECA SANCHO ha denominado el "derecho a no migrar"^[40]. Ante la imposibilidad o la negativa el Estado a garantizarla, debe ser la Comunidad Internacional la que asuma la responsabilidad de proteger al individuo. Se entiende aquí, en definitiva, que la seguridad humana es un bien público global que la Comunidad Internacional debe proporcionar asumiendo como tarea propia la cooperación para su garantía^[41]. Entronca, en definitiva, con una noción de soberanía "entendida (...) como el poder y la obligación de asegurar un buen gobierno y, por ello, de proporcionar un mínimo de seguridad a sus habitantes"^[42]. En lo que hace al ámbito migratorio, esa tarea debe concretarse en la cooperación para la erradicación de las causas que potencian la inmigración no elegida por el individuo, en la cooperación para la gestión eficaz de los flujos migratorios y en la efectiva protección de los derechos humanos de los migrantes.

A menudo más miopes, los Estados --y sus políticas y Derechos migratorios o de extranjería-- han tendido, como se ha dicho, a la regulación unilateral de los regímenes de entrada, permanencia y salida de los no nacionales en un intento de conservar intacta la facultad de controlar los movimientos de población que tienen como origen o destino su territorio. Debe insistirse en este punto en que en realidad cuando nos referimos al fenómeno migratorio englobamos en la expresión una variedad de situaciones. Ya se ha indicado que las razones que están en el origen de los proyectos migratorios individualmente considerados son, en efecto, de diferente naturaleza. La decisión de emigrar puede venir determinada por motivos laborales, de estudio o de reagrupación familiar, entre otros^[43]. Y las condiciones --esto es, los requisitos que los Estados exigen para admitir al migrante-- varían en cada caso. Como se ha dicho, desde el punto de vista material, la cooperación multilateral en el ámbito migratorio ha rehusado concretarse en el establecimiento de regímenes comunes en relación con ninguno de esos ámbitos.

En general los Estados se resisten a aceptar restricciones a su derecho a promulgar y aplicar medidas relativas a la inmigración. De ahí que, a salvo lo que se ha advertido ya y se desarrollará más adelante sobre el Derecho de la UE, ningún instrumento multilateral regule las condiciones en las que debe desarrollarse la movilidad internacional de los individuos. Los Estados de la Comunidad Internacional han preferido recurrir, cuando lo han estimado imprescindible, a instrumentos bilaterales para ajustar la canalización de los flujos migratorios. Con frecuencia dichos instrumentos materializan el esfuerzo de las administraciones públicas de los Gobiernos correspondientes por formalizar y, en su caso, facilitar movimientos migratorios previamente constatados. Y no suponen, en general, el reconocimiento de un derecho a migrar más allá de lo que prevea, a ese respecto, el Derecho interno de los Estados parte en los mismos^[44].

Este "estado de cosas" suscita varias cuestiones. ¿Cabe deducir del mismo la inexistencia de un Derecho Internacional de las Migraciones? ¿Cuál es entonces el marco jurídico

internacional de regulación de los movimientos migratorios? No puede desconocerse, en este sentido, que tal y como acaba de ponerse de manifiesto, los Estados recurren con frecuencia a la cooperación bilateral e, incluso, a la celebración de tratados internacionales para regular las cuestiones que son de su interés. ¿Cabría por ello afirmar que el Derecho Internacional Público no permanece absolutamente al margen de la regulación de los movimientos migratorios internacionales? Parece que así es y, sin embargo, puede adivinarse ya que, desde este punto de vista, la aproximación del Derecho Internacional al fenómeno migratorio es sólo parcial y que, como consecuencia de ello, contamos con un marco jurídico internacional apenas desarrollado y, en general, superado por la realidad de las migraciones internacionales^[45]. En definitiva, un marco jurídico internacional fragmentado, inadecuado y que aporta poca seguridad jurídica al migrante^[46].

En este punto el DIDH se revela esencial. El examen de cómo este sector del Derecho Internacional, al ocuparse de la protección debida al migrante, incide indirectamente en la regulación del fenómeno migratorio revela avances que cabe considerar, ahora sí, significativos. Se conforma --se está conformando-- así un marco jurídico internacional de protección del migrante. Y dicha protección alcanzaría también, en alguna medida, al propio derecho individual a migrar. Y ello en el sentido de que la aplicación de normas y principios propios de este sector del Derecho Internacional Público al colectivo ha ido perfilando un derecho humano a la libre circulación que los Estados vienen obligados a respetar. El examen de las obligaciones que el DIDH impone a los Estados en relación con los límites que debe observar a la hora de decidir cuándo y en qué condiciones pueden denegar la entrada de un extranjero en su territorio o forzar su salida permite identificar parcialmente el contenido de ese derecho. Un derecho que cabe considerar uno de los que integran, si se quiere el primigenio, el estatuto jurídico de los migrantes y cuyo contenido, a partir de esos límites impuestos por el Derecho Internacional, vendrá determinado también por lo que dispongan internamente al respecto los Estados. El DIDH viene así al "rescate del ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional" proporcionando respuestas a las "nuevas necesidades de protección" --las de los migrantes-- y tratando de superar las consecuencias que en este ámbito tuvo la primacía, a partir del siglo XIX, de un positivismo jurídico de carácter voluntarista que no reconocía más derechos al individuo que aquel que el Estado quiere concederle^[47].

En un intento de explicar y sistematizar los avances producidos en este ámbito vamos a abordar someramente a continuación los tres debates en torno a los cuales dichos avances han tenido lugar. En primer lugar, el debate sobre la movilidad internacional. Esto es, el relativo al derecho a entrar y salir del territorio de un Estado y a regresar a él. Un debate del que cabría deducir también una suerte de derecho a permanecer en el territorio de un Estado del que no se es nacional en la medida en que el DIDH imponga a dicho Estado la obligación de no devolver al extranjero. Nos centraremos, en segundo lugar, en el debate sobre la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros. Es evidente en este sentido que, en general, los Estados no han interpretado que el Derecho Internacional les imponga en términos absolutos la obligación de no discriminar a los extranjeros que se encuentran bajo su jurisdicción en lo que hace al disfrute de determinados derechos que sí reconocen a los nacionales. Lo que sí hace el Derecho internacional es perfilar esa obligación al concebir a los migrantes como un colectivo vulnerable que requiere de la protección específica del Estado. Y nos referiremos en último lugar, precisamente, al

debate sobre la especificación en la protección. Tal y como se examinará en este punto, determinados colectivos de extranjeros, que se encontrarían en una situación de especial vulnerabilidad, reciben una atención especial por parte del Derecho Internacional. Esa situación de vulnerabilidad requiere del Estado de acogida la adopción de medidas de protección específica. También frente a la devolución forzosa. En particular, si como consecuencia de ella y dada esa situación de vulnerabilidad se pone en peligro la vida o la seguridad del inmigrante.

2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y migraciones internacionales

2.1. La regulación del derecho a la libre circulación

La movilidad internacional de los individuos tiene diferentes manifestaciones. Su ejercicio requiere, en primer lugar, permitir a dicho individuo que cruce una o varias fronteras saliendo de un determinado Estado y circulando libremente con el fin de establecerse en un Estado diferente o de regresar al primero. Desde un punto de vista normativo, la DUDH^[48] constituye una referencia ineludible. Su artículo 13.2 establece, como es sabido, que "toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país". En el mismo sentido, los apartados segundo y cuarto del PIDCP^[49] se refieren al derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país y al derecho a no ser privado arbitrariamente del derecho a entrar en el propio país. Debe tenerse en cuenta aquí que el CDH ha entendido que la expresión "entrar en su propio país" tiene un alcance más amplio que el de "país de su nacionalidad" debiendo incluirse en el mismo a aquellos residentes de larga duración que han establecido vínculos estrechos y permanentes en el país de residencia^[50].

Sin embargo, no parece posible afirmar que el Derecho Internacional reconozca a los individuos un derecho a elegir como país de residencia un Estado diferente del de su nacionalidad^[51]. Con carácter general, por tanto, la libertad de circulación no lleva aparejada el derecho de establecimiento a efectos de residencia^[52]. Y ello a pesar de que el artículo 13 de la DUDH proclame, como es bien sabido, que "toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un país". Desde ese mismo punto de vista el artículo 12 del PIDCP clarifica en buena medida el alcance de este derecho al establecer que "toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia"^[53]. En realidad, el quid de la cuestión sigue estando en quién regula, y de qué modo, el establecimiento de las condiciones para acceder a la legalidad requerida por el artículo 12 del PIDCP. Son los Estados los que retienen dicha facultad. Por ello, la restricción expresamente incorporada en aquella disposición no es sino expresión del principio general, ya mencionado, en virtud del cual los Estados de la Comunidad Internacional pueden decidir las condiciones a las que someterá la entrada y/o permanencia de un extranjero en su territorio con el objeto de considerarla conforme a Derecho (al Derecho interno promulgado con tal fin)^[54].

Los instrumentos regionales de protección de derechos humanos regulan también las condiciones de ejercicio del derecho a la libre circulación. En el ámbito europeo dicha regulación está contenida en el Protocolo número 4 al CEDH^[55]. Los artículos 22 de la Convención Americana sobre derechos humanos^[56], 12 de la Carta Africana de Derechos

Humanos y de los Pueblos^[57] y 26 de la Carta Árabe de Derechos Humanos^[58] protegen igualmente, y así entendidos, los derechos de libre circulación y residencia.

Cabe constatar, por tanto, el amplio reconocimiento convencional del derecho individual a la libre circulación y residencia que incluye el derecho a salir de cualquier país, a regresar al propio (entendido este como el país de la nacionalidad o, en aplicación de la doctrina del CDH, el país en el que se ha obtenido una autorización de residencia permanente) y a circular libremente por el país en el que se reside legalmente y a fijar libremente en él la residencia. Además, este derecho puede ser limitado de acuerdo con lo previsto en estos mismos instrumentos^[59]. Más allá de eso, y tal y como el CDH ha señalado: "el Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni a residir en él. En principio corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio (...) El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo"^[60]. En el mismo sentido, el TEDH ha reiterado que los Estados parte en el CEDH tienen no solamente el derecho, derivado del Derecho internacional y sujeto a lo que impongan al respecto los tratados internacionales de los que son parte, a controlar la entrada, residencia y salida de los extranjeros de su territorio, sino también el deber de mantener el orden público ejerciendo, en particular, el mencionado derecho^[61]. El mantenimiento del orden público y la seguridad interior, junto con la prevención de algunas manifestaciones de la delincuencia transnacional organizada como el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos parecen justificar la adopción de medidas que ayuden a eliminar el fenómeno de la inmigración irregular. Entre estas medidas se encuentran las de devolución forzosa de los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular. Los Estados podrán por tanto, en ejercicio de esa facultad de control, adoptar la decisión de devolver a los extranjeros que se encuentren en su territorio sin cumplir con los requisitos exigidos a tal efecto. No cabe reconocer, por tanto y en general, sobre la base del DIDH, un derecho individual a no ser devuelto forzosamente al país de origen, que puede ser el país de la nacionalidad o de residencia habitual del extranjero^[62]. El DIDH limita, sin embargo, esa capacidad del Estado^[63]. De dichos límites nos ocuparemos en el segundo capítulo de este trabajo^[64].

2.2. El alcance de la protección debida a los extranjeros: los migrantes como colectivo vulnerable

La AGNU viene recordando a los Estados miembros de la Organización su obligación de promover y proteger de manera eficaz los derechos humanos de los migrantes "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos humanos y los instrumentos internacionales en los que sean partes, en particular los Pactos internacionales de derechos humanos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes"^[65]. Todos ellos extienden su ámbito de aplicación personal a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado parte^[66]. Es posible además deducir de estos instrumentos un "estándar mínimo de derechos humanos" que se identificaría, al menos, con las

disposiciones de tales instrumentos que no cabe suspender en ninguna circunstancia^[67]. Al margen de lo dispuesto convencionalmente, ese estándar mínimo estaría previsto igualmente por "normas generales del ordenamiento internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales de cualquier persona"^[68]. El contenido de ese estándar mínimo no está absolutamente determinado^[69]. En otras palabras: no existe un catálogo cerrado de derechos que integren el estándar mínimo. Es, y deber ser, un concepto en constante evolución sobre cuya base puede afirmarse que los extranjeros gozan de un conjunto de derechos previstos en su favor por el Derecho Internacional, que impondría a los Estados bajo cuya jurisdicción se encuentran la obligación de respetarlos en todo caso. Esta perspectiva trasciende y complementa la de la protección diplomática, que haría descansar el deber del Estado en cuyo territorio está el extranjero de respetar aquella obligación en el derecho que tiene el Estado del que el individuo es nacional a exigir dicho comportamiento^[70].

Sin embargo, los inmigrantes conforman un colectivo que se encuentra con frecuencia en una situación de vulnerabilidad a lo largo de toda la ruta migratoria. Esa situación de vulnerabilidad es determinante a la hora de adoptar la decisión de migrar, incluso clandestinamente, se agudiza cuando el individuo se ve obligado a optar por canales irregulares para emigrar^[71] y tiende a perpetuarse en el país de destino. A esto último no es ajeno el hecho de que, en general, los Estados tienden a establecer en sus legislaciones estatutos jurídicos menos generosos para los extranjeros, sobre todo si los mismos se encuentran en situación administrativa irregular. En la práctica, en efecto, los Estados se resisten, fundamentalmente por razones de índole política y económica, a la plena equiparación. Al menos a la generalización de la equiparación plena de derechos. Por supuesto, el Estado puede asumir convencionalmente la obligación de equiparar el trato que da a determinados extranjeros con el que reciben sus propios nacionales --sometiendo dicho tratamiento, o no, a reciprocidad-- o aplicarles a aquellos la "cláusula de nación más favorecida" y asegurarles entonces el trato que reciben los nacionales de un tercer país. La pregunta es, por tanto, qué impone el Derecho Internacional en ausencia de dichos compromisos convencionales, sobre todo si tenemos en cuenta que resulta posible constatar que dicha resistencia se agudiza, de una parte, en relación con el disfrute de determinados derechos y, de otra y tal y como acaba de advertirse, cuando se trata de inmigrantes que se encuentran en el territorio en situación administrativa irregular^[72]. ¿En qué medida debe considerarse contrario al Derecho Internacional ese tratamiento discriminatorio? La respuesta a esta pregunta exige tener en cuenta tres tipos de consideraciones.

En primer lugar, y de acuerdo lo que acaba de advertirse respecto del estándar mínimo de derechos humanos, cabe considerar contraria al Derecho Internacional cualquier discriminación prevista en los ordenamientos jurídicos internos que afecte al disfrute de alguno de los derechos incorporados al mismo.

Más allá de eso, y en segundo lugar, no puede desconocerse que algunos de los instrumentos internacionales a los que se viene haciendo referencia permiten expresamente la desigualdad de regímenes. Así, por ejemplo, a pesar de la aparente contundencia del artículo 26 del PIDCP^[73], el artículo 1.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial prevé que la misma "no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado

parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos". En el mismo sentido, el artículo 2 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven^[74] establece que ningún artículo de la misma deberá interpretarse en el sentido de limitar el derecho de los Estados a promulgar leyes y reglamentaciones que establezcan diferencias entre nacionales y extranjeros. En otras palabras, parece que el DIDH *tolera* cierto grado de discriminación^[75]. El problema surge, en consecuencia, a la hora de determinar cuándo ese límite ha sido superado.

Por ello y en tercer lugar, cobran una especial relevancia en este punto los desarrollos del principio de igualdad y no discriminación^[76]. Este principio, que ha sido identificado como uno de los pilares del DIDH, está consagrado en un buen número de instrumentos internacionales de derechos humanos y "asume especial importancia en relación con la protección de los derechos de los migrantes en general"^[77]. En particular, a partir de la labor de impulso protagonizada, en el plano universal, por NNUU^[78], que está resultando determinante en este sentido.

Desde un punto de vista sustantivo, dicho impulso se ha materializado en dos direcciones. De un lado, en la adopción de instrumentos específicamente dirigidos a la protección de los derechos humanos de los migrantes. La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares evidencia lo que acaba de decirse^[79]. De otro, la lucha contra el racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. No es el propósito de este trabajo el análisis pormenorizado de los resultados alcanzados en este ámbito. No puede dejar de ponerse de manifiesto, sin embargo, que racismo, xenofobia e intolerancia están a menudo en la base de la discriminación sufrida por el extranjero/inmigrante^[80]. También en relación con determinadas prácticas y políticas estatales aplicables en frontera en el marco de los procedimientos de entrada y devolución de los inmigrantes^[81].

Desde una perspectiva institucional, sirve de ejemplo en primer lugar la creación en 1994 de un procedimiento específico de protección de los derechos de los migrantes en el seno de la extinta Comisión de Derechos Humanos. Me refiero, claro está, al Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, instituido mediante la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1994/44. Sobre la base de su mandato, que ha sido ampliado en dos ocasiones^[82], el Relator Especial analiza qué instrumentos y medidas deben adoptar los Estados con el objeto de superar los obstáculos que impiden a los inmigrantes el pleno disfrute de los derechos humanos y asegurar su protección y hace recomendaciones en tal sentido. Otros órganos de protección internacional de derechos humanos, convencionales y extraconvencionales, sirven al mismo propósito. Dado que, ya se ha dicho aquí, la condición de migrante coloca al individuo en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la discriminación y a las violaciones de los derechos humanos y que dicha vulnerabilidad se agrava en determinadas circunstancias, como el género^[83], la minoría de edad^[84] o el hecho de ser víctima de la trata de personas^[85], diversos mecanismos de protección internacional de derechos humanos, previstos en favor de la promoción y protección de los derechos humanos de aquellos colectivos, se han ocupado también de su protección. Ni es posible, si seguramente verdaderamente útil, la enumeración de todos ellos aquí. Si se quiere hacer referencia ahora, respecto de la cuestión que nos ocupa, a que todos han considerado discriminatoria "cualquier distinción que no

tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados"^[86]. En ese punto coinciden, por ejemplo, las Observaciones Generales número 15 y número 18 del CDH, ya citadas aquí^[87].

En consecuencia, y aunque no parece posible afirmar la vigencia de una norma de Derecho internacional que prohíba totalmente cualquier discriminación entre nacionales y extranjeros, lo cierto es que el DIDH ha asumido como función específica la promoción de la equiparación entre nacionales y extranjeros en el disfrute de los derechos y, como consecuencia de ello, la paulatina extensión del conjunto de derechos que conforman el estándar mínimo. Dicha equiparación pivota sobre la base del principio de igualdad y no discriminación respecto del cual se ha señalado que "en la actual etapa de evolución del Derecho Internacional, ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (...)" permeando "todo ordenamiento jurídico" y haciendo descansar sobre él "todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional"^[88].

2.3. La especificación en la regulación: la protección de los derechos de los migrantes en situación de especial vulnerabilidad

Ya se ha avanzado aquí que determinadas circunstancias tienen a agravar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el migrante. El DIDH las tiene en cuenta para imponer obligaciones específicas a los Estados en relación con la protección de estos grupos. De ellos vamos a ocuparnos en esta parte del trabajo. Debe advertirse que, aunque serán analizadas autónomamente, dos o más de esas circunstancias pueden darse conjuntamente. Es el caso de la inmigrante en situación administrativa irregular que es, además, víctima de la violencia de género o de la menor extranjera no acompañada que se encuentra en situación irregular en el país de destino.

2.3.1. Los inmigrantes en situación administrativa irregular

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el inmigrante por el hecho de serlo es de particular gravedad cuando no cuenta, en el país de acogida, con la autorización para trabajar y/o residir legalmente en el territorio. Esto es así al menos en dos sentidos. De un lado, durante su estancia irregular está particularmente expuesto a la discriminación y la vulneración de sus derechos fundamentales. De otro, no está, al menos en principio, protegido frente a la expulsión.

Sin embargo, para el DIDH la situación administrativa en la que se encuentra el individuo no modifica la obligación del Estado de garantizarle el disfrute de un determinado número de derechos fundamentales. Tal y como ha recordado, en este sentido, la CIDH "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"^[89]. El Estado debe, en consecuencia, adoptar todas las medidas, legislativas y de otro tipo, que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que en este punto le impone el DIDH. Y nos referimos a medidas de naturaleza positiva, dirigidas a remover los obstáculos que, de hecho, impiden al inmigrante en situación administrativa irregular el pleno disfrute de sus derechos.

Una cuestión diferente es, ya se ha advertido, que entre esos derechos esté el de no ser devuelto a su país de origen. Vamos a ocuparnos *in extenso* de esta cuestión en el segundo capítulo de este trabajo. Baste, por tanto, apuntar ahora que la facultad del Estado de devolver a los extranjeros en situación administrativa irregular, esto es, a los que no ha concedido previamente la autorización para ingresar en su territorio y permanecer en él, es el corolario de su derecho (del derecho del Estado) a regular las condiciones en las que dichos ingreso y permanencia deben producirse. Una facultad que, debe ponerse una vez de manifiesto, deberá ser ejercida de acuerdo con los límites que impone al respecto, en particular, el DIDH. De un lado, dichos límites afectarán a las circunstancias que habrá de tener en cuenta el Estado que pretende devolver al extranjero a la hora de tomar su decisión en cumplimiento del principio de *non refoulement*. También, y de otro, dichos límites se traducen en garantías que amparan al inmigrante en el marco del procedimiento de devolución. Son varios los tratados internacionales de derechos humanos que imponen a sus Estados parte límites concretos a la facultad de expulsar a los extranjeros cuando estos residen legalmente en su territorio^[90].

¿En qué medida todas o alguna de esas garantías resultan aplicables al extranjero que se encuentra en situación administrativa irregular? Al respecto ha afirmado el CDH que "los derechos establecidos en el artículo 13 PIDCP sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte. Ello significa que para determinar el carácter de esa protección debe tenerse en cuenta el derecho nacional relativo a las exigencias en materia de entrada y estancia y que, en particular, 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. No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13"^[91].

Al margen de lo que estos tratados internacionales imponen de manera específica, juegan aquí un papel determinante las obligaciones que derivan del deber de respetar el principio de *non refoulement*. Lo que exige, y esta es una regla bien asentada en el Derecho internacional general y convencional, el examen individualizado de cada caso. Dicho en otros términos: en la medida en que el Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros, el Derecho interno deberá prever un procedimiento que permita determinar caso por caso la conformidad de una medida de devolución forzosa con aquel principio. Y es esta una obligación que se impone respecto de todos los extranjeros que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado, y no sólo en su territorio, con independencia de su situación administrativa^[92]. En el segundo capítulo de este trabajo nos ocuparemos de los principios que, junto a este, condicionan la facultad del Estado de devolver a aquellos extranjeros que se encuentren en su territorio en situación administrativa irregular.

2.3.2. Los trabajadores migrantes

Cabe afirmar en general que cualquier régimen migratorio por motivos laborales debería articularse en torno a la consecución de dos objetivos y de la consiguiente adopción de aquellos instrumentos que resulten adecuados en ese sentido. Se trataría, de una parte, de establecer procedimientos ágiles y eficaces a partir de los cuales incorporar al mercado

laboral de un Estado aquellos trabajadores que deben ser "importados" porque, por la razón que fuese, no es posible satisfacer la demanda con la oferta de mano de obra "nacional". Hay que tener en cuenta en este punto que es común que los Estados decidan limitar el acceso a su mercado de trabajo a los individuos que no son nacionales del mismo, condicionándolo a la existencia de necesidades laborales previamente detectadas. Los procedimientos diseñados con este fin están previstos, bien en Derecho interno, bien en instrumentos internacionales de carácter, fundamentalmente, bilateral. Una cuestión diferente, de otra parte, es la relativa a cuál es --o debe ser-- el estatuto jurídico del que los trabajadores migrantes gozan en el Estado de acogida y en qué medida el Derecho Internacional se ha ocupado de esta cuestión. Este estatuto está configurado, además de por lo que disponen al respecto los Derechos internos, por aquellos tratados internacionales de los que el Estado en cuestión es parte y que le obligan a garantizar al trabajador migratorio el disfrute de un determinado conjunto de derechos. El DIDH ha particularizado, en efecto, la situación de los trabajadores migrantes (y de sus familiares).

En el plano universal, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha auspiciado la conclusión de diferentes Convenios y resoluciones en la materia^[93]. El Convenio número 97 sobre los trabajadores migrantes, de 1949, y sus disposiciones complementarias, de 1975, recogidas en el Convenio de la OIT número 143, junto con algunas Recomendaciones de esta misma Organización son ejemplo de la labor de la Organización en este ámbito. Los Convenios no parecen haber alcanzado, sobre todo en el caso del Convenio número 143, un número de ratificaciones que quepa considerar satisfactorio. Si atendemos únicamente a lo que podríamos considerar con claridad países de acogida de los trabajadores migrantes^[94], de esa falta de ratificaciones debemos deducir necesariamente la resistencia de los países de acogida a reconocer derechos a los trabajadores migrantes mediante la ratificación de tratados internacionales, especialmente si estos se encuentran en su territorio en situación administrativa irregular. Esta resistencia podría explicar el menor número de ratificaciones del Convenio número 143, que prevé importantes obligaciones para los Estados en relación con la represión del trabajo clandestino. En este sentido, hay que tener en cuenta que ambos Convenios definen como "trabajador migrante" a toda persona que emigra --o ha emigrado, según el Convenio número 143-- de un país a otro para ocupar un empleo por cuenta ajena, incluida cualquier persona admitida regularmente como trabajador migrante^[95].

En el caso de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares la ausencia de ratificaciones por parte de países de acogida miembros a su vez de la UE es total^[96]. Su título da idea de que, potencialmente, la Convención se aplicará, desde el punto de vista personal, a todos los trabajadores migrantes en el sentido definido en su artículo 2.1^[97]. Además, y tal y como establece el artículo 1.2, las disposiciones de la Convención se aplicarán al trabajador migrante (y a sus familiares) "durante todo el proceso de migración (...) que comprende la preparación para la migración, la partida y el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual".

En el plano regional se adoptó en 1977, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes. El Convenio se abrió a la firma el 24 de noviembre de 1977 y entró en vigor, después de que recibiese las cinco ratificaciones que exigía el artículo 34.2, el 1 de mayo de 1983. Únicamente 11 Estados

miembros del Consejo de Europa son parte en el mismo^[98]. El artículo primero del Convenio define "trabajador migratorio" como todo nacional de un Estado parte que haya sido autorizado por otro Estado parte a residir en su territorio con el objeto de desempeñar un trabajo remunerado. En este caso, por tanto, el Convenio se aplica únicamente "entre nacionales de Estados parte". Si tenemos en cuenta, de un lado el escaso número de ratificaciones del Convenio y, de otro, que siete de sus Estados parte son miembros de la UE --lo que implica la aplicación a sus nacionales del régimen que se deriva de la libre circulación de trabajadores--, lo cierto es que su alcance jurídico se revela ciertamente limitado.

Cabe concluir, por tanto, que el rasgo esencial de la regulación internacional de la migración por motivos laborales es la fragmentación^[99]. Y ello en varios sentidos. En primer lugar, por la predominante bilateralidad en lo que hace al intento de ordenar la llegada y estancia de la mano de obra extranjera. La fórmula resultante, los tratados bilaterales, genera un marco normativo conformado por un haz de relaciones jurídicas que aportan poco a la definición de un régimen potencialmente universal.

Además, y en un segundo sentido, la fragmentación del régimen opera también en el ámbito de la multilateralidad. En relación con las migraciones, la cooperación multilateral se ha centrado con escaso éxito, y esto se ha querido poner de manifiesto señalando el limitado número de ratificaciones de los convenios internacionales en los que se ha plasmado esa cooperación, en el diseño de un estatuto jurídico de los migrantes que residen --legal o, incluso, ilegalmente-- en el Estado parte en el convenio en cuestión y en ningún caso, por tanto, se han impuesto obligaciones en relación con la regulación del derecho de acceso al mercado de trabajo del país de origen. Al igual que en el caso de los convenios bilaterales a los que nos hemos referido, la cuestión de la determinación del número de trabajadores y de las condiciones que han de darse para que se considere oportuna su incorporación a los mercados laborales de cada país sigue siendo una cuestión que los Estados de la Comunidad Internacional consideran de su exclusiva competencia. De ejercicio, por tanto, unilateral. Esto constituye una constante también en el régimen que, en algún sentido, puede considerarse más avanzado: el de la UE.

Y a la mencionada fragmentación contribuye, en último lugar, la no coincidencia en el contenido de los estatutos jurídicos de los que gozan los migrantes y sus familiares en función de la situación administrativa en la que se encuentran. En mayor o menor medida, los instrumentos internacionales de Derechos humanos que se han mencionado aquí prevén una protección reforzada, aunque sea mínimamente, a favor de los trabajadores migrantes que se encuentran en situación administrativa regular en el país de acogida^[100]. Los trabajadores migrantes que no cuentan con la preceptiva autorización del Estado para trabajar se encuentran, en consecuencia, en una situación de mayor vulnerabilidad^[101]. También frente a la expulsión, en la medida en que tampoco residan legalmente en el país.

2.3.3. La protección de las víctimas de la trata de seres humanos

Las víctimas de la trata de seres humanos conforman, en particular si se trata de mujeres y niños, un colectivo particularmente vulnerable de cuya protección se ocupan diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos^[102]. Cuando a esa condición se suma, y suele ser así en la práctica, la de extranjero/a en situación administrativa irregular dicha situación se agrava de manera significativa. Debe señalarse que la trata de seres humanos es un fenómeno que cabe y conviene diferenciar del tráfico ilícito de migrantes. Desde un

punto de vista conceptual, la ausencia o no del consentimiento de la víctima en uno y otro caso convierte a la trata de seres humanos y al tráfico ilegal de migrantes en fenómenos radicalmente diferentes^[103]. Así, mientras que el primero de ellos presupone que la víctima es engañada o forzada, en el segundo aquella requiere voluntariamente los servicios del traficante para que le facilite la realización de un viaje que, de otro modo, no le sería posible hacer^[104].

Cabe considerar la trata de seres humanos una práctica odiosa para cuya proscripción los Estados están obligados a cooperar. Esa cooperación se remonta, en el plano normativo^[105] multilateral, a comienzos del siglo pasado. Así, la firma en París el 18 de mayo de 1904 del Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas inauguró la adopción de una serie de tratados internacionales en la materia^[106] que, en el ámbito universal, tiene como último exponente el Protocolo Facultativo a la Convención de NNUU contra la delincuencia transnacional organizada, relativo a la prevención, represión y castigo de la trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños^[107].

Interesa aquí poner de manifiesto que los diferentes tratados internacionales que se han adoptado en el marco de la lucha contra la trata de personas instan u obligan a los Estados parte a acoger temporal o permanentemente en su territorio a las víctimas cuando se verifican determinadas circunstancias. Se trataría así de proteger a aquellos individuos que, siendo víctimas de la trata de personas, se encuentran en situación administrativa irregular en el territorio del Estado parte. No todos los instrumentos obligan en la misma medida. Así, mientras que el artículo 7.1 del Protocolo de NNUU establece al respecto que "cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas y otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente"^[108], el artículo 14.1 del Convenio europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos^[109] obliga al Estado parte a expedir un permiso de residencia renovable a las víctimas cuando se den uno o ambos de los supuestos que contempla. Esto es, cuando la autoridad competente considere que la estancia de la víctima en el territorio del Estado es necesaria a causa de su situación personal^[110] o a causa de su cooperación con las autoridades competentes para los fines de la investigación o de las acciones penales^[111]. El Informe explicativo del Convenio^[112] establece el alcance de esta obligación. En cuanto a la situación personal de la víctima, dicho Informe aclara que el Estado deberá estimar cuál es ésta y, en función de la misma, la situación en la que quedaría si fuese retornado a su país de origen. La "situación personal de la víctima" debe ser evaluada en función de su estado de salud, su situación familiar o cualquier otro factor que deba ser tenido en cuenta a estos efectos.

No debe dejar de apuntarse que, tal y como tendremos ocasión de desarrollar en este trabajo, ya incumbía a los Estados parte en el Convenio europeo la obligación de tener en cuenta la situación familiar o, incluso, el estado de salud del extranjero a la hora de adoptar la decisión de devolverlo a su país de origen. Una importante jurisprudencia del TEDH así lo ha venido imponiendo^[113]. Dicha obligación resultará, desde luego, aplicable a en el caso de las víctimas de la trata de seres humanos.

Debe tenerse en cuenta, por último, que también estarían protegidas frente a la expulsión aquellas víctimas de la trata que pudiesen ser consideradas como refugiadas en virtud de lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados^[114]. En ese caso, tendrían derecho a la protección prevista en aquel instrumento. Y, en particular, a no ser devueltas a un lugar donde su vida o su libertad corran peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas^[115].

2.3.4. Los menores extranjeros no acompañados

El menor extranjero no acompañado se encuentra *per se* en una situación de especial vulnerabilidad, cualquiera que sea la causa que la haya originado^[116]. Dado que en esa situación el menor puede tener dificultades particulares para ver garantizado el disfrute de sus derechos, se imponen al Estado, especialmente al Estado de acogida, una serie de obligaciones específicas con el fin de que se atiendan las necesidades especiales de aquellos menores y se logre de manera efectiva aquel disfrute. De lo cual resulta condición indispensable que el Estado se haga cargo del menor^[117]. Así lo establece el artículo 20 de la CDN cuando establece que "los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencias especiales del Estado". Este deberá proporcionarles, así, cuidados especiales. Cuando en el Estado en el que el menor se encuentra es diferente del Estado de su nacionalidad, la permanencia --la no devolución-- del menor se convierte en una condición sin la cual no es posible proporcionar dichos cuidados ni permitir al menor desarrollar un proyecto de vida propio^[118]. El DIDH ha abordado desde dos puntos de vista la situación de los menores extranjeros no acompañados.

De un lado, ha servido a la configuración de un estatuto, de un conjunto de derechos del que el menor deberá gozar en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción sobre él. Desde este punto de vista, el Derecho Internacional impone a los Estados una serie de obligaciones en relación con la garantía de esos derechos. Destaca, en este punto, la ya mencionada CDN que no es, sin embargo, el único instrumento multilateral de derechos humanos que resulta de aplicación a la situación de los menores extranjeros no acompañados. Otros instrumentos internacionales regulan determinados aspectos concretos aplicables a alguna de las situaciones en las que se puede encontrar el menor.

En primer lugar, cabe destacar la posible aplicación de los dos Protocolos Facultativos de la CDN, relativos a la participación de niños en los conflictos armados, y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (este último ya citado aquí). Ambos fueron aprobados el 25 de mayo de 2000 y están en vigor desde el 28 de enero de 2002^[119]. Y, en segundo lugar, los Convenios de la Haya relativos a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional^[120] y a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños^[121]. Por último, y todavía en el marco de este bloque normativo, destacan otros instrumentos no vinculantes que pretenden orientar la acción de los Estados en lo que hace al tratamiento del fenómeno de la emigración de menores extranjeros no acompañados. Cabe citar, así, las Directrices del ACNUR sobre Protección y Cuidado^[122] y los Principios rectores inter-organizaciones en materia de menores no acompañados y separados^[123].

De otro lado, se han impuesto obligaciones específicas en relación con la protección de este colectivo en el marco de los resultados alcanzados a partir de la cooperación multilateral en materia de lucha contra la trata de seres humanos y el tráfico de migrantes. Ya se ha puesto

de manifiesto que, en este ámbito, las mujeres y los niños han recibido una atención particular. Se trataría, en definitiva, de prevenir el fenómeno y, llegado el caso, de proteger a sus víctimas. Son relevantes en este punto las obligaciones contenidas en los artículos 11 y 35 de la CDN. El primero de estos artículos prevé que los Estados parte deberán adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y que, con este fin, promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes. El artículo 35 de la CDN dispone que los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. Esta obligación se contiene igualmente en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Ya he tenido ocasión de señalar en otro lugar^[124] que considero que la emigración irregular de menores constituye una frontera gris entre la trata de personas y el tráfico de inmigrantes. Si puede considerarse, en general, que en el caso del tráfico de inmigrantes estos se ponen voluntariamente y a cambio del pago de una cantidad de dinero en manos de las redes que lograrán introducirlos en el país de destino y que esa "voluntariedad" no se da en el caso de la trata de personas, podrían calificarse de trata de menores al menos los supuestos --y volveremos más tarde sobre las consecuencias de dicha calificación-- en los que aquellos son inducidos o presionados por sus familiares a emigrar ilegalmente.

Los menores extranjeros no acompañados se encuentran en situación de especial vulnerabilidad a lo largo de todo el proceso migratorio. Precisamente porque en el origen del fenómeno encontramos las condiciones que, en su país de origen, les impulsan a la emigración, podemos afirmar que se trata, en general, de menores que se encuentran en situación de desprotección en aquel país^[125]. De igual modo, y en el caso de que el menor extranjero transite por el territorio de algún Estado antes de llegar al país de destino, su condición de menor y extranjero le hace particularmente vulnerable a las violaciones de derechos humanos. Debe tenerse en cuenta que estos menores son con frecuencia víctimas de las redes de tráfico de migrantes o de trata de seres humanos. Aquella doble condición le colocará también en una situación de especial vulnerabilidad en el país de destino. Así, parece evidente, una vez más, que tanto la erradicación del fenómeno como la protección de los derechos de los menores que se encuentran en dicha situación requieren de la cooperación internacional de los Estados. En esta línea, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha invitado a los Estados "a que concierten acuerdos bilaterales y multilaterales basados en las normas y reglas internacionalmente vigentes y a que intensifiquen la cooperación en el plano regional para proteger a los niños migrantes, especialmente los que no van acompañados, incluso en cuestiones relacionadas con la repatriación en condiciones de seguridad, la lucha contra la trata, la explotación sexual y el contrabando y la asistencia a las víctimas"^[126]. También la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (2007) 9, ya citada aquí, insta a los Estados parte a reforzar la cooperación con los Estados no miembros de los que provengan los menores extranjeros no acompañados con el fin de establecer relaciones de confianza a partir de las cuales definir con claridad las respectivas responsabilidades en la puesta en marcha de los proyectos de vida de los menores. Dicha cooperación debería ser reforzada en su doble vertiente multilateral y bilateral.

Cabe acoger favorablemente, por ello y en este sentido, el propósito de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE expresado en el recientemente aprobado

Programa de Estocolmo, de promover y proteger los derechos de los niños en situación de especial vulnerabilidad en tanto reclama una atención especial para "los menores no acompañados en el contexto de la política de inmigración"^[127]. En cumplimiento de este mandado, la Comisión Europea adoptó el Plan de Acción sobre los menores no acompañados que "pretende ofrecer respuestas concretas a los desafíos que supone la llegada de un elevado número de menores no acompañados al territorio de la UE, respetando al mismo tiempo los derechos del menor y el principio del interés superior del menor"^[128]. En su reunión celebrada el 3 de junio de 2010 el Consejo JAI adoptó unas Conclusiones sobre menores no acompañados en la que se enumeran las medidas que Estados miembros, Instituciones de la Unión y terceros países deberán adoptar para afrontar este fenómeno^[129].

En el plano bilateral, debe además valorarse positivamente tanto la reciente adopción por parte de España de acuerdos bilaterales con Rumanía^[130], Marruecos^[131] y Senegal^[132] en esta materia, como la previsión legal incorporada a la LO 2/2009 relativa a la obligación del Estado de promover la cooperación internacional en este ámbito^[133].

Con todo, no puede desconocerse que el menor no acompañado es, además, extranjero en situación administrativa irregular. Y esta segunda condición determina que las legislaciones internas prevean la posibilidad de que se adopte una decisión forzándole a retornar a su país de origen con el fin de efectiva la reagrupación del menor con su familia. Resulta necesario hacer dos precisiones al respecto.

En primer lugar, cabe afirmar que el principio de *non refoulement*, que impediría que el menor extranjero no acompañado fuese devuelto a su país de origen si su vida o su seguridad se ponen en riesgo como consecuencia de la devolución, tiene en relación con estos menores un contenido reforzado. En lo que hace a los menores extranjeros no acompañados, en efecto, este principio obliga al Estado a no devolver al menor cuando existan motivos racionales para pensar que en el territorio del país al que es retornado existe un peligro real de que sufra un daño irreparable. En este punto, el Comité de Derechos del Niño ha puesto especial énfasis en que dicho traslado no suponga un riesgo para el menor de sufrir una vulneración de los derechos contemplados en los artículos 6 (derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo) y 37 (derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y a no ser privado de la libertad ilegal o arbitrariamente) de la Convención. Y resulta particularmente relevante poner de manifiesto igualmente que el Comité ha interpretado que estas obligaciones resultan aplicables "con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción". No procederá, por tanto, la reagrupación familiar en el país de origen del menor cuando exista un riesgo fundado de que el menor pueda sufrir alguna de las violaciones antedichas como consecuencia de acciones o inacciones que se den en el entorno familiar^[134]. El examen del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse individualmente teniendo en cuenta la edad y el género del menor y "tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios"^[135].

En definitiva, y en segundo lugar, en el ámbito de la protección que el DIDH prevé a favor de los menores extranjeros no acompañados, juega un papel determinando el principio que obliga a salvaguardar el interés superior del menor^[136]. La decisión sobre cuál deba ser la solución duradera respecto del menor extranjero no acompañado que se encuentra en el país

de destino^[137] debe adoptarse, por tanto, de acuerdo con un procedimiento que permita efectivamente tomar en consideración cuál es el interés superior del menor en cada caso y asegurar, así, que se respeta el principio de *non refoulement* tal y como ha sido interpretado por los órganos internacionales de protección de derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos del Niño. Dicho procedimiento debe incorporar aquellas salvaguardas que resulten necesarias para la consecución de tal propósito. De nuevo, el DIDH restringe la soberanía del Estado, también en lo que hace a la determinación de los procedimientos idóneos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Para que desde el punto de vista material resulte posible adoptar la decisión que mejor proteja el interés superior del menor será necesario que, desde un punto de vista procedimental, se incorporen al procedimiento determinadas garantías. En este sentido, y para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 12 de la CDN^[138], resulta de vital importancia que el menor sea escuchado en el marco de ese procedimiento.

2.3.5. Las mujeres migrantes víctimas de alguna forma de violencia de género

Como ya la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes observara en 2005^[139] la feminización es un rasgo fundamental de las migraciones internacionales^[140]. También en lo que hace a los tipos de violencia a los que se enfrentan las mujeres migrantes, que abarcan la violencia de género, la violencia doméstica e intrafamiliar, los actos racistas y xenófobos, las agresiones sexuales, la mutilación genital femenina y la trata de mujeres^[141]. Afirma al respecto la Relatora que "el desconocimiento del idioma, el desarraigo de su familia y de su entorno vital, la situación de precariedad económica en la mayoría de los casos y el temor a la expulsión por aquellas que se hallan en una situación de irregularidad, las hace más vulnerables al maltrato"^[142].

La cuestión de cuál sea la protección debida a las mujeres migrantes frente a la violencia o el maltrato y de cómo ello afecta a la facultad de Estado de decidir sobre su devolución al país de origen plantea varios interrogantes.

El primero de ellos se refiere al alcance de la obligaciones del Estado de acogida cuando dichas formas de violencia (violencia doméstica, mutilación genital femenina, etc.) se dan en su territorio. Determinados tratados internacionales de derechos humanos tienen en cuenta la particular situación de vulnerabilidad frente a dichos fenómenos. En el plano regional destacan la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer^[143] y el reciente Convenio europeo para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica^[144]. Merecen una mención especial las disposiciones de este último relativas a las mujeres migrantes y refugiadas víctimas de la violencia. El Capítulo VII del Convenio establece, en efecto, obligaciones específicas a sus Estados parte en este sentido^[145].

Así, el artículo 59 establece en su párrafo primero que las partes adoptarán las medidas legislativas que sean necesarias para asegurarse de que las víctimas cuya residencia dependa de la de su cónyuge o pareja de hecho puedan solicitar y obtener, una vez disuelto el matrimonio o terminada la relación, un permiso autónomo si circunstancias particularmente difíciles así lo aconsejan y con independencia de la duración del matrimonio o la relación de hecho. Las condiciones de obtención de dicho permiso serán

las que establezca al respecto el Derecho interno^[146]. Ni el Convenio, ni el Informe explicativo^[147] aclaran qué debe entenderse por "circunstancias particularmente difíciles" en este contexto.

El párrafo segundo del artículo 59 obliga al Estado a adoptar aquellas medidas que resulten necesarias para hacer posible que se suspenda la expulsión de la mujer víctima de la violencia con el fin de que pueda solicitar dicho permiso. El mismo será concedido, en virtud del párrafo tercero del mismo artículo, si la situación personal de la mujer así lo aconseja y/o si su permanencia en el territorio resulta necesaria en el marco de una investigación criminal. El párrafo cuarto se refiere a las víctimas de matrimonios forzados que han sido obligadas a migrar a un Estado parte en el Convenio con el propósito, precisamente, de contraer dicho matrimonio. Si como consecuencia de todo ello pierden su condición de residentes legales, deberán poder recuperarla. Para ello, los Estados parte tomarán las medidas --legislativas o de otra índole-- que sean necesarias.

En segundo lugar, y en el supuesto de que dicha violencia se diese en el país de origen, la duda fundamental se refiere al alcance de dicha protección. ¿Se consideran los Estados parte en la Convención de Ginebra de 1951 obligados a conceder asilo a una mujer que se encuentra en esta situación?^[148] Aunque la práctica en este sentido es muy heterogénea y, en general, restrictiva^[149], sí parece claro que estamos ante situaciones cuya gravedad justifica algún nivel de protección por parte del Estado de acogida. Como mínimo, y en cumplimiento del principio de *non refoulement* estos Estados deberían abstenerse de devolver a su país de origen a una mujer cuya vida o seguridad corre peligro por la perspectiva de verse sometida a formas de persecución que, como la violencia sexual, tienen una relación directa con el género.

A este extremo se refieren precisamente los artículos 60 y 61 del Convenio europeo para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que acabamos de citar. El primero de ellos insta a los Estados parte a tomar en consideración la cuestión de la violencia de género a la hora de valorar si una mujer cumple con la definición de refugiado prevista en la Convención de Ginebra de 1951. El propósito del artículo es, en definitiva, lograr la protección internacional de dichas mujeres. Con este mismo fin, el artículo 61 del Convenio obliga a los Estados parte a respetar, en favor de las víctimas de la violencia de género y la violencia doméstica, las obligaciones derivadas del principio de *non refoulement*.

2.3.6. Los miembros de la familia de los inmigrantes: ¿Un derecho a la reagrupación familiar?

La práctica estatal revela que, en general, los Estados consideran una obligación la admisión en su territorio de determinados familiares del inmigrante ya residente^[150]. Como consecuencia de ello, los Derechos internos de los países de acogida de inmigrantes regulan procedimientos específicos que permiten a estos ejercer el derecho a la reagrupación familiar de acuerdo con las condiciones en ellos previstas^[151].

En principio, no cabe desconectar lo que acaba de ponerse de manifiesto de la protección que recibe la familia y el derecho a la vida familiar en el ámbito del DIDH. Esto es, el mismo tipo de razones que sustentan el hecho de que un nutrido grupo de tratados internacionales de derechos humanos incorporen disposiciones relativas a la protección de

la familia y al derecho a formarla^[152] explicarían que los Estados extiendan dicha protección a los no nacionales que residen en su territorio y reconozcan que la misma pasa por permitir la entrada y residencia de sus familiares^[153]. Quiere esto decir que cabría suponer que siendo el derecho a formar una familia y el derecho a la vida familiar, que implica el derecho a vivir con los parientes próximos^[154], derechos que los Estados deberán garantizar a todas las personas que están bajo su jurisdicción^[155], impedir la reagrupación familiar en el caso de los extranjeros equivaldría a una discriminación no permitida por el DIDH. Lo que sería lo mismo que aceptar que los Estados están obligados a prever mecanismos de admisión de los familiares de los inmigrantes que han sido previamente autorizados a residir en el territorio. Sin embargo, la puesta en entredicho del derecho del Estado a decidir cuántos extranjeros admite y las condiciones de dicha admisión que esta conclusión supone debe ser inmediatamente matizada. Y ello porque los Estados consideran que, dada precisamente su facultad de decidir sobre la admisión y la permanencia de los extranjeros, es lícito condicionar el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En general, dichos condicionamientos tienen que ver con qué familiares podrán ser reagrupados^[156], cuánto tiempo deberá esperar el reagrupante para solicitar la reagrupación en el Estado de acogida^[157] y con qué medios económicos deberá contar para que dicha solicitud sea admitida^[158]. Así las cosas resta realizar aquí dos tipos de consideraciones.

Puede afirmarse en primer lugar que resultaría contraria al DIDH una normativa interna que impidiese que el inmigrante, *de facto* o *de iure*, pudiese ejercer en el país de destino su derecho a disfrutar de la vida familiar. Esto es, una normativa que eliminase el derecho de los inmigrantes a la reagrupación familiar o que le impusiese condiciones de ejercicio de imposible o muy difícil cumplimiento^[159].

Más allá de eso, y asumiendo como aceptable cierto grado de condicionamiento, serán los jueces y tribunales internos y, en última instancia, los órganos de protección internacional de derechos humanos los encargados de buscar el equilibrio entre el derecho del individuo a disfrutar de sus relaciones familiares y la facultad del Estado de imponer condiciones a la entrada de extranjeros sobre las que basar el examen de las solicitudes. Se deduce, en general, de los pronunciamientos de los órganos de protección de derechos humanos del sistema de NNUU en este ámbito, una actitud claramente favorable a interpretar de modo restrictivo aquella facultad cuando se trata de imposibilitar u obstaculizar la reagrupación familiar. Bien al contrario, estos órganos de protección vienen solicitando de los Estados la adopción de medidas tendentes a la facilitación de la reagrupación familiar de los inmigrantes que residen legalmente en su territorio^[160]. También el TEDH ha interpretado la obligación de los Estados parte en el CEDH de proteger el derecho a la vida privada y familiar como limitativa de su facultad de decidir en materia de permanencia de los extranjeros en su territorio^[161].

El derecho al disfrute de la vida familiar constituiría, por tanto y en segundo lugar, un límite a la facultad de decidir sobre la expulsión de los extranjeros. También, por tanto, quedaría limitada desde esta perspectiva la facultad del Estado de decidir sobre la permanencia de un extranjero en su territorio. En su interpretación más beneficiosa para el individuo, defendida en ocasiones, como veremos, por el TEDH, el extranjero, aun en situación administrativa irregular, tendrá derecho a no ser devuelto si dicha devolución menoscaba su derecho a disfrutar de la vida familiar.

Más vacilante ha sido el ahora TJUE. Prueba de ello es su sentencia de 27 de junio de 2006^[162]. El Tribunal resolvió en esta ocasión el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra determinadas disposiciones de la Directiva [2003/86/CE](#) del

Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar^[163]. Las mencionadas disposiciones imponían, en determinadas circunstancias, condiciones adicionales a los hijos menores de 12 y 15 años del reagrupante (artículo 4.1 y 6) y un periodo de espera de dos años (o tres cuando la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida) para poder solicitar la reagrupación (artículo 8). El Parlamento Europeo entendió que estas limitaciones vulneraban el derecho al respeto de la vida familiar garantizado, en particular, por los artículos 9.1 y 10.1 de la CDN, el artículo 8.1 del CEDH y 7, 24.2 y 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El Tribunal, y esta actitud contrasta claramente con la que caracteriza el modo en el que los órganos internacionales de protección de derechos humanos abordan el alcance de las obligaciones que los diversos instrumentos imponen a los Estados en este ámbito, desestimó todas las alegaciones. Defendió, en efecto, que ninguna de las normas citadas otorgaba a los miembros de la familia del reagrupante un derecho subjetivo a ser admitido en el territorio del Estado en el que este reside y que no podía interpretarse que los Estados miembros no tuviesen cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar. En ese contexto, ninguna de las limitaciones mencionadas vulneraba, a juicio del Tribunal, el derecho al respeto de la vida familiar, la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor o el principio de no discriminación en razón de la edad.

Otras vías de recurso ante el TJUE servirían también a la protección de los derechos de los nacionales de terceros Estados. Es el caso del recurso por incumplimiento. Prueba de ello es, de una parte, la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006, en la que se declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 a 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública^[164], al denegar la entrada y el visado de entrada en el territorio de los Estados Partes del Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, a nacionales de terceros Estados y cónyuges de nacionales de un Estado miembro, por la sola razón de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, sin haber comprobado previamente si la presencia de esas personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad^[165].

Y, de otra, la sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-34/09^[166]. El Tribunal responde en este caso a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal de trabajo de Bruselas relativas, entre otros extremos que no interesan aquí, a la posible concesión a un nacional de un tercer país, ascendiente de dos menores que sí son ciudadanos de la UE al ser nacionales de uno de sus Estados miembros, de un permiso de residencia en ese Estado miembro, en el que residen, al igual que una exención del requisito de tener permiso de trabajo en dicho Estado miembro.

El TJUE fundamenta su decisión en el artículo 20 del TFUE, que define el estatuto de ciudadano de la Unión. En su opinión, dicho artículo se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a dichos ciudadanos del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por ese estatuto. Y la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tendría para el Tribunal tal efecto.

Afirma, en definitiva, que debe tenerse en cuenta que tal denegación del permiso de residencia tendría como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta correría el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendría también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verían obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verían, de hecho, imposibilitados para ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.

Por consiguiente, el Tribunal entendió que procedía responder a las cuestiones planteadas afirmando "que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión"^[167].

Esta sentencia marca, por tanto, y teniendo en cuenta que tanto el señor Ruiz Zambrano como su esposa, nacionales colombianos progenitores ambos de dos menores belgas, estaban desde 1999 en ese país en situación administrativa irregular, un nuevo límite a la facultad de los Estados --en este caso, de los Estados miembros de la UE-- a expulsar a los nacionales de terceros países que se encuentren en dicha situación de irregularidad^[168].

NOTAS:

^[29] Sobre esta insuficiencia normativa *Vid.*: GONZÁLEZ VEGA, J. A. (2005): *En torno a los otros europeos: Derecho Internacional y Derecho europeo ante la inmigración*. En: HIDALGO TUÑÓN, A. y GARCÍA FERNÁNDEZ, R.: "Ética, pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 25". Oviedo: Eikasía Ediciones, Instituto de Estudios para la Paz y la Cooperación, p. 106.

^[30] Tal y como ha puesto de manifiesto GOODWIN-GILL "the very nature of the migration phenomenon demands a significant measure of agreement, between sending and receiving states, on common standards, including the protection of human rights; only with a consensus in this domain, can the international community look forward to better, more efficient and effective management": GOODWIN-GILL, G. S. (2000): *Migration: International Law and Human Rights*. In: GHOSH, B. (Ed.): "Managing Migration. Time for a New International Regime?" Oxford: Oxford University Press, p. 161.

^[31] Sí han proliferado, en cambio, foros regionales informales, de naturaleza fundamentalmente consultiva, en los que tratar aquellas cuestiones que se revelan de interés común: *Vid.* al respecto: PÉREZ-PRAT DURBAN, L. (2007): *Inmigración y Derecho Internacional: ¿un acuerdo imposible?* Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. VII, pp. 143-144. Pueden citarse, en este sentido y a título ilustrativo, la Conferencia Regional sobre Migración (Proceso de Puebla) --que reúne a representantes de Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Nicaragua, República Dominicana y Panamá y, como observadores, Argentina, Colombia, Ecuador y Perú-- o la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones --en la que participan

Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela--, en el ámbito americano, y la iniciativa 5+5 en la región euromediterránea, integrada por cinco países de la ribera norte (España, Francia, Italia, Malta y Portugal) y cinco países de la ribera sur (Argelia, Libia, Marruecos, Mauritania y Túnez) del Mediterráneo.

[32] El ACNUR se viene ocupando desde hace años de la protección de los refugiados que se integran en los denominados flujos mixtos (aquellos que agrupan a inmigrantes económicos y refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional). Fruto de esta preocupación es la adopción, en 2007, de un Plan de Acción dirigido a identificar aquellas cuestiones que requieren de una mayor y mejor coordinación a nivel internacional para lograr la protección efectiva de estas personas. El Plan de Acción, cuya implementación está siendo promocionada a través de la organización de sucesivas conferencias regionales, está disponible en la siguiente dirección electrónica: [33] En 2004 la Conferencia Internacional de la OIT aprobó una resolución titulada "Hacia un acuerdo justo para los trabajadores migrantes en la economía global" que sirvió de base para el desarrollo de un Plan de Acción para los trabajadores migrantes y la aprobación en 2006 de un Marco Multilateral sobre Migraciones Laborales, que enumera principios no vinculantes y directrices para una aproximación al fenómeno basada en derechos. Todos los documentados citados están disponibles en la siguiente dirección electrónica: [34] El Informe sobre Desarrollo Humano 2009 analizaba en qué medida y a través de qué instrumentos las políticas de inmigración pueden favorecer el desarrollo: PNUD (2009): *Superando barreras: movilidad y desarrollo humano*. El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: [35] Cfr. el artículo 1 de la Constitución de la OIM, adoptada el 29 de octubre de 1953 y disponible en la siguiente dirección electrónica: [36] Un comentario al Informe y a las propuestas en él contenidas --disponible en la siguiente dirección electrónica: [37] Los mismos pueden seguirse en la siguiente dirección electrónica: [38] "Les principaux problèmes qui angoissent aujourd'hui l'humanité --la surpopulation, la destruction de l'environnement, le couple hideux qui forment la rareté (relative) des ressources naturelles et leur gaspillage au profit de quelques-uns-- sont nouveaux. L'immigration n'est que récemment devenue un problème et elle n'est pas sans lien avec les maxis qui viennent d'être évoqués: comment s'étonner que dans un monde aussi profondément inégalitaire que le nôtre, les pauvres de la Terre s'efforcent d'avoir accès aux sociétés plus prospères dont l'image enchanteresse a été portée aux rivages les plus lointains par le cinéma, puis par la télévision?": RIGAUX, F. (2000): *L'immigration: Droit International et droits fondamentaux...* cit., p. 693.

[39] Tal y como el PNUD la definiese en 1994, seguridad humana "significa, en primer lugar, seguridad frente a aquellas amenazas que, como el hambre, la enfermedad o la represión política, pueden considerarse crónicas. Y, en segundo lugar, significa protección frente a las alteraciones repentinas y perjudiciales de la vida cotidiana, ya sea en relación a la vivienda, el trabajo o la comunidad": PNUD (1994): *Un programa para la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*. Informe sobre desarrollo humano 1994. Disponible en la siguiente dirección electrónica: [40] Que junto con el derecho a migrar, el derecho a establecerse pacíficamente y el derecho a retornar integrarían un *ius migrandi* cuya existencia defiende este autor: Vid. por ejemplo: AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A. G. (2004): *El novísimo derecho humano a migrar*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 5, pp. 291-292.

[41] Así, tal y como se ha dicho, "es evidente (...) que se trata de un bien primario para la Comunidad Internacional, y por lo tanto lo es para su Derecho": RAMÓN CHORNET, C. (2002): *Nuevos conflictos: nuevos riesgos para la seguridad humana*. En: RAMÓN CHORNET, C.: "El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados". Valencia: Tirant lo Blanch, p. 356. Sobre el concepto de seguridad humana, sus desarrollos y sus implicaciones en el marco de las relaciones internacionales y el Derecho Internacional, Vid.: KALDOR, M. (2007): *Human Security*. Cambridge: Polity Press; RAMCHARAN, B. G. (2002): *Human Rights and Human Security*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers y Von TIGERSTROM, B. (2007): *Human Security and International Law*. Oxford: Oxford University Press.

[42] MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (2008): *La responsabilidad de proteger*. Tiempo de Paz, núm. 90, p. 80.

[43] Se trata, como afirma DE LUCAS "de un fenómeno complejo, por heterogéneo, plural: no existe la inmigración, como tampoco un tipo homogéneo de inmigrantes. Los proyectos migratorios no son unívocos, sino que varían en función de los presupuestos, los mecanismos de desplazamiento, los objetivos de esos proyectos, etc. Son diversos los países de origen, pero también, y sobre todo, sus agentes, sus protagonistas. Hay inmigrantes, no el inmigrante, pese al dogma del que partes nuestras políticas migratorias, la existencia de un modelo canónico de inmigración sujeto al molde del Gastarbeiter, el único inmigrante admisible, el buen trabajador": DE LUCAS, J. (2003): *Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado*. Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, p. 26.

[44] España es un ejemplo suficientemente ilustrativo en este sentido. Dejando ahora a un lado los denominados acuerdos de readmisión, que pretenden la regulación de las condiciones en las que los inmigrantes irregulares serán retornados, España ha celebrado acuerdos bilaterales en materia de regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales con Colombia (2001), Ecuador (2001), la República Dominicana (2001) y Marruecos (2001). España tiene además establecidos instrumentos bilaterales con Perú y Senegal y ha firmado, y no ratificado aún, un acuerdo semejante con Mauritania. Cabe apuntar, finalmente, que determinados acuerdos internacionales, denominados de cooperación en materia migratoria --o de segunda generación-- contienen disposiciones relativas a la admisión de trabajadores. Son los firmados en 2006 con Guinea y Gambia, en 2007 con Cabo Verde y Malí y en 2008 con Guinea Bissau. Todos ellos consideran "trabajador migratorio" a aquellos nacionales de una de las Partes que hayan sido debidamente autorizados para ejercer una actividad laboral en el territorio de la otra Parte. El concepto vincula la condición de trabajador migrante a la autorización administrativa previa en España y, en definitiva, a la detección de una necesidad laboral concreta. Todos los instrumentos citados aquí están disponibles en la siguiente dirección electrónica: [45] Vid. al respecto: ALEINIKOFF, T. A. (2007): *International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture*. En: CHELOWINSKI, R. (et alii): "International Migration Law". La Haya: Asser Press, pp. 467-479.

[46] GHOSH, B. (Ed.) (2000): *Managing Migration...* cit., p. 1.

[47] Para CANÇADO TRINDADE se palían así las "consecuencias desastrosas" de la suplantación por parte del positivismo jurídico de la "visión de los llamados fundadores del derecho internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal": Cfr. su voto particular concurrente a la Opinión Consultiva de la CIDH relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03, de 17 de septiembre de

2003). El texto de la Opinión Consultiva y del voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[48] Aprobada mediante la resolución de la AGNU 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. El texto de la Declaración está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[49] Adoptado por la AGNU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde el 23 de marzo de 1976. El Pacto está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[50] Vid. la Observación General número 27: libertad de circulación (art. 12) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9). El texto de la Observación General está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[51] Los Derechos internos, desde luego, rara vez lo reconocen así. Un interesante y completo análisis de cómo se han regulado la inmigración y la extranjería en las constituciones modernas puede verse en: PEÑA, L. (2002): *El Derecho de extranjería en los ordenamientos constitucionales*. Isegoría, número 26, pp. 181-217. El trabajo está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[52] Los Estados pueden obligarse convencionalmente al reconocimiento de tal derecho a todos los extranjeros o a una determinada categoría de entre ellos. La UE es un ejemplo de esta última posibilidad. El artículo 21 del TFUE (antiguo artículo 21 del TCE) establece que "todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación". El artículo 45 (antiguo artículo 39 del TCE) asegura igualmente la libre circulación de trabajadores, lo que deberá implicar la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Respecto de los nacionales de los terceros países, el artículo 79 del TFUE (antiguo artículo 63 del TCE) establece el procedimiento a partir del cual la UE adoptará medidas para determinar las condiciones de entrada y residencia que resultarán exigibles a tal efecto, así como la definición de los derechos de aquellos que residan legalmente en un Estado miembro, "con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros". El TFUE está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[53] Para REMIRO BROTONS lo dispuesto en el artículo 13.1 de la DUDH no pasa de ser "una declaración piadosa, desmentida rotundamente por la reiterada práctica de los Estados": REMIRO BROTONS, A. (et alii) (2007): *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 831.

^[54] MARIÑO MENÉNDEZ cita la expulsión de todos los nacionales de un mismo país que se encuentran en situación irregular en el Estado que adopta la medida entre los ejemplos de medidas de retorsión que, como es sabido, son siempre lícitas y se adoptan en muchas ocasiones en respuesta a actos previos de terceros que no cabría considerar ilícitos, sino simplemente inamistosos: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (2005): *Derecho Internacional Público. Parte General*. Madrid: Trotta, p. 555. Un ejemplo reciente de esta afirmación son las declaraciones del Primer Ministro de Turquía, Recep Tayyip Erdogan, en respuesta a la condena del genocidio armenio por parte de Estados Unidos y Suecia: "En mi país hay 170.000 armenios, de los que 70.000 son ciudadanos turcos. Ahora cerramos los ojos ante los otros 100.000 (...) ¿Y qué voy a hacer mañana con ellos? Si es necesario, les diré que regresen a su país": El País, 18 de marzo de 2010. Cabe advertir al respecto que en ningún caso sería conforme al Derecho Internacional la expulsión colectiva de un grupo de extranjeros. No es el único límite que se impone a dicha facultad: Vid. *infra*, Capítulo II, epígrafe 2.2.

[55] Cfr. sus artículos 2.1, 2.2 y 3.2. Este último artículo garantiza únicamente el derecho a regresar al país del cual se es nacional. El Protocolo número 4, del que son parte 43 Estados, está en vigor desde el 2 de mayo de 1968. El Protocolo entró en vigor para España el 16 de septiembre de 2009. Además, el Protocolo número 7 establece en su artículo primero determinadas garantías procedimentales aplicables en caso de expulsión de extranjeros. Este Protocolo, en vigor desde el 1 de noviembre de 1988, está en vigor para España desde el 1 de diciembre de 2009. El texto de ambos Protocolos está disponible en la siguiente dirección electrónica: [56] Firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. El texto de la Convención está disponible en la siguiente dirección electrónica: [57] Firmada en Banjul el 27 de julio de 1981. El texto de la Carta está disponible en la siguiente dirección electrónica: [58] Aprobada por el Consejo de la Liga Árabe el 15 de septiembre de 1994, http://www.crin.org/espanol/RM/liga_arabe.asp#cr (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).

[59] El apartado tercero del artículo 12 del PIDCP dispone en este sentido que dichos derechos "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". *Vid.*, en el mismo sentido, los artículos 2.3 del Protocolo número 4 al CEDH, 22.3 y 4 de la Convención Americana sobre derechos humanos, 12.2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y 26.2 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

[60] Cfr. la Observación General número 15, de 1986, relativa a la situación de los extranjeros respecto del Pacto. El texto de la Observación General está disponible en la siguiente dirección electrónica: [61] Cfr. al respecto las sentencias dictadas el 18 de febrero de 1991 en el asunto *Moustaquim c. Bélgica* [recurso número 12313/86 (*Tol* 223202)] y 26 de marzo de 1992 en el asunto *Beldjoudi contra Francia* [recurso número 12083/86 (*Tol* 573760)].

[62] Este último estaría también obligado, por tanto, a admitir al extranjero devuelto en ejecución de una decisión adoptada por el Estado en cuyo territorio se encontraba irregularmente. Y ello de acuerdo con lo observado por el CDH en relación con el alcance que debía darse a la expresión "entrar en su propio país" contenida en el artículo 12 del PIDCP (*Vid. supra*, nota 50). No estamos, por tanto, de acuerdo con REMIRO BROTONS cuando afirma que "un Estado se encuentra obligado a recibir en su territorio únicamente a sus nacionales": REMIRO BROTONS, A. (et alii) (2007): *Derecho Internacional...* cit., p. 834.

[63] Cfr. el artículo 2 la Declaración de la AGNU sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, ya citada aquí (*Vid. supra*, nota 60).

[64] Afirma REMIRO BROTONS respecto de los límites que impone el Derecho Internacional a la facultad de Estado de regular las circunstancias relativas a los extranjeros, y por tanto también la devolución forzosa, que "la fuente más importante de la que surgen se encuentra en los tratados, aunque la propia práctica estatal ha generado normas generales de carácter consuetudinario": REMIRO BROTONS, A. (et alii) (2007): *Derecho Internacional...* cit., p. 831.

[65] Cfr. el apartado 2 de la Resolución de la AGNU 59/194, de 18 de marzo de 2005, sobre protección de los migrantes (A/RES/59/194). En el mismo sentido se ha pronunciado la Asamblea General en, entre otras, sus Resoluciones 61/165, de 23 de febrero de 2007

(A/RES/61/165), 64/166, de 19 de marzo de 2010 (A/RES/64/166) y 65/212, de 1 de abril de 2011 (A/RES/65/212). Todas ellas disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[66] Cfr. el artículo 2 de la DUDH, el artículo 2 del PICDP, el artículo 2 del PIDESC, el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, los artículos 1 y 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 2 de la CDN. Todos los instrumentos citados están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[67] Cfr. el artículo 4.2 del PIDCP y el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y, en el plano regional, el artículo 15 del CEDH y el artículo 27.2 de la CIDH.

^[68] MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (1995): *Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional*. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (et alii): "Derecho de extranjería, asilo y refugio". Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 111-112.

^[69] MARIÑO MENÉNDEZ afirma que estaría constituido por el derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad y la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión: *Ibidem*, p. 112.

^[70] Un deber que para REMIRO BROTONS "sigue siendo un dogma": REMIRO BROTONS, A. (et alii) (2007): *Derecho Internacional...* cit., p. 832.

^[71] Estos se enfrentan a menudo, de una parte, a la violencia proveniente de las mafias que controlan las actividades relacionadas con el tráfico irregular de migrantes. Y son, de otro lado, particularmente vulnerables a las violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas y cuerpos de seguridad de los Estados en el marco de las operaciones de interceptación, detención y posterior expulsión.

^[72] La Convención fue adoptada mediante la Resolución 45/198 de la AGNU el 18 de diciembre de 1990. Tanto el texto de la Convención como el número de Estados parte pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: ^[73] Que establece que "la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

^[74] *Vid. supra*, nota 60.

^[75] Precisamente en relación con el alcance de la prohibición de discriminación prevista en el PIDCP, el CDH ha sostenido que "el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia": Cfr. la Observación General número 18, sobre el principio de no discriminación, adoptada el 10 de noviembre de 1989. La Observación General está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[76] *Vid. infra*, Capítulo II, epígrafe 2.2.

^[77] Cfr. el voto particular concurrente de CANÇADO TRINDADO a la Opinión Consultiva de la CIDH relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados... cit., párrafos 59-60 y la doctrina por él citada.

^[78] Debe destacarse también la labor llevada a cabo en el plano regional europeo por el Consejo de Europa en lo que hace a la progresiva consagración de un derecho individual a

no ser discriminado (o un derecho individual a la igualdad). Además de lo que al respecto ha dictaminado el TEDH, cabe señalar aquí la adopción en 2000 del Protocolo Adicional número 12 al CEDH. El mismo, en vigor desde el 1 de abril de 2005, establece en su artículo 1 una prohibición general de discriminación al establecer que "el goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación". Tanto el Protocolo como el estado de las ratificaciones está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[79] Los artículos 17, 18, 25, 27, 28, 30, 43, 45, 48, 54, 55 y 70 de la Convención establecen la obligación del Estado parte de garantizar a los trabajadores migratorios y/o a sus familiares el disfrute de los derechos que protegen en igualdad de condiciones con los nacionales de dicho Estado. Las vicisitudes a las que se ha visto sometida la entrada en vigor de la Convención da también idea de la resistencia de los Estados a "igualar" el estatuto jurídico de los extranjeros, en particular si están indocumentados, al de los nacionales. Tal y como su título pone de manifiesto, su objeto es obligar a los Estados parte en la misma a garantizar un conjunto de derechos a todos los trabajadores migratorios y sus familiares. También a los trabajadores en situación administrativa irregular. Esto es, a los que trabajan en el territorio de un Estado parte sin contar con la preceptiva autorización administrativa. La Convención debía entrar en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 87, el primer día del mes siguiente a un plazo de tres meses contado a partir de la fecha en que hubiese sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión. Pues bien, la entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2003. Trece años fue el tiempo necesario para alcanzar la cifra de 20 Estados parte. A 8 de abril de 2011 eran parte en la Convención 44 Estados. *Vid.*, sobre la Convención: BONET PÉREZ, J. (2006): *La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (Coord.): "Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las Migraciones". Madrid: Los Libros de la Catarata, pp. 92-131.

^[80] El estudio de los incidentes de formas contemporáneas de racismo y discriminación racial contra migrantes está incluido en el mandato del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia: *Cfr.* el apartado 2.a) de la Resolución A/HRC/7/L.18 del Consejo de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2008. Tal y como el Relator tuvo ocasión de poner de manifiesto en su Informe Provisional presentado a la AGNU el 10 de agosto de 2009 (A/64/271) las expresiones de xenofobia están a veces estrechamente vinculadas a los prejuicios raciales y los estereotipos, dado que muy frecuentemente los migrantes pueden ser reconocidos por su raza u origen étnico. Tanto la Resolución como el Informe citados están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[81] El Documento Final de la Conferencia de Examen de Durban, celebrada en Ginebra en abril de 2009 "urge a los Estados a prevenir las manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia en las áreas fronterizas, en particular en relación con extranjeros, refugiados y solicitantes de asilo, y, en este contexto, anima a los Estados a formular e implementar programas de entrenamiento y sensibilización específicos dirigidos a los funcionarios de inmigración y fronteras, fiscales y proveedores de servicios": *Cfr.* el apartado 75 del Documento Final de la Conferencia, disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[82] Mediante las Resoluciones 2005/47 de la Comisión de Derechos Humanos y 8/20 del Consejo de Derechos Humanos. Las resoluciones están disponibles en la siguiente

dirección electrónica: ^[83] Son útiles en este sentido las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, previsto en el artículo 17 de la Convención del mismo nombre. La Convención se adoptó mediante la Resolución de la AGNU 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Su texto y el de los Informes del Comité están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[84] De la labor del Comité de Derechos del Niño (creado por el artículo 43 de la CDN, adoptada por la AGNU en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989) en relación con la protección de los derechos de los migrantes menores de edad no acompañados nos ocuparemos en el siguiente epígrafe de este trabajo. El texto de la Convención y los trabajos del Comité están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[85] Es el caso del Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, nombrado el 19 de abril de 2004 mediante la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/110. Los Informes del Relator están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[86] *Vid.* el voto particular concurrente de CANÇADO TRINDADO a la Opinión Consultiva de la CIDH relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados... cit., párrafo 60.

^[87] *Vid. supra*, notas 60 y 75, respectivamente. En la primera (párrafo 2) el Comité admite que aunque "la norma general es que se garanticen a todos y cada uno los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros (...) excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos" en el mismo "son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos". En la segunda observa (párrafo 13) que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto".

^[88] *Cfr.* la Opinión Consultiva número 18 de la CIDH relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[89] *Cfr.* el párrafo 134 de la Opinión Consultiva. En el mismo sentido, el Informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales (*Vid. supra*, nota 36) respaldó "el principio de que el ingreso a un país en violación de sus leyes de inmigración no priva a los migrantes de los derechos fundamentales conferidos por los instrumentos de derechos humanos antes mencionados, ni afecta a la obligación de los Estados de proteger a los migrantes en situación irregular" (p. 58).

^[90] Así, por ejemplo, el artículo 13 del PIDCP dispone que "el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte (...) sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas". En el mismo sentido, *Vid.* el artículo 1 del Protocolo número 7 al CEDH, el artículo 22.6 de la CIDH y el artículo 12.4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

^[91] *Cfr.* el párrafo 9 de la Observación General número 15, relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, ya citada aquí (*Cfr. supra*, nota 60).

^[92] Así lo ha entendido el CDH (*Ibidem*, párrafo 10) al afirmar que "el artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y,

por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por "razones imperiosas de seguridad nacional". En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros".

[93] Todos ellos disponibles en la siguiente dirección electrónica: [94] En el caso del Convenio número 97, y centrándonos en el ámbito de la Unión Europea, han ratificado el Convenio Alemania, Bélgica, Chipre Eslovenia, España, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido. El segundo de los Convenios mencionados ha sido ratificado únicamente por Chipre, Eslovenia, Italia, Portugal y Suecia. El estado de las ratificaciones de ambos convenios puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: [95] Cfr. el artículo 11 de ambos Convenios.

[96] Sí son parte en el mismo Estados de acogida de trabajadores migrantes de otras regiones del mundo. Es el caso de Argentina, Chile y México en América o de Marruecos, en África. La AGNU ha reiterado en numerosas ocasiones su petición de que los Estados que aún no lo hayan hecho "consideren con carácter prioritario la posibilidad de firmar y ratificar la Convención (...) o de adherirse a ella" y ha solicitado "al Secretario General que prosiga sus esfuerzos para promover y dar a conocer la Convención": Cfr. el apartado 3.d) de la Resolución 65/212, ya citada aquí. En el seno de la UE, el debate en torno al diseño de una política de inmigración común ha vinculado la lucha contra la inmigración ilegal con la presencia en el territorio de la UE de trabajadores migrantes en situación administrativa irregular. Así se deduce, por ejemplo, de las afirmaciones incorporadas por la Comisión a su Comunicación relativa al "Estudio de los vínculos entre la inmigración legal e ilegal": "(l)a lucha contra la inmigración ilegal empieza con las medidas preventivas y la supresión de los principales incentivos. El trabajo no declarado en varios países o regiones es un importante estímulo para la migración ilegal. Abordar el mercado laboral no regulado es por tanto un objetivo común que afecta no sólo al ámbito de la inmigración, sino también al del empleo" (COM (2004) 412 final, epígrafe 3.2.2. La Comunicación está disponible en la siguiente dirección electrónica: [97] El mismo establece que "se entenderá por "trabajador migratorio" *toda persona* que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no es nacional". La cursiva es mía.

[98] El texto del Convenio y la lista de Estados que lo han ratificado están disponibles en la siguiente dirección de correo electrónico: [99] Vid., en este sentido, mi trabajo, *Algunas consideraciones sobre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea en materia de gestión de los flujos migratorios por motivos laborales*. En: BALADOS RUIZ-GALLEGOS, M. (Dir.) (2008): "Inmigración, Estado y Derecho". Barcelona: Bosch, pp. 1025-1039.

[100] La Parte IV de la Convención de NNUU (artículos 36-56) garantiza un conjunto de derechos de los que serán titulares "los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular". También los Derechos internos prevén, en general, un estatuto jurídico más generoso para los trabajadores migrantes en

situación administrativa regular. En el caso de España, la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE número 307, de 23 de diciembre de 2000) modificó lo dispuesto en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE número 10, de 12 de enero de 2000) para restringir la titularidad de determinados derechos a aquellos extranjeros que hubiesen obtenido un permiso de residencia en España. El TC declaró inconstitucional dicha reforma en sus sentencias 236/2007, de 7 de noviembre (*Tol 1179106*) 259/2007, de 19 de diciembre (*Tol 1228671*), 260/2007 (*Tol 1228672*), 261/2007 (*Tol 1228673*), 262/2007 (*Tol 1228674*), 263/2007 (*Tol 1228675*), 264/2007 (*Tol 1228676*) y 265/2007 (*Tol 1228677*), de 20 de diciembre de 2007. La LO 2/2009, de 11 de diciembre (BOE número 299, de 12 de diciembre de 2009) ha adaptado el texto de la ley a lo dispuesto por el TC.

[101] Es relevante, en este sentido, la Opinión Consultiva de la CIDH sobre la condición jurídica y los derechos de los trabajadores indocumentados. En la misma, la Corte afirma que "la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos: entre ellos los de carácter laboral". Aunque se comparte aquí esta opinión, creo que la misma no refleja la situación general de los trabajadores inmigrantes en los países de acogida. Es frecuente que las legislaciones de extranjería restrinjan sus derechos laborales cuando se encuentran en situación administrativa irregular como un modo de neutralizar el "efecto llamada" que supondría, en opinión de muchos, no "premiar" al trabajador que realiza su labor al amparo de la preceptiva autorización administrativa distinguiéndolo del que lo hace sin ella.

[102] De su situación también se ocupa el Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ya mencionado aquí.

[103] Hay otras diferencias. De un lado, mientras que el tráfico ilícito de migrantes implica necesariamente que sus víctimas cruzan (ilegalmente) una frontera, la dimensión transnacional no está siempre presente en el caso de la trata de seres humanos. De otro lado, mientras que la "relación" entre el traficante y su víctima se extingue una vez que la segunda llega a su destino, la violación de los derechos humanos de las víctimas de la trata de seres humanos continúa, en particular la de sus derechos a la integridad física y a la libertad de movimiento. Es posible, desde luego, que ambos fenómenos se den conjuntamente. Así, la persona que termina siendo víctima de la red de trata podría comenzar su viaje sin saber que el traficante al que está recurriendo pertenece en realidad a dicha red. Es importante tener en cuenta esta posibilidad a la hora de identificar correctamente a las víctimas de la trata, con el fin de otorgarle la protección a la que tiene derecho.

[104] El artículo 3.a) del Protocolo Facultativo a la Convención de NNUU contra la delincuencia transnacional organizada, relativo a la prevención, represión y castigo de la trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños, afirma que "la expresión "trata de seres humanos" designa la contratación, el transporte, el traslado, al alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". Sobre el concepto de trata de personas *Vid.:* BADÍA MARTÍ, A. (2005): *Noción jurídica*

internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. En: PÉREZ VERA, E. y RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: "Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carillo Salcedo". Sevilla: Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, pp. 177-197. En cuanto al tráfico de migrantes, el artículo 3.a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire, que complementa la misma Convención de NNUU lo define como "la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material". Este último Protocolo está también disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[105] Una selección de la normativa multilateral, europea y española en la materia puede verse en BADÍA MARTÍ, A. (Dir.) (2008): *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

^[106] Unos años más tarde, el 4 de mayo de 1910, se firmó, también en París, el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas. Ambos fueron enmendados por el Protocolo de Lake Success, Nueva York, de 4 de mayo de 1949. Cabe citar, igualmente, los Convenios de Ginebra de 30 de septiembre de 1921, para la represión de la trata de mujeres y menores, y de 11 de octubre de 1933, para la represión de la trata de mujeres mayores de edad y el Convenio de Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (adoptado mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949). En relación, en particular, con los niños, hay que poner de relieve la aprobación, mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 54/253, de 25 de mayo de 2000, del Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

^[107] Aprobado mediante la Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Protocolo está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[108] Se trata, por lo demás, de una obligación que no asumen los Estados parte en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

^[109] El Convenio, en vigor desde el 1 de febrero de 2008, se firmó en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Su texto está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[110] El Informe está disponible también en la siguiente dirección electrónica: ^[111] Precisamente para la regulación común de esta cuestión se ha adoptado en el seno de la UE la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DO, Serie L, número 261, de 6 de agosto de 2004). Recientemente, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO, Serie L, número 101, de 15 de abril de 2011), ha venido a establecer medidas de protección específica para las víctimas de la trata de seres humanos. No se ocupa, sin embargo, de las condiciones de residencia de las mismas en el territorio de los Estados miembros de la UE (Cfr. el considerando 17 de la Directiva 2011/36/UE). El Considerando 18 de la Directiva 2011/36/UE señala que "en los casos en que la víctima no resida legalmente en el Estado miembro en cuestión, la asistencia y el apoyo deben prestarse de forma incondicional, al menos durante el período de reflexión. Si, una vez concluido el

proceso de identificación o expirado el período de reflexión, se considera que la víctima en cuestión no reúne las condiciones para la obtención de un permiso de residencia [de acuerdo con lo previsto por el Derecho interno, adaptado a la Directiva 2004/81/CE o, en su caso, a los instrumentos internacionales que, como en Convenio del Consejo de Europa, sean vinculantes para el Estado miembro] o no tiene, por otra parte, el estatuto de residente legal en el Estado miembro, o si la víctima ha abandonado el territorio de dicho Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no está obligado a seguir prestándole asistencia y apoyo en virtud de la presente Directiva". Las obligaciones impuestas al Estado español por la Directiva 2004/81/CE y por el Convenio del Consejo de Europa incorporadas en los artículos 59 y 59 bis) de la LO 2/2009, ya citada aquí. Dichas disposiciones han sido desarrolladas en los artículos 142 y ss. del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE número 103, de 30 de abril de 2011).

[112] Disponible también en la siguiente dirección electrónica: [113] *Vid. infra* Capítulo II, epígrafe 2.4.

[114] De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las NNUU contra la delincuencia transnacional organizada, nada de lo en él dispuesto "afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de non-refoulement consagrado en dichos instrumentos".

[115] *Vid.* al respecto las Directrices del ACNUR sobre la aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de de ser víctimas de la trata, de 7 de abril de 2006. Las Directrices están disponibles en la siguiente dirección electrónica: [116] La búsqueda de mejores oportunidades económicas no es la única causa que impulsa a los menores a salir de su país de origen sin la compañía de sus padres o tutores. Tal y como el Comité de Derechos del Niño pone de manifiesto en su Observación General número 6 (2005) "las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres". La Observación está disponible en la siguiente dirección electrónica: [117] No es imposible que el menor extranjero no acompañado llegue al territorio del Estado donde sus padres o tutores ya residen legalmente. Habrá que tener en cuenta, en ese caso, lo dispuesto en el artículo 10.1 de la CDN, en virtud del cual toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él será atendida de manera positiva, humana y expeditiva y no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

[118] En el marco del Consejo de Europa, el Comité de Ministros aprobó en el año 2003 una recomendación sobre esta cuestión. La Recomendación CM/Rec (2007) 9, de 14 de julio de 2007, sobre los proyectos de vida a favor de los menores extranjeros no acompañados incorpora un catálogo de principios y medidas que pretenden servir de guía a los Estados parte en el diseño de políticas públicas específicas en relación con estos menores. La misma está disponible en la siguiente dirección electrónica: [119] El texto de ambos Protocolos está

disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[120] Adoptado el 29 de mayo de 1993. El Convenio está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[121] Adoptado el 19 de octubre de 1996. El Convenio está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[122] Disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[123] Disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[124] PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2009): *La cooperación entre España, Marruecos y Senegal en materia de prevención de la emigración de menores no acompañados, su protección y retorno al país de origen*. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (Coord.): "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho español". Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 2009, pp. 141-142.

^[125] Así lo ha entendido reiteradamente el Comité de Derechos del Niño. En sus Conclusiones Finales sobre el segundo informe presentado por Marruecos sobre la base del artículo 44 de la CDN, adoptadas en julio de 2003, el Comité se mostró preocupado por la situación de los menores marroquíes emigrantes e instó a Marruecos a que previniesen dicha emigración ofreciéndoles, incluso, oportunidades educativas. Las Conclusiones (CRC/C/15/Add.211) están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[126] El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[127] El denominado "Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano" fue aprobado por el Consejo Europeo en su reunión de 14 y 15 de diciembre de 2009. Está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[128] COM (2010) 213 final. El Plan de Acción, cuyo seguimiento será evaluado por la Comisión en 2012 y 2015, está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[129] Las Conclusiones están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[130] El Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, firmado en Madrid el 15 de diciembre de 2005 (BOE número 195, de 6 de agosto de 2006).

^[131] El 6 de marzo de 2007 se firmó en Rabat el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado (BOCG, Serie A, número 429, de 14 de septiembre de 2007).

^[132] El Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, fue firmado "ad referendum" en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE núm. 173, de 18 de julio de 2008). Puede verse un análisis de los acuerdos firmados con Senegal y Marruecos en: PÉREZ GONZÁLEZ, C.: *La cooperación entre España, Marruecos y Senegal en materia de prevención de la emigración de menores no acompañados...* cit., pp. 137-158. Vid., también: TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2010): *Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los menores extranjeros separados o no acompañados*. En: ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y FERNER DELAYGUA, J. J. (Dirs.): "La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño". Madrid, Barcelona, Buenos Aires: AEPDIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, pp. 239-274. Deben citarse aquí, por último, las consideraciones que respecto de dichos acuerdos ha realizado el Comité contra la Tortura en sus Observaciones Finales adoptadas tras el quinto examen periódico de España. Al respecto ha manifestado el Comité su preocupación por "la falta, en la implementación de estos acuerdos, de salvaguardas que

aseguren la identificación de los niños que puedan necesitar protección internacional y, por lo tanto, tener derecho al procedimiento de asilo" y ha recordado a España que "debe asegurar que los acuerdos bilaterales de retorno asistido de menores firmados por España contengan adecuadas garantías para asegurar la protección contra la devolución de los niños víctimas de trata, prostitución y pornografía, así como a los que han sido involucrados en conflictos o que se han escapado de su país para un fundado temor de persecución.". Subraya, finalmente, que el retorno al país de origen solo debe llevarse a cabo si es en el interés superior del niño. Las Observaciones Finales están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[133] Por su parte, el nuevo artículo 35.1 de la LO 2/2009 dispone, que "el Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados". Dicha disposición ha sido desarrollada en los artículos 189 y ss. del Real Decreto 557/2011, ya citado aquí.

^[134] La reagrupación familiar en el país de origen del menor no es la única posibilidad que maneja el Comité. Dicha reagrupación podría materializarse también en el país en el que se encuentra el menor, que ha observado al respecto lo siguiente: "si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio. Ya se ha recordado aquí que el artículo 10.1 de la Convención insta a los Estados Partes para que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia sea atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva, sin que pueda traer consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. Según el párrafo 2 del mismo artículo, los países de origen deben respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido del propio, y a entrar en su propio país": *Cfr.* el párrafo 83 de la Observación General número 6 (2005), relativa a los menores separados y no acompañados que se encuentran fuera de su país de origen, disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[135] *Cfr.* el párrafo 27 de la Observación General número 6 (2005).

^[136] La obligación de atender al interés superior del menor se contiene en el artículo 3.1 de la CDN. Este precepto establece, como es sabido, que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Se trata, en cualquier caso, de un concepto jurídico indeterminado a cuya concreción han colaborado tanto el Comité de Derechos del Niño como los tribunales y la doctrina: "the best interests principle is, of course, indeterminate": FREEMAN, M. (2007): *Article 3. The Best Interests of the Child*. En: ALEN, A., VANDE LANOTTE, J., VERHELLEN, E., ANG, F., BERGHMANS, E. y VERHEYDE, M. (Eds.): "A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child". Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 3.

^[137] El retorno al país de origen, ya sea con la familia o en acogida en una institución de tutela, la integración en el país de acogida, el reasentamiento en un tercer país o la adopción internacional.

^[138] Que establece que "los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de

la edad y madurez del niño". Añade que, con este propósito, "se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". También en el marco del Consejo de Europa se ha insistido sobre esta cuestión. Pueden verse, en este sentido, las Resoluciones número 1, relativa al acceso a la Justicia de los emigrantes y de los demandantes de asilo, y número 2, relativa a la Justicia adaptada a los niños, aprobadas con ocasión de la 28ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia celebrada en Lanzarote en octubre de 2007. Las mismas están disponibles en la siguiente dirección electrónica: ^[139] Cfr. el Informe sobre grupos e individuos específicos de 27 de diciembre de 2004 (E/CN.4/2005/85). El mismo está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[140] Sobre la cuestión *Vid.*, por todos: STALFORD, H. (et alii) (2009): *Gender and Migration in 21st Century*. Darmouth: Ashgate.

^[141] Dos pronunciamientos judiciales recientes, del TEDH y de la CIDH respectivamente, han venido a sumarse a los esfuerzos de protección que el Derecho Internacional confiere a las mujeres víctimas de la violencia basada en el género y no pueden por ello de mencionarse aquí. Se trata, de un lado, de la sentencia del TEDH de 9 de junio de 2009, *Opuz c. Turquía* [recurso número 33401/02 (*Tol 1520000*)], en la que el Tribunal consideró que había habido violación de los artículos 2, 3 y 14 del CEDH sobre la base de la falta de protección frente a la violencia doméstica que la demandante encontró por parte de las autoridades competentes. Y, de otro, de la sentencia de la CIDH dictada en el asunto *Campo Algodonero*, de 16 de noviembre de 2009, en la que la condena a México trae causa, esta vez, de la constatada "tolerancia" de las autoridades ante los feminicidios en Ciudad Juárez. Afirmó la Corte, al respecto, que "el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de "prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación". Lo decisivo es dilucidar "si una determinada violación [...] ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente" (Cfr. el apartado 236 de la sentencia, disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[142] Cfr. el párrafo 41 de su Informe sobre grupos e individuos específicos... cit.

^[143] Adoptada el 9 de junio de 1994. Su artículo 9 establece que para la adopción de las medidas de protección previstas en la Convención "los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, *de migrante, refugiada o desplazada*" (la cursiva es mía). El texto de la Convención está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[144] Adoptado en el marco del Consejo de Europa el 11 de mayo de 2011 y disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[145] El Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses desde que diez Estados, incluyendo a 8 Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su voluntad de quedar obligados por el mismo (Cfr. el artículo 75.3). En el momento en el que se escriben estas líneas, ningún Estado ha ratificado el Convenio. El estado de las

ratificaciones puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: ^[146] En el caso de España, dicha posibilidad se prevé en los artículos 19.2 y 31 bis de la LOEX y 131 y ss. del Real Decreto 557/2011, ya citados aquí.

^[147] Disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[148] SPIJKERBOER, Th. (2000): *Gender and Refugee Status*. Dartmouth: Ashgate.

^[149] En este sentido pone de manifiesto ARENAS HIDALGO que hasta hace relativamente poco tiempo, las escasas solicitudes de asilo motivadas por cuadros de "violencia contra la mujer" --léase casos de violencia doméstica, crímenes de honor, mutilación genital femenina, matrimonios forzados, trata de blancas y otras violaciones de los derechos humanos de la mujer en conflicto armado-- o bien se habían rechazado, o bien, en casos extremos en los que no se podía devolver a la persona al lugar del cual temía sufrir persecución, se acudía a modelos de acogida de carácter temporal, con menor nivel de protección y asistencia": ARENAS HIDALGO, N. (2008): *La "violencia doméstica" y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y práctica española*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 17, pp. 62s.

^[150] Se ha afirmado, en este sentido, que "incluso Estados que de otra forma no admitirían a inmigrantes no refugiados, admiten a las personas que buscan reunirse con miembros de su familia que ya están en tal Estado (...) Por ejemplo, aunque muchos Estados de Europa dejaron de reclutar trabajadores invitados a principios de la década de los setenta e intentaron limitar otras vías de inmigración, siguieron admitiendo a las esposas y a los hijos menores de aquellos que ya estaban en el país": CARENS, J. H. (2002): *Inmigración y justicia...* cit., pp. 17-18.

^[151] A excepción de los países del Golfo (el dato es de 2005): Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2005): *Family Reunification*. OHCHR Migration Papers, disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[152] Cfr. los artículos 16.3 de la DUDH, 23 del PIDCP, 10.1 del PIDESC, 44.1 de la Convención de NNU sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, 9.1 y 10.1 de la Convención sobre los derechos del niño, 8.1 del CEDH, 17 de la CIDH y 15.1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

^[153] "El principio que subyace a la práctica de la reunificación familiar es simple. Las personas tienen un interés profundo y vital por vivir con los miembros cercanos de su familia. El principio corolario es que es un error que el Estado exija a la gente elegir entre la vida familiar y la oportunidad de estar en una sociedad en la que van a tener presencial legal durante un periodo extenso": CARENS, J. H. (2002): *Inmigración y justicia...* cit., p. 18.

^[154] Tal y como ha afirmado el CDH: "el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares": Cfr. la Observación General número 19 (artículo 23), relativa a la protección de la familia, del derecho a contraer matrimonio y de la igualdad entre los cónyuges, disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[155] Para MARIÑO MENÉNDEZ el derecho a fundar una familia se integra en el estándar mínimo de derechos humanos: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (1995): *Los derechos de los extranjeros*

en el *Derecho Internacional...* cit., p. 112. En el mismo sentido REMIRO BROTONS afirma que el ejercicio de determinados derechos civiles básicos, como el de la familia, integra el estándar mínimo del que en todo caso debe gozar un extranjero. REMIRO BROTONS, A. (et alii) (2007): *Derecho Internacional...* cit., p. 836.

[156] Cónyuges o parejas de hecho e hijos menores conforman el núcleo duro del grupo de familiares reagrupables. En esta línea, el artículo 44.2 de la Convención de NNUU sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares establece que "los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo". Más allá de esto, la práctica de los Estados difiere y no es el propósito de este trabajo su examen. En el caso de España, la LO 2/2009 ha limitado la reagrupación de los ascendientes, como norma general, a los mayores de sesenta y cinco años, aunque por razones humanitarias puede permitirse su reagrupación con una edad inferior. Además, su reagrupación, en todo caso, sólo podrá solicitarse cuando el reagrupante adquiera la residencia de larga duración (*Cfr.* los artículos 17.1.d) y 18 1). El hecho de que sólo excepcionalmente pueda reagruparse a los ascendientes menores de sesenta y cinco años (edad que coincidía en ese momento con la edad de jubilación en España) plantea la duda de si la restricción mencionada obedece a razones de política laboral. Dejaremos también a un lado el debate sobre si la limitación de la reagrupación a la familia nuclear implica la imposición por parte de los Estados de acogida de un modelo "occidental" de familia y de si, en su caso, dicha imposición es legítima.

[157] En el caso de España, y a salvo lo que acaba de decirse sobre los ascendientes, el artículo 18.1 de la LOEX establece que los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, cuya duración es de un año.

[158] El reagrupante deberá, en definitiva, poder hacerse cargo de sus familiares en el país de acogida. El artículo 18.2 de la LOEX dispone al respecto que "deberá acreditar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada".

[159] La propia AGNU ha afirmado con contundencia la importancia de que los Estados de acogida de inmigrantes promuevan la adopción de normas internas que aseguren la protección de la unidad familiar de los inmigrantes documentados y ha exhortado a todos los Estados a que se abstengan de promulgar disposiciones legislativas concebidas como medidas coercitivas que establezcan un trato discriminatorio contra los migrantes legales, se trate de individuos o grupos, al redundar en detrimento de la reunificación de las familias o a que deroguen las que estén vigentes: *Vid.* la Resolución de la AGNU 59/203, de 23 de marzo de 2005, relativa al respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias.

[160] Así, por ejemplo, el CDH ha afirmado, en su Observación General número 15, relativa a la situación de los extranjeros con respecto al Pacto, que aunque el mismo no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte "en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no

discriminación, de prohibición de trato inhumano y *de respeto de la vida de la familia*" (Cfr. el apartado 5 de la Observación General). La cursiva es mía.

^[161] Vid. *infra*, Capítulo II, epígrafe 2.4.

^[162] Dictada en el asunto C-540/03, *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea* (Tol 955788). Un análisis de la misma puede verse en MARTIN, D. (2008): *La Cour de justice et le droit au regroupement familial: trop ou trop peu!* Revue trimestrielle des droits de l'homme, pp. 595-609.

^[163] DO, Serie L, número 252, de 3 de octubre de 2003. Sobre la Directiva Vid.: BOELES, P. (2001): *Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?* European Journal of Migration and Law, volumen 3, número 1, pp. 61-71; CHOLEWINSKI, R. (2002): *Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right?* European Journal of Migration and Law, volumen 4, pp. 271-290 y OOSTEROM-STAPLES, H. (2007): *The Family Reunification Directive: A Tool Preserving Member State Interest or Conductive to Family Unity?* En: BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H.: "Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy". Oxford, Hart Publishing, pp. 451-488.

^[164] DO, Serie L, número 56, de 4 de abril de 1964.

^[165] Cfr. la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006, asunto C-503/03, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España* (Tol 802707).

^[166] *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office National de l'Emploi (ONEM)*. El texto de la sentencia está disponible en la siguiente dirección electrónica: ^[167] Cfr. los apartados 36-45 de la sentencia.

^[168] De acuerdo con esta jurisprudencia, el Real Decreto 557/2011, por el que se desarrolla reglamentariamente la LOEX, ha incorporado la figura del arraigo familiar para progenitores de menores españoles. Así, el artículo 124.3 del Real Decreto establece que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo familiar al padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a su cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de sus obligaciones paternofiliales respecto al mismo.

BIBLIOGRAFÍA:

Monografías

BADÍA MARTÍ, A. (Dir.) (2008): *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

BONET PÉREZ, J. y OLESTI RAYO, A. (Dirs.) (2010): *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Barcelona: Huygens.

BROWNLIE, I. (2008): *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, séptima edición.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. y NAVARRO BATISTA, N. (1999): *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

CEBADA ROMERO, A. (2008): *La Unión Europea: ¿Una acción exterior inteligente?* Madrid: Iustel.

CHUECA SANCHO, A. G. (1998): *La expulsión de los extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido.

DAUVERGNE, C. (2008): *Making People Illegal. What Globalization Means for Migration and Law?* Cambridge: Cambridge University Press.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (2006): *Derecho comunitario de la inmigración*. Barcelona: Atelier.

FOURLANOS, G (1986): *Sovereignty and the Ingress of Aliens*. Estocolmo: Almqvist & Wiksell International.

GHOSH, B. (Ed.) (2000): *Managing Migration. Time for a New International Regime?* Oxford: Oxford University Press.

GOODWIN-GILL, G. S. (1978): *International Law and the Movement of Persons between States*. Oxford: Clarendon Press.

KALDOR, M. (2007): *Human Security*. Cambridge: Polity Press.

LAMBERT, H. (2007): *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Estrasburgo: Servicio de Publicaciones del Consejo de Europa.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (2005): *Derecho Internacional Público. Parte General*. Madrid: Trotta.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. y CEBADA ROMERO, A. (Dirs.) (2009): *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*. Madrid: Iustel.

RAMCHARAN, B. G. (2002): *Human Rights and Human Security*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.

REMIRO BROTONS, A. (et alii) (2007): *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SENDEN, L. (2004): *Soft Law in European Community Law*. Oxford: Hart Publishing.

SPIJKERBOER, Th. (2000): *Gender and Refugee Status*. Dartmouth: Ashgate.

STALFORD, H. (et alii) (2009): *Gender and Migration in 21st Century*. Darmouth: Ashgate.

Von TIGERSTROM, B. (2007): *Human Security and International Law*. Oxford: Oxford University Press.

VACAS FERNÁNDEZ, F. (2007): *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios: contexto, marco jurídico y contenido*. Madrid: Dykinson.

Publicaciones periódicas y colaboraciones en obras colectivas

ABI SAAB, G. (2003): *Eloge du «droit assourdi». Quelques reflexions sur le role du soft law en droit international contemporain*. En: AAVV: "Nuoveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux". Bruselas: Bruylant, pp. 59-68.

ABBOT, K. W. y SNIDAL, D. (2000): *Hard and Soft Law in International Governance*. International Organizations, volumen 54, número 3, pp. 421-456.

AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A. G. (2004): *El novísimo derecho humano a migrar*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 5, pp. 291-292.

ALEINIKOFF, T. A. (2007): *International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture*. En: CHELOWINSKI, R. (et alii): "International Migration Law". La Haya: Asser Press, pp. 467-479.

ARENAS HIDALGO, N. (2008): *La "violencia doméstica" y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y práctica española*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 17, pp. 59-102.

BADER, V. (2005): *The Ethics of Immigration*. Constellations, volumen 12, número 3, pp. 331-361.

BADÍA MARTÍ, A. (2005): *Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. En: PÉREZ VERA, E. y RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: "Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carillo Salcedo". Sevilla: Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, pp. 177-197.

BALDACCINI, A. (2009): *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*. European Journal of Migration and Law, volumen 11, pp. 1-17.

BAQUERO CRUZ, J. (2004): *El Auto Dem'Yanenko: expulsión de ciudadanos de terceros Estados y TJCE*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 19, pp. 935-950.

BARNES, R. (2004): *Refugee Law at Sea*. ICLQ, volumen 53, pp. 47-77.

DE BOECK, Ch. (1927): *L'expulsion et les difficultés internationales que'en souève la pratique*. RCADI, volumen 3, pp. 443-650.

BLANC, H. (1991): *Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe*. RMC, número 351, pp. 722-726.

BOELES, P. (2001): *Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?* European Journal of Migration and Law, volumen 3, número 1, pp. 61-71.

BONET PÉREZ, J. (2006): *La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (Coord.): *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las Migraciones*. Madrid: Los Libros de la Catarata, pp. 92-131.

BOZA MARTÍNEZ, D. (2006): *El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, número 11, pp. 25-39.

BROCK, G. (2010): *Migration and global justice: Realistic options for here and now*. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.opendemocracy.net/gillian-brock/migration-and-global-justice-realistic-options-for-here-and-now> (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).

CARENS, J. H. (2002): *Inmigración y justicia: ¿A quién dejamos pasar?* Isegoría, número 26, pp. 5-27.

CARRERA, S. (2008): *The EU Border Management Strategy. FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands*. Documento de Trabajo del CEPS número 216. <http://www.ceps.eu> (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).

CHINKIN, C. M. (1989): *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*. *International and Comparative Law Quarterly*, volumen 38, pp. 850-965.

CHOLEWINSKI, R. (2002): *Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right?* *European Journal of Migration and Law*, volumen 4, pp. 271-290.

CHUECA SANCHO, A. G. (2002): *El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros*. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, número 1, pp. 9-36.
- (2005): *La Comisión de Derecho Internacional examina el tema: "Expulsión de los extranjeros"*. *REDI*, volumen LVII, número 2, pp. 1110-1112.

CURTIN, D. y DEKKER, I. (1999): *The EU as a "Layered" International Organization: Institutional Unity in Disguise*. En: CRAIG, P. P. y DE BURCA, G.: "The Evolution of EU Law". Oxford: Oxford University Press, pp. 83-117.

DAUTRICOURT, C. (2009): *Justice, liberté et sécurité: arrêt "Elgafaji" (Arrêt dy 17 février 2009, affaire C-465/07)*. [Revue du droit de l'Union Européenne](#), número 2, pp. 338-346.

EINARSEN, T. (1995): *Discrimination and Consequences for the Position of Aliens*. *Nordic Journal of International Law*, volumen 64, pp. 429-452.

FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2009): *La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 33, pp. 453-499.

FERNHOUT, R. (1996): *Justice and Home Affairs: Immigration and Asylum Policy: From JHA cooperation to communitarisation*. En: WINTER, J. et alii (Eds.): "Reforming the Treaty of the European Union. The Legal Debate". La Haya: T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law International, pp. 377-399.

FREEMAN, M. (2007): *Article 3. The Best Interests of the Child*. En: ALLEN, A., VANDE LANOTTE, J., VERHELLEN, E., ANG, F., BERGHMANS, E. y VERHEYDE, M. (Eds.): "A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child". Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

GALLAGHER, A. (2001): *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*. *Human Rights Quarterly*, volumen 23, pp. 975-1005.

GIL-BAZO, M. T. (2006): *The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited*. *International Journal of Refugee Law*, volumen 18, número 3-4, p. 572.

GOODWIN-GILL, G. (1986): *Non-refoulement and the new Asylum Seekers*. *Virginia Journal of International Law*, volumen 26, pp. 897-918.

- (1989): *The Language of Protection*. International Journal of Refugee Law, volumen 1, número 1, pp. 6-19.
- (2000): *Migration: International Law and Human Rights*. In: GHOSH, B. (Ed.): "Managing Migration. Time for a New International Regime?" Oxford: Oxford University Press, pp. 160-189.
- (2008): *Forced Migration: Refugees, Rights and Security*. En: MCADAM, J. (Ed.): "Forced Migration, Human Rights and Security". Oxford: Hart Publishing, pp. 1-18.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (1998): *La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 4, pp. 501-545.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A. (2005): *En torno a los otros europeos: Derecho Internacional y Derecho europeo ante la inmigración*. En: HIDALGO TUÑÓN, A. y GARCÍA FERNÁNDEZ, R.: "Ética, pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 25". Oviedo: Eikasía Ediciones, Instituto de Estudios para la Paz y la Cooperación, pp. 103-141.
- (2006): *¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, número 14. <http://www.uv.es/CEFD> (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).
- HAILBRONNER, K. (1998): *Immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty*. CMLRev, número 5, pp. 1047-1067.
- HATHAWAY, J. C. y NEVE, R. A. (1997): *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*. Harvard Human Rights Journal, volumen 10, pp. 115-211.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, A. (2003): *La inmigración en Europa: flujos, tendencias y política*. En: IZQUIERDO ESCRIBANO, A. (Ed.): "Inmigración: mercado de trabajo y protección social en España". Madrid: Consejo Económico Social, pp. 11-44.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (2002): *La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 13, pp. 857-894.
- DE LUCAS, J. (2003): *Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado*. Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, pp. 23-52.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (1995): *Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional*. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. et alii: "Derecho de extranjería, asilo y refugio". Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 109-126.
- (2002): *La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho europeo*. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (Ed.): "El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa". Madrid: Trotta, pp. 463-482.
- (2008): *La responsabilidad de proteger*. Tiempo de Paz, número 90, pp. 79-83.
- MARTIN, D. (2008): *La Cour de justice et le droit au regroupement familial: trop ou trop peu!* Revue trimestrielle des droits de l'homme, pp. 595-609.
- MARTUCCI, F. (2009): *La Directive "retour": la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*. Revue Trimestrielle de Droit Européen, volumen 45, número 1, pp. 47-67.
- MÜLLER-GRAFF, P. Ch. (1994): *The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty*. CMLRev., 1994, número 3, pp. 493-510.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2005): *Family Reunification*. OHCHR Migration Papers, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/disc-papers.htm> (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).

- (2006): *Expulsions of aliens in international human rights law*. OHCHR Migration Papers, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/disc-papers.htm> (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).
- O'KEEFFE, D. (1996): *A critical view of the third pillar*. En: PAULY, A. *et alii* (Eds.): "De Schengen a Maastricht: voie royale et course d'obstacles". Maastricht: EIPA, pp. 1-16.
- OLESTI RAYO, A. (2005): *La inmigración irregular y el control de flujos migratorios en la Unión Europea*. En: VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRIAS, A. (Coords.): "Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al Profesor Juan Antonio Carillo Salcedo", volumen 2. Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 943-964.
- OOSTEROM-STAPLES, H. (2007): *The Family Reunification Directive: A Tool Preserving Member State Interest or Conducive to Family Unity?* En: BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H.: "Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy". Oxford, Hart Publishing, pp. 451-488.
- PEERS, S (2007): *The Jurisdiction of the Court of Justice Over EC Immigration and Asylum Law: Time For a Change?* En: BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H.: "Whose Freedom, Security and Justice. EU Immigration and Asylum Law and Policy". Oxford: Hart Publishing, pp. 85-108.
- PEÑA, L. (2002): *El derecho de extranjería en los ordenamientos constitucionales*. Isegoría, número 26, pp. 181-217. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/36> (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).
- PERAL FERNÁNDEZ, L. (2006): [Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas](#). Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 11, www.reei.org (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).
- (2011): *Mass Exodus and the Responsibility to Protect under International and European Law. The Case of Libya*. ISS Analysis, http://www.iss.europa.eu/uploads/media/Mass_exodus.pdf (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2006): *El codesarrollo como elemento de la cooperación en materia migratoria en el espacio iberoamericano*. En: ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y SOBRINO HEREDIA, J. M. (Coord.): "Migraciones y Desarrollo". Actas de las II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales celebradas en Montevideo los días 25, 26 y 27 de octubre de 2006. Madrid: Marcial Pons, pp. 273-283.
- (2006): *Aportaciones del Informe de la Comisión Global de las Naciones Unidas sobre las Migraciones Internacionales a la cooperación institucionalizada*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 11, www.reei.org (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).
- (2008): *Algunas consideraciones sobre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea en materia de gestión de los flujos migratorios por motivos laborales*. En: BALADOS RUIZ-GALLEGOS, M. (Dir.): "Inmigración, Estado y Derecho". Barcelona: Bosch, pp. 1025-1039.
- (2009): *La cooperación entre España, Marruecos y Senegal en materia de prevención de la emigración de menores no acompañados, su protección y retorno al país de origen*. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (Coord.): "La aplicación del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos en el Derecho español". Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 2009, pp. 141-142.

- (2010): *La expulsión de los extranjeros en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 20, www.reei.org (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).

- (2011): *Terrorismo y exclusión del estatuto de refugiado: un análisis a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto B. y D. contra República Federal de Alemania*. Revista General de Derecho Europeo, 2011, número 23, 29 p.

PÉREZ SOLA, N. (2008): *La Directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos*. Revista de Estudios Jurídicos, número 8, pp. 241-256.

PÉREZ-PRAT DURBAN, L. (2007): *Inmigración y Derecho Internacional: ¿un acuerdo imposible?* Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, volumen VII, pp. 138-164.

PHUONG, C. (2007): *Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law*. European Journal of Migration and Law, volumen 9, pp. 105-125.

RAMÓN CHORNET, C. (2002): *Nuevos conflictos: nuevos riesgos para la seguridad humana*. En: RAMÓN CHORNET, C.: "El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados". Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 355-370.

- (2010): *Sobre el sentido y función del codesarrollo en la acción exterior*. En: LACOMBA, J. y FALOMIR, F.: "De las migraciones como problema a las migraciones como oportunidad: codesarrollo y movimientos migratorios". Madrid: Los Libros de la Catarata, pp. 255-264.

RIGAUX, F. (2000): *L'immigration: Droit International et droits fondamentaux*. En: "Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert". Bruselas: Buylant, pp. 693-722.

RUBIO FERNÁNDEZ, E. V. (2010): *Crónica de codificación internacional: la labor de la Comisión de Derecho Internacional (60ª y 61ª sesiones) (62ª sesión: avance)*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, número 19, www.reei.org (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).

SHELTON, D. (2000): *Law, Non-Law and the Problem of Soft Law*. En: Shelton, D. (Ed.): "Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System". Oxford: Oxford University Press, pp. 1-18.

SHERLOCK, A. (1998): *Deportation of Aliens and Article 8 ECHR*. European Law Review, volumen 23, pp. 62-75.

STOREY, H. (1990): *The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg*. ICLQ, volumen 39, pp. 328-344.

THYM, D. (2008): *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?* ICLQ, volumen 57, pp. 87-112.

TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2010): *Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los menores extranjeros separados o no acompañados*. En: ALDECOA LUZÁRRAFA, F. y FERNER DELAYGUA, J. J. (Dirs.): "La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del

Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño". Madrid, Barcelona, Buenos Aires: AEPDIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, pp. 239-274.

VAN SELM, J. y COOPER, B. (2006): *The New "Boat People": Ensuring Safety and Determining Status*. Migration Policy Institute Working Paper: www.mpi.org (fecha de consulta: 17 de junio de 2011).

VERDROSS, A. (1931): *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*. La Haya: RCADI, volumen 37, número III, pp. 323-412.

WEILER, J. H. H. (1992): *Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC National - A Critique*. EJIL, volumen 3, pp. 65-91.

ABREVIATURAS:

AEDF Agencia Europea de Derechos Fundamentales

ACNUR Alto Comisionado de las NNUU para los Refugiados

AGNU Asamblea General de NNUU

c. Contra

CDH Comité de Derechos Humanos

CDI Comisión de Derecho Internacional

CDN Convención sobre los Derechos del Niño

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIJ Corte Internacional de Justicia

Cit. Citado/a

CMLRw Common Market Law Review

CPT Comité Europeo para la Prevención de la Tortura

DUDH Declaración Universal de Derechos Humanos

DIDH Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DO Diario Oficial de la UE

EJIL European Journal of International Law

FRONTEX Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE

ICLQ International and Comparative Law Quarterly

IDI Instituto de Derecho Internacional

JAI Justicia y Asuntos de Interior

LO Ley Orgánica

LOEX Ley Orgánica de Extranjería

NNUU Organización de las Naciones Unidas

OIM Organización Internacional para las Migraciones

OIT Organización Internacional del Trabajo

OMI Organización Marítima Internacional

ONG's Organizaciones no Gubernamentales

p./pp. Página/s

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PNUD Programa de NNUU para el Desarrollo

REDI Revista Española de Derecho Internacional

RMC Revue du marché Commun

SAR Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos

SOLAS Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar
TC Tribunal Constitucional
TCE Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE Tratado de Funcionamiento de la UE
TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE Tribunal de Justicia de la UE
Tol Tirant on line
TS Tribunal Supremo español
TUE Tratado de la UE
UE Unión Europea