

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS REFUGIADOS Y LOS MIGRANTES Y EL DERECHO HUMANO A LA PAZ

José Antonio Musso

Universidad Católica de Santiago del Estero (Argentina) – ReFEPAZ

 ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-4372-0855>

1. Introducción

Si bien constituyen dos grupos distintos que se rigen por marcos jurídicos separados, los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales, como recuerda el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. El derecho internacional de los refugiados brinda una protección internacional específica a quienes pueden obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado y el Pacto Mundial, aprobado en Marruecos el 11 de diciembre de 2018 y que la Asamblea General hizo suyo mediante resolución 73/195, propone un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones, no vinculante jurídicamente y basado en los compromisos acordados en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes¹.

La Convención Internacional sobre la Protección de los

1 Aprobada por resolución 71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de septiembre de 2016.

Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), aplicable (“salvo cuando en ella se disponga otra cosa”) a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por los motivos mencionados en el artículo 1.1 “o cualquier otra condición”, durante todo el proceso de migración, nos recuerda en su preámbulo la situación de vulnerabilidad en que frecuentemente se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades que aparecen en razón de su presencia en el Estado de empleo.

Diversos informes muestran las piedras en el camino de la migración internacional y lo que se debe hacer para que las obligaciones que derivan de los instrumentos internacionales y regionales aplicables, y los compromisos asumidos en los marcos de cooperación existentes, se cumplan de manera plena y efectiva en beneficio de todas las personas que, de manera voluntaria o forzada, emprenden ese camino y de las comunidades de acogida.

En este trabajo se examinará el contenido de tales informes e instrumentos, además de considerarse los criterios establecidos en ciertas opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de mostrar los principales problemas que afectan a refugiados y migrantes, la necesidad imperiosa e impostergable de respetar sus derechos humanos en todas las circunstancias y la relación entre la protección de esos derechos y el derecho humano a la paz. Los antecedentes del período 2014–2022 serán analizados siguiendo un orden cronológico, abordándose luego los proyectos sobre el derecho humano a la paz impulsados por la

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH): la Declaración de Luarca (2006), la Declaración de Santiago (2010) y los proyectos de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz de 2019 y 2023.

2. Principios y Directrices del ACNUDH

Los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) acompañan el informe del Secretario General sobre la protección de los migrantes², presentado en el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General.

Tales Principios son los siguientes: a) la primacía de los derechos humanos, que constituirán el núcleo de todas las medidas de gobernanza de fronteras; b) no discriminación; c) asistencia y protección contra cualquier daño. Los Estados respetarán, promoverán y harán efectivos los derechos humanos allí donde ejerzan jurisdicción o control efectivo, aun en lugares ubicados fuera de su territorio. La privatización de las funciones de gobernanza de fronteras no evita ni disminuye las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Además, los Estados garantizarán que todas las medidas de gobernanza de fronteras protejan el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluido el propio, y el derecho a entrar en su propio país, y garantizarán que las medidas relativas a la migración irregular y para luchar contra la delincuencia organi-

² Doc. A/69/277, de 7 de agosto de 2014.

zada transnacional en las fronteras internacionales no afecten adversamente al goce de los derechos humanos de las personas que migran ni a su dignidad. El derecho al debido proceso de todas los migrantes, con independencia de su situación, se respetará y protegerá en todos los ámbitos en que el Estado ejerza su jurisdicción o control efectivo, lo que incluye el derecho a un examen individual, el derecho a un recurso judicial efectivo y el derecho a interponer recursos de apelación.

El interés superior del niño será una consideración primordial respecto de todos los niños que se encuentren en las fronteras internacionales, con independencia de su situación migratoria o la de sus padres.

Los Estados se asegurarán de que todas las medidas de gobernanza de fronteras que adopten, incluidas las destinadas a abordar la migración irregular y a luchar contra la delincuencia organizada transnacional, se ajusten al principio de no devolución y a la prohibición de las expulsiones arbitrarias y colectivas.

La Directriz 1 insta a los Estados y otros actores pertinentes a realizar campañas informativas y a los medios de comunicación a evitar los mensajes estigmatizantes, xenófobos, racistas, alarmistas o inexactos. Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales o la sociedad civil deberían llevar a cabo programas para mejorar el conocimiento sobre la migración y abordar las percepciones negativas sobre los migrantes a fin de protegerlos de la xenofobia, la violencia y la discriminación en las fronteras internacionales, y asegurar que la terminología utilizada en la legislación, las políticas y la práctica sea compatible con las normas internacionales sobre

derechos humanos. La resolución 3449 de la Asamblea General, de 1975, señala que el término “ilegal” no debe ser usado en referencia a los migrantes en situación irregular.

Según la Directriz 2, sobre marco jurídico y normativo, debería armonizarse la legislación nacional con el derecho internacional de los derechos humanos para asegurar que los derechos humanos se respeten, protejan y hagan efectivos en todas las medidas de gobernanza de fronteras y en los encuentros con migrantes en las fronteras internacionales. Adoptar legislación o modificarla para garantizar que la entrada irregular, el intento de entrar de manera irregular o la estancia irregular no se consideren delitos penales, ya que el cruce de fronteras es una cuestión administrativa, hace parte de la no penalización recomendada en la Directriz, así como adoptar legislación o modificar la existente para garantizar que los particulares, incluidos los capitanes de buques, que realicen rescates de migrantes en peligro no sean penalizados o criminalizados por hacerlo.

La Directriz 3 procura que las autoridades de fronteras tengan la formación, la capacidad y los recursos adecuados para realizar sus tareas de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos.

La Directriz 4 responde a la finalidad de garantizar los derechos humanos en los rescates e interceptaciones formando a las autoridades responsables, como los funcionarios de la guardia costera, para que cumplan la obligación de tener como primera prioridad la eliminación de los peligros inminentes y para que garanticen los derechos humanos, la seguridad y la dignidad de todas las personas rescatadas. Hay que sensibilizar

a las autoridades de fronteras sobre el carácter prioritario de su obligación de proteger los derechos humanos.

El propósito de la Directriz 5 es proporcionar asistencia inmediata en caso necesario, incluso en los lugares de rescate, interceptación o desembarco, en el caso de los migrantes que hayan viajado por mar, o cerca de estos lugares, debiendo la asistencia incluir, en particular, atención médica, agua y comida adecuadas, mantas, ropa, artículos de uso sanitario y la oportunidad de descansar. Y el personal consular debería estar capacitado para prestar asistencia a sus nacionales en las fronteras internacionales³.

En cuanto a los procesos de examen y entrevistas, la Directriz 6 hace hincapié en el respeto del derecho a la privacidad y en que la recopilación de datos en las fronteras (en particular los datos biométricos) sea proporcional a un objetivo legítimo y tenga lugar de manera legal. Es necesario que los datos sean precisos, estén actualizados y se almacenen por un tiempo limitado, eliminándose de manera segura. Debería derogarse cualquier restricción de entrada impuesta por motivos discriminatorios y prohibirse los exámenes físicos en las fronteras dirigidos a determinar, entre otras cosas, la orientación sexual o la identidad de género con el fin de aplicar restricciones de entrada. Cualquier examen físico de salud relacionado con restricciones de entrada o estancia, incluidas las pruebas para la detección de enfermedades transmisibles, debe cumplir

³ A la asistencia y protección consular se refieren los párrafos 63 a 65 de la observación general N° 5 del Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares.

las normas de derechos humanos. Obtener el consentimiento informado, proporcionar asesoramiento adecuado previo y posterior a la prueba y proteger la confidencialidad hacen al respeto de los derechos humanos, lo mismo que informar en forma verbal y por escrito a quienes se les haya negado la entrada sobre las razones de su exclusión y su derecho a impugnarla ante un tribunal u otra autoridad independiente y efectiva.

La Directriz 7 se refiere a la identificación y remisión de los migrantes que puedan estar en situación de particular riesgo en las fronteras internacionales, donde deberían estar presentes, entre otros, intérpretes competentes, intérpretes de lenguaje de señas, asistentes jurídicos, proveedores de servicios de salud y tutores de niños separados. Se recomienda crear unidades o listas de expertos en derechos humanos que puedan ayudar en la identificación de los migrantes en situación de particular riesgo en las fronteras internacionales y en su remisión a las autoridades responsables.

Evitar la detención es el objetivo de la Directriz 8. Deberían contemplarse alternativas a esa medida que sean conformes con los derechos humanos, para que la detención sea un último recurso a utilizar únicamente tras la consideración de otras alternativas menos restrictivas y cuando estas se hayan considerado inadecuadas para lograr fines legítimos. La autorización y la supervisión judicial son garantías a observar en la detención, junto con la posibilidad de interponer un recurso y obtener asistencia jurídica para resguardar la legalidad, proporcionalidad y necesidad de cualquier privación de libertad y revisar periódicamente la necesidad y proporcionalidad de

la detención continuada. Se recomienda derogar cualquier disposición legal que permita de manera explícita o implícita la detención indefinida y garantizar que nunca se detenga a niños a causa de su situación migratoria o la de sus padres, o de su entrada o estancia irregular.

En materia de retorno o expulsión, la Directriz 9 tiende a garantizar que los retornos desde todos los lugares donde el Estado ejerce su jurisdicción o control efectivo, incluidos aquellos fuera de su territorio, solo se lleven a cabo de conformidad con el derecho internacional y con las debidas garantías procesales. Las expulsiones arbitrarias o colectivas que violen el principio de no devolución y/o la prohibición de la expulsión colectiva deberían estar estrictamente prohibidas, y es preciso que los migrantes entiendan claramente las razones en que se basan las órdenes de expulsión, los recursos disponibles contra su validez, los plazos razonables para impugnarlas, así como otra información relevante, así como permitir los recursos contra las órdenes de expulsión cuando existan motivos fundados para creer que un migrante podría estar expuesto a riesgos de graves violaciones de los derechos humanos (como tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o persecución) si es repatriado, readmitido o sujeto a posterior retorno a un lugar donde podría estar expuesto a tales riesgos.

La Directriz 10 impulsa la firma, ratificación y aplicación de los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos⁴, de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967

⁴ Como tales se enumeran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la

sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apátrida, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos complementarios sobre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, así como las normas de la OIT relativas a la protección de los trabajadores migrantes, a fin de ampliar las bases para la cooperación internacional de conformidad con los derechos humanos. Los instrumentos y directrices internacionales sobre el tratamiento de las personas rescatadas en el mar también figuran entre los marcos de cooperación.

3. Informes de 2016

a) Los antecedentes y recomendaciones que sirvieron como preparativo para la reunión plenaria de alto nivel sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes que se celebró el 19 de septiembre de 2016, y cuyo documento final es la Declaración de Nueva York, constan en el informe del Secretario General titulado “En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamien-

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

tos de refugiados y migrantes”⁵, el cual comienza evocando imágenes que constantemente recorren el mundo: embarcaciones precarias cargadas de personas, “mujeres, hombres y niños ahogados en su intento de escapar de la violencia y la pobreza”, vallas erigidas en fronteras que antes solían cruzarse libremente, etc., y más adelante recuerda que “la migración voluntaria y los desplazamientos forzados han estado ligados a la condición humana a lo largo de la historia”.

Luego predice que los grandes desplazamientos de población continuarán o aumentarán como consecuencia de los conflictos violentos, la pobreza, la desigualdad, el cambio climático y otros factores. Las personas se desplazan por diversos motivos, como estudiar en el extranjero, reunirse con la familia, buscar empleo o medios de sustento, o un futuro mejor para sus hijos. Otros abandonan su país huyendo de la delincuencia, la violencia, los conflictos, la persecución, la inseguridad, la discriminación, los desastres, la degradación ambiental, la pobreza. “La migración cumple un cometido esencial en el crecimiento económico y el desarrollo, entre otras cosas, supliendo la falta de mano de obra a todos los niveles de cualificación”; en definitiva, “el efecto de la migración es sumamente positivo, tanto para los países de origen como para los países receptores”, remarca el párrafo 9 del informe, subrayando de paso que, en la Declaración de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, la Asamblea General reconoce que la movilidad humana es un factor clave para el desarrollo⁶.

5 Doc. A/70/59, de 21 de abril de 2016.

6 Resolución 68/4, de 3 de octubre de 2013,

La creciente integración de los mercados laborales y la reducción de los costos de transporte, así como la existencia de redes sociales, de información y de comunicación consolidadas, son factores que fomentan la movilidad. También hace notar el informe que las remesas que envían los migrantes alivian la pobreza y, a su regreso, ellos aportan nuevos conocimientos a sus comunidades y contribuyen al crecimiento económico, aunque, al mismo tiempo, la migración a gran escala, si supone la pérdida de los miembros más jóvenes y económicamente más dinámicos de la población, “impone costos a los países en desarrollo”.

Si bien el grueso de la migración internacional se debe a factores económicos, en el caso de los refugiados “los conflictos, la violencia, las persecuciones, la represión política y otras violaciones graves de los derechos humanos se cuentan entre las causas principales de los desplazamientos”. Aquí aparece la distinción entre migrantes y refugiados. Cabe preguntarse entonces a quiénes se aplica este último concepto.

Según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (art. 1) y su Protocolo de 1967, el término “refugiado” se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de esos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y encontrándose “fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. El artículo 1 de la Convención por la que se Regulan los Aspectos

Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (1969) hace extensiva la definición a los que huyen de una agresión, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público, mientras que la Declaración de Cartagena (1984) amplía el concepto original para abarcar a las personas que huyen de sus países “porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

Volviendo al informe antes mencionado, otro párrafo describe que al no haber vías suficientes para el traslado a otros países en condiciones de seguridad, de forma ordenada y por cauces regulares, los refugiados y los migrantes “se ven forzados a entregar sus ahorros y poner sus vidas en manos de las redes delictivas para cruzar las fronteras internacionales”, enfrentándose a condiciones peligrosas y abusos de los derechos humanos a lo largo de las rutas terrestres, ya sea a través del Sahel, de América Central o de los pasos montañosos de Asia. Los niños, tanto los que viajan solos como los acompañados de su familia, corren un riesgo especial durante esos viajes, como las embarazadas, las personas mayores y las personas con discapacidad, y es elevado el riesgo de violencia sexual y por razón del género.

A su llegada a las fronteras, pueden tener problemas para acceder a procedimientos individuales justos y eficaces para determinar la concesión del estatuto de refugiado, y en algunos países se los detiene, a veces durante períodos prolongados y en malas condiciones, sin medios para hacer valer sus dere-

chos. Los Estados receptores quedan con frecuencia librados a sus propios medios ante una afluencia masiva, incluso la responsabilidad por los recién llegados recae en el primer país de llegada.

La preocupación ante la tendencia a levantar muros y vallas en respuesta a los grandes flujos migratorios y la tendencia a tratar la migración irregular como si fuera delito penal queda igualmente expuesta en el informe.

b) El informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes presentado en 2016 de conformidad con la resolución 70/147 de la Asamblea General⁷ respondió al propósito de formular propuestas para la elaboración del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

Allí se denuncia que colocar barreras entre los factores de expulsión y los factores de atracción (la reunificación familiar, entre otros) no produce el resultado de prevenir la movilidad, y que la militarización del control de las fronteras, que incluye devoluciones en caliente en tierra y mar, crea sufrimientos innecesarios y genera violaciones de los derechos humanos. Se pone de resalto además que no hay que perder de vista el carácter inocuo de la inmensa mayoría de los migrantes y que la única manera de reducir eficazmente la posibilidad de que acudan a soluciones de movilidad irregulares es ofrecerles soluciones de movilidad más accesibles, regulares, seguras y asequibles.

El párrafo 21 propone un cambio fundamental en la manera de percibir la migración, que en sí misma no es un delito

⁷ Doc. A/71/285, de 4 de agosto de 2016.

ni un problema y puede ser una solución. La gobernanza de la migración no consiste en cerrar las fronteras, manteniendo a las personas fuera, sino en regular la movilidad. En lugar de restringir la migración mediante las devoluciones en caliente⁸, la interceptación y la detención, hay que asumir una actitud de reducción del daño, que debilita a las organizaciones delictivas responsables del tráfico de migrantes, tiene en cuenta la preocupación estatal por la seguridad y, en definitiva, reduce el sufrimiento y salva vidas.

Entendiendo que el lenguaje es importante y que su modificación contribuye a modificar las percepciones, es preferible usar el término “movilidad” en reemplazo de “migración”, porque “abarca mejor la idea de permitir que las personas entren, salgan y regresen, en función de sus oportunidades de trabajo y sus decisiones personales” (párr. 26). Sin perjuicio de ello, no cabe emplear como sinónimos ambos términos, pues “la migración es parte constitutiva de la movilidad humana” (Freidenberg y Sassone, 2018, p. 50).

Los Estados deben reconocer que los derechos humanos

8 A falta de una definición acordada internacionalmente del término “devoluciones en caliente”, el Relator Especial señala que se trata de diversas medidas adoptadas por los Estados, en cuya aplicación en ocasiones intervienen terceros países o actores no estatales, que dan lugar a que los migrantes, incluidos los solicitantes de asilo, se vean sumariamente obligados a retornar, sin que se haya realizado una evaluación individual de sus necesidades de protección de los derechos humanos, al país o al territorio, o al mar, ya sean aguas territoriales o internacionales, desde donde intentaron cruzar o cruzaron una frontera internacional. Véase Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar (A/HRC/47/30), párr. 34.

son para todas las personas y tratar a los migrantes “como titulares iguales de derechos, independientemente de su condición de migrantes respecto del territorio soberano en el que se encuentren”. Cuando se los considera de ese modo la consecuencia natural es la obligación de protegerlos en todas las etapas del proceso de migración. Es contraproducente calificarlos como “ilegales”, además de no encontrar respaldo en el derecho internacional. Aunque los que llegan al país de destino sin documentos puedan estar en una “situación irregular”, no han cometido acto delictivo alguno, y hay que tener en cuenta que el concepto de que los migrantes irregulares son “ilegales” ha contribuido a su percepción como delincuentes y a la práctica de su detención. Ha repercutido también en la percepción de los migrantes por el público en general, legitimando políticas que no garantizan los derechos humanos y favoreciendo la xenofobia, la discriminación y la violencia⁹.

A propósito de esta cuestión, vale recordar que el mito de la ilegalidad de las personas migrantes tiene al menos cinco efectos perversos sobre la percepción social de la migración: 1) despersonaliza al migrante, “fundiéndolo en un grupo que se pretende homogéneo”; 2) criminaliza a esa persona sin examinar sus actos; 3) convierte al indocumentado en enemigo público, origen de importantes males sociales; 4) transforma en cómplices a quienes no denuncian esa situación o incluso a quienes prestan ayuda humanitaria; 5) como *modus operandi* se busca la expulsión colectiva de ese grupo (Chueca Sancho, 2010, p. 331).

9 Párrafos 30 y 31 del informe.

La idea común de que los migrantes son “ladrones de trabajo” es otro estereotipo pernicioso. En realidad, complementan a los nacionales en lugar de competir con ellos, y crean una mayor productividad general dentro de la economía. Del mismo modo, analizar la migración como una “carga” y centrarse en la necesidad de repartir esa carga legitima una mayor protección de las fronteras y fomenta las actitudes públicas negativas. En cambio, al reconocer que los migrantes son seres humanos con derechos los Estados deben hablar del reparto de una “responsabilidad” y considerar los costos de acoger a refugiados y migrantes como una inversión, no como un gasto. “Todos los estudios muestran que el rendimiento de la inversión merece la pena”, concluye el párrafo 34 del informe.

La resolución 73/151 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 2018, unifica criterios al pedir un reparto más equitativo de la carga y la responsabilidad de acoger y apoyar a los refugiados del mundo. Por lo demás, el preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados admite que “la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países”, por lo que la solución de los problemas que derivan de esa situación no se puede lograr sin solidaridad internacional.

4. Informe del ACNUDH y Pacto Mundial sobre los Refugiados

a) El informe “Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad” fue presentado en 2018 por el ACNUDH en cumplimiento de la resolución 35/17 del Conse-

jo de Derechos Humanos. La adición al informe contiene 20 principios y sus correspondientes directrices acompañadas de anotaciones¹⁰.

Los principios y directrices se centran en la situación de los derechos humanos de los migrantes que pueden no considerarse refugiados en virtud de los instrumentos internacionales aplicables pero que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y, por ende, necesitan la protección del marco internacional de derechos humanos.

Las situaciones de vulnerabilidad surgen de factores que pueden converger o coexistir, influirse o exacerbarse entre sí y también evolucionar y cambiar con el tiempo, a medida que cambian las circunstancias. Los “migrantes en situación de vulnerabilidad” son “personas que no pueden gozar de manera efectiva de sus derechos humanos, que corren un mayor riesgo de sufrir vulneraciones y abusos y que, por consiguiente, tienen derecho a reclamar una mayor protección a los garantes de derechos”, aclara el párrafo 12.

Los factores que generan vulnerabilidad pueden motivar que el migrante abandone el país de origen, pueden darse durante el tránsito o en el país de destino, con prescindencia de que el desplazamiento inicial haya sido elegido libremente, o pueden guardar relación con la identidad, la condición o las circunstancias de la persona migrante. La vulnerabilidad en este contexto debe entenderse como una realidad situacional y a la vez personal; en cualquier caso, los migrantes no son intrínsecamente vulnerables, sino que la vulnerabilidad “es el

10 Doc. A/HRC/37/34/Add.1, de 3 de enero de 2018.

resultado de múltiples formas de discriminación interrelacionadas, de la desigualdad y de dinámicas estructurales y sociales que imponen límites y desequilibrios en los niveles de poder y de disfrute de los derechos". Para asegurar que todos los migrantes obtengan una protección adecuada de sus derechos, es necesario abordar la situación de cada persona de manera individual (párr. 13).

Entre las situaciones de vulnerabilidad relacionadas con las razones para abandonar el país de origen pueden mencionarse la pobreza extrema, los desastres naturales, el cambio climático y la degradación ambiental, las desigualdades de género, la separación de la familia y la falta de acceso a la educación, la salud, el trabajo digno o los alimentos y el agua.

De las situaciones de vulnerabilidad relacionadas con las circunstancias a las que se enfrentan durante su viaje y en el país de destino hay mucho que decir. Los migrantes suelen verse obligados a utilizar formas peligrosas de transporte o a viajar en condiciones de riesgo. Muchas personas recurrirán a traficantes u otro tipo de facilitadores, que pueden someterlas a explotación u otras formas de abuso, y es posible que algunas de ellas corran el riesgo de ser víctimas de trata mientras están en tránsito. Durante su viaje los migrantes pueden carecer de agua o alimentos suficientes, sufrir violencia o no tener acceso a atención médica. Muchos pasan largos períodos en los países de tránsito, a menudo en situación irregular y en condiciones precarias, sin la posibilidad de acceder a la justicia y expuestos al riesgo de violaciones de sus derechos humanos, riesgo que es inherente también a prácticas como el cierre de fronteras, el rechazo arbitrario en la frontera, la expulsión colectiva, la

violencia de los funcionarios estatales, condiciones de acogida crueles, inhumanas o degradantes y denegación de asistencia humanitaria.

Con respecto a la vulnerabilidad relacionada con la identidad, la condición o las circunstancias de la persona migrante, cabe señalar que durante los desplazamientos algunas personas son objeto de discriminación a causa de su edad, género, origen étnico, raza, nacionalidad, religión, idioma, orientación sexual, identidad de género o situación de residencia, entre otros motivos. La discriminación puede ser por motivos diversos y muchas veces interrelacionados. Aquellos que viven en la pobreza están especialmente expuestos a vulneraciones de sus derechos en el contexto de la migración, en particular como consecuencia de la discriminación por su situación de pobreza, y las mujeres embarazadas o las madres lactantes, las personas con problemas de salud, o con discapacidad, las personas de edad y los niños, entre ellos los no acompañados y separados¹¹, corren especial riesgo.

b) La Parte II del informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) presentado

11 Por “niños separados” se entiende “niños separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes, que no están al cuidado de ningún adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”. En cambio, niños no acompañados “son niños que han sido separados de sus padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”. Los niños pueden quedar en una u otra situación en cualquier momento de su migración. Véase glosario de términos clave en el informe del ACNUDH. Doc. A/HRC/37/34.

en 2018 a la Asamblea General¹² contiene el Pacto Mundial sobre los Refugiados, que no es jurídicamente vinculante pero representa la voluntad política y la ambición de la comunidad internacional en su conjunto de fortalecer la cooperación y la solidaridad con los refugiados y los países de acogida. El Pacto Mundial se basa en los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes, el derecho internacional humanitario y otros instrumentos internacionales, como el Protocolo sobre la Trata de Personas y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus objetivos son los siguientes: a) aliviar las presiones sobre los países de acogida; b) promover la autosuficiencia de los refugiados; c) ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países; d) favorecer en los países de origen condiciones que propicien un retorno seguro y digno. Se busca lograr estos objetivos interrelacionados e interdependientes mediante la movilización de la voluntad política, la ampliación de la base de apoyo y acuerdos que faciliten contribuciones más equitativas, sostenidas y previsibles.

La segunda parte del Pacto es el Marco Integral de Respuesta para los Refugiados (anexo I, resolución 71/1 de la Asamblea General), parte integrante de aquel.

12 Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 12 (A/73/12 (Parte II)).

5. Opiniones consultivas de la Corte IDH

a) En su Opinión Consultiva OC-23/17, de 17 de septiembre de 2003, sobre *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte IDH puntualiza, en los párrafos 112 y 113, que generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, que es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales) y que “conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”; por otro lado, existen también prejuicios culturales que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo.

Al referirse a los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, la Corte transcribe varios párrafos del preámbulo de la Convención de 1990 y subraya que los derechos laborales “surgen necesariamente de la condición de trabajador”, por lo que toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en el Estado de empleo (trabajador migratorio según el artículo 2.1 de la Convención) adquiere inmediatamente tal condición (párr. 133); de este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, incluidos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, los cuales deben ser reconocidos y garantizados,

independientemente de su condición migratoria regular o irregular en el Estado de empleo (párr. 134).

b) La Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, sobre *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, pone énfasis en que los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos que están en juego y, en particular, la protección y desarrollo integral de niños y niñas, que deben primar sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos. Los Estados están obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieran de protección internacional dentro de sus jurisdicciones para proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario.

También se especifican las garantías de debido proceso que deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños, y se afirma que los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de tales personas para cautelar los fines de un proceso migratorio ni pueden fundamentar esa medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que el niño o la niña se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad de la familia, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas, protegiendo al mismo tiempo de forma prioritaria e integral los derechos de que se trata.

c) Para la Corte IDH tanto la Convención Americana,

en su artículo 22.7, como la Declaración Americana, en su artículo XXVII, han cristalizado el derecho a buscar y recibir asilo, “superando el entendimiento histórico de esta institución como una ‘mera prerrogativa estatal’ bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo”, derecho que, en el sistema interamericano, se encuentra configurado como un derecho humano a solicitar y recibir protección internacional en territorio extranjero, que comprende el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, o el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia; además, atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, el Tribunal ha considerado que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas en relación con las personas que reúnen los componentes de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena¹³. El asilo mencionado allí es el territorial, pues el diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana o el artículo XXVII de la Declaración Americana, por lo que debe regirse por las convenciones que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas.

El Tribunal es de opinión que el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la

13 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 25, párrs. 131 y 132.

que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado. El principio de no devolución no solo exige que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas, en los términos de los párrafos 194 a 199 de la Opinión Consultiva OC-25/18.

En el párrafo 196 la Corte sostiene que cuando un extranjero alegue un riesgo en caso de devolución, “las autoridades competentes deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión”, y que el Estado debe realizar un examen individualizado a fin de verificar y evaluar las circunstancias alegadas por la persona que revelen que pueda sufrir un menoscabo en su vida, libertad, seguridad o integridad en el país al cual se pretende devolverla o que, siendo retornada a un tercer país, corra el peligro de ser enviada luego al lugar donde sufre el riesgo de que se trate. “Si su narrativa resulta creíble, convincente o coherente en orden a que puede haber una probable situación de riesgo para ella, debe regir el principio de no devolución”, concluye el Tribunal en este punto, reafirmando lo dicho en el párrafo 221 de la Opinión Consultiva OC-21/14 sobre *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*.

6. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular

También denominado Pacto de Marrakech, se centra en las personas y se basa en el derecho internacional de los derechos humanos. Su aplicación debe asegurar “el respeto, la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración”.

El desarrollo sostenible, la perspectiva de género, la perspectiva infantil y un enfoque que asegure la coherencia normativa horizontal y vertical en todos los sectores y niveles del gobierno son también principios rectores, junto con un enfoque que promueva una amplia colaboración entre múltiples interesados para abordar la migración en todas sus dimensiones mediante la inclusión de los migrantes, las diásporas, las comunidades locales, la sociedad civil, los círculos académicos, el sector privado, los parlamentarios, los sindicatos, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación y otros interesados en la gobernanza migratoria.

La cooperación internacional y la soberanía nacional son otros principios rectores. El Pacto reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y a regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. El conjunto de principios rectores, que son transversales e interdependientes, incluye el estado de derecho y las garantías procesales.

De los objetivos del Pacto Mundial cabe destacar, entre otros, el Objetivo 5 (Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular), el Objetivo 6 (Facilitar la

contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente), el Objetivo 7 (Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración), el Objetivo 8 (Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos), el Objetivo 9 (Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes), el Objetivo 10 (Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional), el Objetivo 13 (Utilizar la detención de los migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas), el Objetivo 15 (Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos), el Objetivo 16 (Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social) y el Objetivo 17 (Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración).

Estos dos últimos, en particular, guardan estrecha relación con la paz social o la convivencia en paz en las comunidades de acogida. En el marco del Objetivo 16, una de las acciones previstas es apoyar actividades multiculturales a través de los deportes, la música, el arte, los festivales gastronómicos, el voluntariado y otros eventos sociales que contribuyan a que los migrantes y las comunidades de acogida comprendan y aprecien mutuamente sus respectivas culturas. Otra acción consiste en promover entornos escolares que sean acogedores y seguros y mejorar las relaciones dentro de la comunidad escolar, incorporando en los planes de estudio información con base empírica sobre la migración y dedicando a las escuelas con gran concentración de alumnos

migrantes recursos específicos para actividades de integración que promuevan el respeto de la diversidad y la inclusión y sirvan para prevenir todas las formas de discriminación, así como el racismo, la xenofobia y la intolerancia.

En el marco del Objetivo 17 es muy importante el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación y de condenar y combatir las expresiones, los actos y las manifestaciones de racismo, discriminación racial, violencia, xenofobia y formas conexas de intolerancia contra todas las personas migrantes, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, promoviendo, en colaboración con todos los sectores de la sociedad, un discurso abierto y con base empírica sobre la migración y los migrantes que genere una percepción más realista, humana y constructiva. Para cumplir este compromiso, entre las acciones propuestas figuran prevenir y detectar la utilización de perfiles raciales, étnicos y religiosos de los migrantes por las autoridades públicas, y promover campañas de concienciación dirigidas a las comunidades de origen, tránsito y destino para influir en la percepción pública de las contribuciones positivas que se derivan de la migración segura, ordenada y regular y poner fin al racismo, la xenofobia y la estigmatización contra los migrantes.

7. Principios Interamericanos

Los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

(CIDH)¹⁴, buscan orientar a los Estados miembros de la OEA en sus deberes de respetar, proteger, promover y garantizar esos derechos, sirviendo de guía en el desarrollo de legislación, reglamentación, decisiones administrativas, políticas públicas, prácticas, programas y jurisprudencia.

El documento contiene definiciones para interpretar el sentido de los términos empleados en él¹⁵, y entre los principios fundamentales que incorpora adquiere particular relevancia el Principio 6 (*non-refoulement*): ninguna persona será expulsada, devuelta, extraditada o puesta en las fronteras de otro país, “sea o no de su nacionalidad, donde su vida o libertad peligren o donde sería sometida a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

“Las personas que buscan asilo o que han sido reconocidas como refugiadas cuentan con la protección especial contra la devolución derivada del derecho internacional de los refugiados”, y las excepciones al principio de no devolución solo se admiten en las circunstancias previstas en el artículo 33.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁶, que ha

14 Resolución 04/19, aprobada por la CIDH el 7 de diciembre de 2019.

15 Una de ellas es la de movimientos mixtos: “Los movimientos transfronterizos de personas con distintos perfiles de protección, razones para mudarse y necesidades, que se desplazan por las mismas rutas, utilizan el mismo transporte o medios de transporte, a menudo en números considerables”.

16 Con arreglo a esa norma, no podrá ampararse en el principio de no devolución “el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

de interpretarse restrictivamente y con respeto al principio de proporcionalidad. “Se prohíbe la devolución sin excepciones cuando existan razones sustantivas para creer que la persona estaría en riesgo de sufrir tortura, u otro daño irreparable, en el lugar al que sería transferida o devuelta”.

Los Estados deben respetar el principio de no devolución, que incluye la prohibición del rechazo en frontera y de devolución indirecta, respecto de toda persona que busca asilo u otra forma de protección internacional, considerándose devolución indirecta (o devolución “en cadena”) “al retorno de una persona a un país o territorio desde donde será devuelta a un país donde su vida, libertad o integridad personal están en peligro”. La aplicación del principio de no devolución “es independiente de si la persona ha ingresado al país en sentido legal y ha pasado el control de inmigración”.

Cualquier política migratoria y decisión administrativa o judicial relacionada con la entrada, estancia, expulsión o deportación de un niño, niña o adolescente, o cualquier acción del Estado en relación con alguno de sus progenitores, cuidador primario o tutor legal, incluyendo las medidas adoptadas con respecto a su condición de migrante, deben priorizar el interés superior del niño, niña o adolescente. Se les escuchará independientemente de sus progenitores o tutores legales, y se incluirán sus circunstancias individuales en la consideración de los casos que influyan en la situación migratoria de sus familiares, proclama el Principio 11.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley “sin discriminación de ninguna clase y por ningún motivo, incluida la condición de

migrante”. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará que los migrantes disfruten de una protección igualitaria y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo, como raza, color, sexo, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, estatus económico, nacimiento, propiedad, estado civil, orientación sexual, identidad o expresión de género, grupo étnico, discapacidad, nacionalidad o apátrida, situación migratoria o de residencia, razones para cruzar las fronteras internacionales o circunstancias de viaje o descubrimiento, o cualquier otro factor, y con el propósito de prevenir la discriminación y la xenofobia contra los migrantes deben implementarse medidas positivas, tales como campañas educativas y de sensibilización, destinadas a promover el carácter multicultural en las sociedades y combatir la discriminación y la xenofobia, y hay que prevenir, investigar y sancionar todos los actos de racismo, xenofobia e incitación al odio (Principio 12).

Los migrantes tienen derecho a una vida libre de estigmatización, estereotipos, prejuicios e intolerancia, siendo necesario tomar medidas para prevenir, eliminar y revertir o cambiar las situaciones discriminatorias que perpetúen la estigmatización, los prejuicios, las prácticas de intolerancia y la criminalización contra las personas a partir de su situación migratoria, origen nacional, falta de nacionalidad o cualquier otra situación que obre en detrimento de su dignidad humana (Principio 13).

En consonancia con el Principio 14, se debe actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar a los responsables de delitos cometidos contra migrantes y resarcir

a sus víctimas, adoptando medidas preventivas para protegerlos de cualquier tipo de violencia o explotación por parte de instituciones y funcionarios estatales o de personas, grupos o entidades privadas. El mismo deber existe con respecto a todas las formas de violencia sexual y de género en todas las etapas del desplazamiento, cometidas por cualquier tipo de actor, y a las violaciones a la integridad física y mental de toda persona migrante, cometidas por agentes del Estado o terceros

“La detención migratoria prolongada y excesiva puede constituir tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en tanto que “las detenciones de duración indeterminada constituyen actos de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Principio 15). Las condiciones de detención pueden constituir tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cuando sean manifiestamente desproporcionadas y puestas en práctica o toleradas por razones basadas en discriminación de cualquier tipo, incluida la situación migratoria, o con el propósito de disuadir, intimidar o sancionar a los migrantes o sus familiares, obligándolos, entre otras cosas, a retirar sus solicitudes de protección o condición migratoria. La detención injustificada, la demora en el acceso a derechos procesales o la incomodidad física moderada pueden en sí mismas constituir tortura o trato o pena de aquellas características cuando se aplican en conjunto o por un período prolongado o indefinido; el umbral es incluso menor en los casos de migrantes en situación de vulnerabilidad y personas que hayan experimentado hechos traumatizantes.

Las respuestas estatales tendrán en cuenta las vulnerabilidades específicas que acompañan a las personas desde su país

de origen y que se agravan por su condición de personas que se encuentran en un contexto de movilidad humana, lo cual incrementa su riesgo de sufrir mayor discriminación y exclusión en los países de tránsito y destino. Migrantes en situación de vulnerabilidad son, entre otros, los migrantes irregulares, refugiados, apátridas, niños, niñas y adolescentes, personas indígenas, personas que viven con VIH o con necesidades médicas, personas LGBTI¹⁷ o con expresiones de género no normativas, mujeres, mujeres embarazadas, grupos vulnerables por motivos raciales o religiosos, personas con discapacidad y adultos mayores. Se debe incorporar una perspectiva de género e interseccional en todas las medidas y respuestas relativas a los migrantes y refugiados (Principio 16).

Los Estados deben prevenir y combatir la trata de personas, proteger y asistir a los migrantes que sean víctimas de trata de personas, y cooperar entre sí para lograr estos fines. Deben impedir la facilitación de la entrada irregular de una persona a su territorio que se realiza con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro orden, y, a su vez “deben garantizar el resguardo de personas objeto de protección internacional en la ejecución de las leyes contra el tráfico de migrantes” (Principio 21).

La unidad familiar y la reunificación familiar deberán ser consideraciones primordiales en cualquier decisión sobre la situación migratoria, valorándose el interés superior de los

17 Sobre esta sigla en particular, la Corte IDH recuerda, en el párrafo 32 de su OC-24/17, que la terminología relacionada con dichos grupos de personas no es fija, existiendo otras diversas formulaciones. Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, Serie A N°24.

niños, niñas y adolescentes y su derecho a estar exentos de privación de la libertad. La separación de la familia no puede ser utilizada para coaccionar a los progenitores a renunciar a su derecho a buscar protección o condición migratoria en otro país. Los Estados deben prevenir, en virtud del derecho a la unidad familiar y del interés superior de la niñez, “la emigración forzada de niños, niñas y adolescentes nacionales como resultado de la deportación de progenitores o familiares migrantes, priorizando la unidad familiar”.

Todo migrante tiene derecho a acceder a la justicia para la protección de todos sus derechos, así como derecho a la reparación integral de los daños sufridos, de manera gratuita y en pie de igualdad con los nacionales, incluido el derecho al debido proceso y a garantías judiciales, y derecho a un recurso efectivo contra actos violatorios de sus derechos garantizados por la legislación nacional y el derecho internacional, o reconocidos en los Principios Interamericanos.

Todos los migrantes víctimas de delitos tienen derecho a asistencia, protección, acceso a la justicia y reparación plena y efectiva de los daños sufridos. Se fomentará la capacidad de los migrantes que sean víctimas de delitos, especialmente los que se encuentren en situación irregular, para acceder a la justicia libres de temor. Uno de las medidas señaladas a título ejemplificativo en el Principio 41 es la creación de fiscalías especializadas.

Ante violaciones graves de los derechos humanos, el derecho a conocer la verdad de lo sucedido y la identidad de los autores es objeto de tutela en el Principio 45; además, todo migrante tiene derecho a una reparación plena por cualquier

violación de sus derechos humanos que comprenda medidas de restitución, indemnización, rehabilitación física y mental, satisfacción y garantías de no repetición (Principio 46).

Todo migrante tiene derecho al debido proceso en cualquier proceso legal relativo a la restricción o reconocimiento de sus derechos, y ante funcionarios y autoridades específicamente encargados de determinar su situación migratoria. Deben adoptar todas las medidas que sean convenientes para evitar retrasos innecesarios en los procesos administrativos y judiciales, con la finalidad de no prolongar el sufrimiento al recordar los momentos vividos y promover un manejo adecuado del riesgo de un nuevo trauma como consecuencia de estos procesos, los cuales deben ofrecer las garantías mínimas que resguarda el Principio 50. Los procesos que involucren a niños, niñas y adolescentes tendrán como elemento principal el interés superior de la niñez.

Toda persona tiene derecho a salir de un país, incluso del propio, y a regresar a su país, derecho que no estará condicionado a ningún propósito específico ni plazo. La libertad de determinar el país de destino es parte de ese derecho, cuyo ejercicio no puede estar restringido, excepto por la ley, en la medida que sea indispensable, en una sociedad democrática, para evitar infracciones penales o para resguardar la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o los derechos y libertades de las demás personas.

El derecho de toda persona a permanecer en su país de origen o residencia habitual debe ser protegido contra acciones u omisiones que obliguen a un desplazamiento forzado, que comprenden lo previsto en la Convención sobre el Estatuto de

los Refugiados y la Declaración de Cartagena, así como casos de proyectos de desarrollo a gran escala no justificados por un interés público predominante y necesario, casos que afecten a pueblos autóctonos y comunidades étnicas que no hayan sido consultados a través de un proceso de consulta libre, previa e informada, y casos de desastres naturales, tecnológicos y antropogénicos, excepto cuando las personas afectadas requieran evacuación por razones de seguridad o salud pública. A estas causas se suman la pobreza, la pobreza extrema, la desigualdad, la marginación y la falta de oportunidades para que la población viva de manera digna y pueda progresar (Principio 54).

En este punto, vale recordar lo expresado en el Pacto Mundial sobre los Refugiados: “El clima, la degradación ambiental y los desastres naturales interactúan cada vez más con las causas detrás de los desplazamientos de refugiados”.

Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, de acuerdo con la legislación y práctica de cada Estado y los instrumentos internacionales aplicables. Todo solicitante de asilo tiene el derecho de acceder a procesos justos y eficientes de determinación de la condición de refugiado cuando se encuentre bajo la jurisdicción, la autoridad o el control efectivo de un Estado, aun si se encuentra fuera de su territorio. Las personas con necesidades de protección internacional no pueden ser rechazadas en la frontera ni en los puestos de control migratorio, incluidos los aeropuertos, sin un análisis adecuado de su solicitud, especialmente en el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados, cuyo interés superior y el principio de unidad familiar requieren consideración explícita. El acceso a un territorio no estará condicionado

a la presentación de documentos de identidad o de viaje en el caso de personas que buscan asilo o son refugiados, y hay que monitorear, prevenir, identificar y abordar las situaciones de riesgo en zonas fronterizas en relación con la trata de personas y el tráfico de migrantes, especialmente en puntos de ingreso irregular a los países.

El Principio 57 demanda la pronta identificación y referencia a las autoridades competentes de asilo o a los procedimientos de protección pertinentes de aquellas personas que requieren alguna forma de protección internacional o de los niños no acompañados o separados de sus familias.

La seguridad en los puestos migratorios debe estar siempre orientada a la protección de los migrantes y sus derechos (Principio 65), y no deben llevarse a cabo operativos de control migratorio en las escuelas, servicios de salud y otros servicios esenciales, ni en edificios de tribunales administrativos o judiciales; tampoco en sus cercanías (Principio 66).

El hecho de estar un migrante en situación irregular no causa daño a ningún bien jurídico fundamental que requiera protección de la autoridad punitiva del Estado, de modo que “los migrantes deben estar exentos de sanciones por cuenta de su entrada, presencia o situación migratoria, o a causa de cualquier otra infracción que solo pueda ser cometida por migrantes”.

Sin dejar de lado el objetivo de erradicar la detención de migrantes, los Estados deben garantizar que la detención se utilice únicamente de conformidad con lo autorizado por la ley y solo cuando sea necesaria, razonable en todas las circunstancias y proporcional a un propósito legítimo. La detención

se practicará solo como último recurso y no durará más del tiempo que requieran las circunstancias, para lo cual se hará un examen periódico de las razones de la medida. Los Estados adoptarán medidas alternativas a la detención, respetarán la prohibición de la detención de niños, niñas y adolescentes, y garantizarán los principios de interés superior de la niñez y unidad familiar (Principio 68).

Si se recurre a la detención migratoria, esta debe ser usada exclusivamente como medida cautelar y temporal para asegurar el cumplimiento de procedimientos de repatriación, deportación, expulsión o extradición. No debe detenerse nunca a personas con necesidades de protección internacional ni en situaciones de vulnerabilidad, mujeres embarazadas, madres lactantes y víctimas de trata de personas.

8. Observación general N° 5 y otros antecedentes

a) En la observación general N° 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a no ser sometidos a detención arbitraria y sobre la relación de esos derechos con otros derechos humanos (2021), el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se muestra profundamente preocupado por la tendencia a la criminalización de la migración que se manifiesta en el uso cada vez más frecuente de la detención de migrantes.

En los párrafos 16 y 19 se afirma que la prohibición de la detención arbitraria es una norma inderogable, de *ius cogens*, que protege también a los migrantes de conformidad con el artículo 16 de la Convención respectiva de 1990.

Al referirse al principio de no criminalización de la migración, el Comité observa que una de las consecuencias de la criminalización en cuestión es la creciente asociación entre migrantes en situación irregular y delincuencia que hacen tanto los instrumentos jurídicos como la opinión pública (párr. 35). Otros ejemplos de sanción de la migración que el Comité menciona consisten en alentar a los pobladores locales a que informen a las autoridades sobre la situación migratoria de los trabajadores migratorios y sus familiares, y en imponer a los proveedores de servicios y otras personas la obligación de proporcionar información e intercambiar datos cuando los trabajadores migratorios y sus familiares accedan a las escuelas, los centros de salud o los lugares de trabajo. “Esa obligación produce los mismos efectos negativos y a menudo desproporcionados sobre los derechos humanos de los migrantes en situación irregular que la criminalización directa de la migración”, subraya el Comité (párr. 37).

b) Recordando sus resoluciones anteriores sobre la protección de los migrantes, la Asamblea General aprobó, el 16 de diciembre de 2021, la resolución 76/172, mostrando su preocupación “por el gran y creciente número de migrantes, especialmente mujeres y niños, incluidos los no acompañados o separados de sus padres, que se colocan en una situación vulnerable al cruzar o intentar cruzar las fronteras internacionales”, reconociendo que los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos de esas personas de conformidad con sus obligaciones en la materia y reafirmando los compromisos de adoptar medidas para evitar la pérdida de vidas y respetar la prohibición de las expulsiones colectivas, así

como la necesidad de prevenir las violaciones de los derechos humanos en todos los contextos relacionados con la migración.

Afirma además que el tráfico de migrantes y los delitos contra ellos, incluida la trata de personas, siguen constituyendo un grave problema cuya erradicación requiere una evaluación y una respuesta internacional concertada, además de una cooperación multilateral reforzada entre los países de origen, tránsito y destino.

La resolución también expresa preocupación por la creciente tendencia en las sociedades a la xenofobia y la hostilidad hacia los migrantes y por las medidas que tratan a la migración irregular como delito y no como falta administrativa, y exhorta a los Estados a que promuevan y protejan de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual sea su situación migratoria, en especial los de las mujeres y los niños, y se ocupen de la migración internacional garantizando que su legislación, sus políticas y sus prácticas en la materia sean compatibles con sus obligaciones internacionales en la esfera de los derechos humanos para evitar la aplicación de enfoques que puedan agravar la vulnerabilidad de esas personas.

c) El informe del Secretario General sobre el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular¹⁸ apunta que “es importante reconocer que la pandemia de COVID-19 ha reconfigurado en muchos sentidos la migración internacional”, observándose que las cambiantes restricciones en materia de movilidad y de requisitos de entrada han alterado la mecánica

18 Doc. A/76/642, de 27 de diciembre de 2021.

y las oportunidades de admisión, estadía, trabajo y retorno, aunque resulta claro que muchos de estos problemas son anteriores a la pandemia. La discriminación, la xenofobia y la estigmatización de los migrantes “siguen siendo virulentas” (párr. 5). El informe puntualiza que, “en este entorno, los migrantes son vilipendiados e incluso considerados como amenazas” y que es inaceptable que miles de ellos se vean expuestos a tanto sufrimiento y desaparezcan o mueran durante su trayecto migratorio.

El párrafo 14 del informe reporta que con apoyo de la Red de las Naciones Unidas sobre la Migración (establecida para garantizar la eficacia y la coherencia del apoyo de todo el sistema de las Naciones Unidas a la aplicación del Pacto Mundial, actuando la Organización Internacional para las Migraciones como coordinadora y secretaría de la Red), 27 países se han reunido para compartir experiencias y fomentar el compromiso con el Pacto, lo cual se ve reflejado en su declaración conjunta de 2021 en el Foro Político de Alto Nivel sobre Desarrollo Sostenible. Se torna cada vez más notorio, asimismo, el papel fundamental de los gobiernos locales en la aplicación del Pacto Mundial, destacándose, en este sentido, el llamamiento a la acción a escala local lanzado por el Mecanismo de Alcaldes del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo¹⁹.

Es necesario que haya coherencia de políticas entre el

19 El Mecanismo de Alcaldes fue establecido en 2018 para vincular a las autoridades locales con el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo. Ciudades y Gobiernos Locales Unidos, el Consejo de Alcaldes para la Migración y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) dirigen el Mecanismo.

Pacto y otros marcos aplicables, sumando las recomendaciones sobre movilidad humana del Mecanismo Internacional de Varsovia para las Pérdidas y los Daños relacionados con las Repercusiones del Cambio Climático, establecido en noviembre de 2013 por la Conferencia de las Partes en su decimonoveno período de sesiones (COP 19), agrega el informe.

c) En la resolución 77/176, aprobada el 14 de diciembre de 2022, la Asamblea General reconoce la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Reconoce también que la migración internacional es una realidad pluridimensional que incide en el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, exige respuestas coherentes e integradas, así como enfoques equilibrados, y debe abordarse respetando los derechos humanos.

9. Informe de 2022 del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes

El informe que el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes presentó al Consejo de Derechos Humanos en su 50° período de sesiones, “Violaciones de los derechos humanos en las fronteras internacionales: tendencias, prevención y rendición de cuentas”²⁰, contiene un estudio sobre los acontecimientos recientes en el ámbito de la migración y la gobernanza de fronteras que afectan a los derechos humanos de los migrantes, así como ejemplos que ilustran formas eficaces de prevenir violaciones de derechos en las fronteras internacionales.

²⁰ Doc. A/HRC/50/31, de 26 de abril de 2022.

El Relator Especial elogia la asistencia inmediata prestada por los países europeos, en especial los países vecinos, en respuesta a la llegada repentina y sin precedentes de refugiados procedentes de Ucrania, desde el comienzo de su invasión por Rusia el 24 de febrero de 2022, y toma nota de las prácticas prometedoras en la provisión de reasentamiento de emergencia a los nacionales afganos, tras la toma del poder por los talibanes a mediados de 2021.

Sin embargo, sigue considerando preocupante la magnitud de la pérdida de vidas y del sufrimiento humano en las fronteras internacionales, tanto en tierra como en el mar, y la continua propagación de tácticas deshumanizadoras que se basan en la militarización de las fronteras, el control fronterizo extraterritorial y las medidas de disuasión. Las devoluciones en caliente, los procedimientos acelerados de retorno, el acceso limitado al asilo, la falta de asistencia humanitaria por parte del Estado y la criminalización de los migrantes que llegan de forma irregular aumentan la vulnerabilidad de quienes cruzan las fronteras internacionales. Las devoluciones en caliente han dado lugar a la separación de familias y a trastornos de salud causados por el trauma y el miedo, como trastorno por estrés postraumático, depresión y ansiedad.

Refleja el informe la lamentable tendencia a legitimar las prácticas de devolución en caliente por medio de legislación y decretos gubernamentales. El Relator Especial reitera que los migrantes que llegan a las fronteras internacionales, más allá de cómo hayan viajado y de si forman parte de movimientos grandes o mixtos, o grandes y mixtos a la vez, deben tener acceso a sus derechos humanos, lo cual comprende un exa-

men individualizado y pronto de sus circunstancias, así como la remisión del caso a las autoridades competentes para una evaluación exhaustiva de su necesidad de protección de los derechos humanos, incluido el asilo, que tenga en cuenta la edad y el género de la persona interesada.

El informe hace referencia, entre otras medidas contrarias a las normas internacionales aplicables, a medidas derivadas del estado de emergencia decretado en algunos países. Letonia, Lituania y Polonia han respondido al aumento de las llegadas procedentes de Bielorrusia “suspendiendo” la obligación de no devolución y limitando el acceso a la protección del derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos.

El Relator Especial remarca que algunos países de destino han argumentado que sus políticas son el resultado del fomento y la facilitación en forma deliberada de la movilidad humana por otros países por motivos políticos, condenando la utilización de los migrantes como instrumento político y reafirmando que el derecho a solicitar asilo debe seguir vigente en cualquier circunstancia.

Por otro lado, el informe toma nota de algunos recientes avances prometedores, en tribunales e instituciones nacionales y regionales, en lo que respecta a la rendición de cuentas por las prácticas de devolución en caliente²¹. Cita incluso que, en noviembre de 2021, el Tribunal Europeo de Derechos

21 En el párrafo 58 se menciona, por ejemplo, que en Austria un tribunal administrativo provincial estableció en julio de 2021 que las autoridades austríacas practicaban devoluciones en caliente en forma sistemática, lo cual contravenía la prohibición de devolución.

Humanos, en el *Caso M. H v. Croatia*, determinó que las autoridades croatas habían infringido la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros en perjuicio de una familia afgana de 14 miembros. La madre y seis de sus hijos fueron víctimas de una devolución en caliente en 2017 y uno de los niños murió atropellado por un tren mientras el grupo, tras la devolución, caminaba de noche por una vía férrea en la frontera.

Las devoluciones en caliente siguen siendo la política general *de facto* en muchos Estados y las medidas adoptadas para legalizarlas en algunos de ellos son incompatibles con la prohibición de las expulsiones colectivas y el principio de no devolución. Al Relator Especial le preocupa también que los Estados sigan aplicando medidas de gobernanza en las fronteras que agravan las situaciones de vulnerabilidad, en particular las resultantes de discriminación por motivos de raza, origen étnico, nacionalidad y situación migratoria. Sostiene que “todos los esfuerzos deben dirigirse a garantizar que los migrantes no sean criminalizados, sancionados o discriminados simplemente por migrar”.

Reitera además su llamamiento a los Estados y a todas las partes interesadas pertinentes para que apliquen los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales del ACNUDH, e insiste en la adopción de un enfoque de la migración y la gobernanza de fronteras basado en los derechos humanos, con perspectiva de género y de edad, que tenga en cuenta las necesidades de la infancia y garantice que los derechos humanos de los migrantes, incluidos los que se encuentren en situación irregular, sean siempre la consideración primordial. Insta también a poner fin

a las prácticas de devolución en caliente, a suspender, cancelar y revocar, según proceda, las iniciativas para legalizar esas devoluciones y a respetar plenamente la prohibición de la expulsión colectiva y el principio de no devolución. Es necesario que todos los acuerdos bilaterales o multilaterales de retorno y readmisión, incluyendo los basados en el concepto de tercer país seguro, respeten plenamente las garantías procesales que prevén una evaluación individualizada para determinar si el tercer país en cuestión es seguro para cada migrante objeto de retorno y readmisión, y las personas involucradas han de tener la oportunidad de impugnar el carácter seguro de ese país en sus circunstancias particulares, de modo que el acuerdo no dé lugar a violaciones de los derechos de los migrantes devueltos.

X. Del Foro de Examen a la Declaración de Los Ángeles

El primer Foro de Examen de la Migración Internacional (FEMI) se desarrolló en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 17 al 20 de mayo de 2022. El Foro de Examen, que se celebrará cada cuatro años a partir de 2022, constituye la principal plataforma mundial intergubernamental donde los Estados miembros de las Naciones Unidas pueden discutir y exponer los progresos conseguidos en todos los aspectos del Pacto Mundial, también los relacionados con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con participación de todos los interesados pertinentes.

La Declaración sobre los Progresos del Foro de Examen²²

22 La Asamblea General hizo suya la Declaración mediante resolución 76/266, aprobada el 7

reconoce los esfuerzos desplegados, los progresos realizados y las buenas prácticas desarrolladas en la aplicación del Pacto Mundial, pero a la vez expresa que preocupa que los progresos logrados en la facilitación y el aprovechamiento de los beneficios de la migración segura, ordenada y regular sean lentos y desiguales en muchos ámbitos, y que la pandemia de COVID-19 haya modificado muchos aspectos de la migración y repercutido negativamente en los progresos, además de crear nuevas situaciones de vulnerabilidad y exacerbar las ya existentes.

El 10 de junio de 2022, en la Novena Cumbre de las Américas se reiteró, en la Declaración sobre Migración y Protección de Los Ángeles, la voluntad de los Estados participantes de fortalecer los esfuerzos nacionales, regionales y hemisféricos a fin de crear las condiciones para una migración segura, ordenada, humana y regular.

Reconociendo que “la migración debería ser una elección voluntaria e informada, y no una necesidad”, se asume en la Declaración el compromiso de proteger la seguridad y dignidad de todos los migrantes, refugiados, solicitantes de asilo y apátridas, independientemente de su calidad migratoria, y de respetar sus derechos humanos y libertades fundamentales, además de cooperar estrechamente para facilitar una migración segura, ordenada, humana y regular y, conforme proceda, promover los regresos seguros y dignos, de acuerdo con la legislación nacional, el principio de no devolución y las obligaciones en virtud del derecho internacional.

Los Estados de que se trata manifiestan en la Declaración

de junio de 2022.

seguir comprometidos con el aprovechamiento colectivo de los beneficios de la migración y dispuestos a abordar los retos que se plantean en los países y comunidades de origen, tránsito, destino y regreso, con un espíritu de colaboración, solidaridad y responsabilidad compartida entre Estados y en asociación con la sociedad civil y las organizaciones internacionales.

La Declaración de Los Ángeles pone énfasis además en “la responsabilidad de cada país de gestionar los movimientos mixtos a través de las fronteras internacionales de forma segura, humana, ordenada y regular”, dejando constancia de la intención de ampliar los esfuerzos de colaboración para salvar vidas, hacer frente a la violencia y la discriminación, luchar contra la xenofobia y combatir el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas.

11. Refugiados, migrantes y derecho humano a la paz

a) La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz, adoptada en 2006 por un comité de redacción de personas expertas de España y América Latina, expresa en su artículo 7.1 que “toda persona tiene derecho a solicitar y obtener refugio en cualquier país sin discriminación” en caso de: a) sufrir persecución por actividades a favor de la paz, en contra de la guerra o a favor de los derechos humanos; b) temor fundado a ser perseguida por agentes estatales o no estatales por motivos de raza, género, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; c) ser víctima de desplazamiento forzado, internacional o interno, causado por cualquier tipo de conflicto armado o

catástrofe ambiental. El artículo 7.2 agrega que el estatuto de refugiado deberá incluir el derecho a la integración social y laboral (en la comunidad de acogida), el derecho a obtener una reparación efectiva ante violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales. y el derecho a retornar al país (de donde proviene la persona) con las debidas garantías, “una vez extinguidas las causas de persecución y, en su caso, finalizado el conflicto armado”.

“Toda persona tiene derecho a emigrar y a establecerse pacíficamente”; y a retornar a su país de origen. “Ningún extranjero podrá ser expulsado sin las debidas garantías previstas en el derecho internacional y de conformidad con el principio de no devolución (*non-refoulement*)”; en particular, toda persona tiene derecho a emigrar si su derecho a la seguridad humana o su derecho a vivir en un entorno seguro están en peligro o seriamente amenazados, añade el artículo 8, que adicionalmente incorpora el derecho a la participación de la población migrante en los asuntos públicos del país de destino para asegurar “la expresión libre y pública de sus preocupaciones y demandas individuales y colectivas”.

Este artículo “da respuesta a lo que el profesor Díaz Hernández califica como *oposición entre derechos humanos y control de los flujos*” (Villán Durán y Rueda Castañón, 2010, p. 31). Es que la migración debe ser aceptada como una cuestión de derechos humanos frente al criterio de considerarla como un tema subordinado a la soberanía de los Estados, pues si el artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho de todo individuo a salir de su país cabe preguntarse a qué país puede ir si no le dejan entrar en

otro. Es evidente que por reciprocidad el derecho a salir ha de corresponderse con el deber de admitir o dejar entrar, porque tiene que existir una perfecta simetría entre derechos y deberes si de verdad se quiere garantizar la libertad de movimiento que asiste a toda persona. Los impedimentos al ejercicio de esa libertad plantean también una cuestión de justicia: las oportunidades de cada persona son desiguales según haya nacido en un país próspero o no, quebrándose así el principio de igualdad de oportunidades cuyo carácter también debe ser universal (Díaz Hernández, 2008).

b) La Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada el 10 de diciembre de 2010 en el Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz reunido en Santiago de Compostela, introduce algunos cambios al ocuparse de los refugiados en su artículo 9. “Toda persona tiene derecho a solicitar refugio y a disfrutar de él, sin discriminación” en caso de: a) sufrir persecución por actividades a favor de la paz y los demás derechos humanos, o por reclamar su derecho a la objeción de conciencia en contra de la guerra o del servicio militar; b) temor fundado de persecución por agentes estatales o no estatales por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, orientación sexual, pertenencia a un determinado grupo social, opiniones políticas, estado civil o cualquier otra condición; c) verse forzada a huir de su país o lugar de origen o procedencia porque su vida, seguridad o libertad hayan sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

El texto reproduce la definición del concepto de refugiado de la Declaración de Cartagena, aunque, con buen criterio, cambia la expresión “han huido de sus países” por “huir de su país o lugar de origen o procedencia”. Y en el segundo supuesto enumera nuevos motivos de persecución que pueden dar lugar a la solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado (sexo, orientación sexual, estado civil), sin cerrar la puerta a otros (“cualquier otra condición”). Al igual que en la Declaración de Luarca, el temor fundado de persecución por agentes no estatales constituye un elemento novedoso respecto de la Convención de Ginebra de 1951.

El artículo 9.2 aclara que el estatuto de refugiado debe incluir, entre otros, el derecho a “retornar voluntariamente (...) de forma digna y con las debidas garantías” una vez que estén dadas las condiciones para volver.

Toda persona tiene derecho a circular libremente y a emigrar si están seriamente amenazados su derecho a la seguridad humana o su derecho a vivir en un entorno seguro y sano. En estos términos se esboza el derecho a emigrar y participar en el artículo 10 de la Declaración de Santiago, cuyo segundo párrafo propugna que, a fin de promover la inclusión social y evitar la violencia estructural que genera la discriminación en el disfrute de los derechos humanos, las personas migrantes tienen derecho a participar, en forma individual o colectiva, en los asuntos públicos del país donde tengan su residencia habitual, y a beneficiarse de mecanismos e instituciones específicos de participación, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos.

c) La Declaración de Santiago influyó notoriamente en la Declaración sobre el Derecho a la Paz adoptada por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos el 16 de abril de 2012, como se aprecia, por ejemplo, en el artículo 12 de dicho proyecto. Todos los individuos tienen el derecho a buscar el estatuto de refugiado y disfrutar de él sin discriminación, dice ese artículo. A continuación proclama el derecho de retorno voluntario al propio país o lugar de origen o residencia “en dignidad y con todas las debidas garantías, una vez que las causas de persecución hayan sido removidas y, en caso de conflicto armado, este haya finalizado”. Y al final del segundo párrafo del ese artículo se dice: “Especial consideración debe darse a desafíos tales como la situación de los refugiados de guerra y los refugiados que huyen del hambre”.

Acerca de los migrantes, el mismo artículo postula que se los debe colocar en el centro de las políticas y la gobernanza de la migración, prestando particular atención a la situación de los grupos marginados y desfavorecidos. Un enfoque semejante asegurará que los migrantes sean incluidos en los planes de acción y estrategias nacionales, tales como planes sobre la provisión de alojamiento público o estrategias nacionales para combatir el racismo y la xenofobia. Aunque los Estados tienen el derecho soberano a determinar condiciones de entrada y permanencia en sus territorios, también tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los individuos bajo su jurisdicción, más allá de su nacionalidad, de su origen o de su situación migratoria.

El proyecto del Comité Asesor fue dejado de lado, y un nuevo proyecto, del presidente-relator del Grupo de Trabajo

creado en 2012²³, sirvió de base, con algunos retoques, a la Declaración sobre el Derecho a la Paz incorporada en el anexo de la resolución 32/28 del Consejo de Derechos Humanos, de 1 de julio de 2016, que aprobó la Declaración y recomendó a la Asamblea General que también lo hiciera. Así surgió la Declaración sobre el Derecho a la Paz, que figura en el anexo de la resolución 71/189 de la Asamblea General, aprobada el 19 de diciembre de 2016.

d) En 2019 la AEDIDH actualizó su proyecto, como en 2016 y 2017. El texto resultante, Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz (DUDHP), enuncia “el derecho a solicitar refugio y a disfrutar de él sin discriminación, de conformidad con el derecho internacional” (art. 7.8) y recuerda la obligación que tienen los Estados de “respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas y grupos vulnerables bajo su jurisdicción, con independencia de su nacionalidad, origen o de su estatuto migratorio” (art. 7.9). Antes, el preámbulo remarca que “los éxodos en masa y los flujos migratorios obedecen a peligros, amenazas y quebrantamientos de la paz” y que “la comunidad internacional debe definir con urgencia un régimen internacional de las migraciones, como propone el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”.

“Las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen

23 Mediante resolución 20/15, de 5 de junio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos creó un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta para negociar progresivamente un proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho a la paz, sobre la base del proyecto del Comité Asesor.

el derecho a la verdad, a una compensación, a la justicia, a la reparación y a garantías de no repetición” (art. 7.7), derecho *personalizado* respecto de los migrantes en los Principios Interamericanos antes mencionados.

Un derecho particularmente importante para las personas de las que hablamos es el derecho a la seguridad humana, que incluye la libertad frente al miedo y frente a la necesidad. El proyecto actualizado en 2019 lo incorpora como elemento constitutivo del derecho humano a la paz (art. 6), al igual que las anteriores propuestas analizadas aquí, señalando que comprende el derecho de los pueblos y los seres humanos a vivir en un entorno privado y público que sea seguro y sano; por su parte, la libertad frente a la necesidad implica el disfrute del derecho al desarrollo sostenible y de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual va en línea con la resolución 66/290 de la Asamblea General, de 10 de septiembre de 2012: “La seguridad humana reconoce la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, y tiene en cuenta igualmente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. Incluso, la Declaración sobre el Derecho a la Paz de 2016 alude a la seguridad humana en su artículo 2, diciendo que los Estados garantizarán “la liberación del temor y la miseria, como medio para consolidar la paz dentro de las sociedades y entre estas”.

Hay que tener en cuenta, además, que en la Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte IDH identifica los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, a la propiedad y a no ser desplazado forzadamente como particularmente

vulnerables a las afectaciones ambientales. “Sin perjuicio de los mencionados, son también vulnerables otros derechos, de acuerdo al artículo 29 de la Convención [...], como el derecho a la paz”, porque los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que aquella se desplaza, “algunos de los cuales por su masividad asumen carácter de máxima gravedad”²⁴, criterio que se celebra en el preámbulo del proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz, por cuanto reconoce “implícitamente el derecho a la paz como un derecho inherente al ser humano”, de conformidad con el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

e) La nueva versión de la DUDHP, de 30 de enero de 2023, mantiene los términos del proyecto de 2019 en lo que respecta a refugiados y migrantes, pero incorpora, en el marco del derecho al desarrollo, el derecho humano al deporte y a la actividad física como facilitador del desarrollo sostenible y de la cultura de paz. Añade que puede favorecer el combate contra el racismo y la discriminación racial, junto con la inclusión social de las personas migrantes y refugiadas, así como de otras personas pertenecientes a grupos vulnerables.

Esto último se vincula estrechamente con una de las

24 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 23, párr. 66.

acciones previstas en relación con el Objetivo 16 del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, mencionada más arriba.

12. Conclusiones

A quienes ejercen el derecho a migrar o huyen de la persecución, la guerra, la violación masiva de los derechos humanos o cualquier otra causa que puede dar lugar a la solicitud de asilo bajo el estatuto de refugiado los une un elemento común: unos y otros son buscadores de paz, de la paz que es consecuencia de la seguridad humana. Según el párrafo 3 de la resolución 66/290 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, todas las personas, en particular las vulnerables, tienen el derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial.

Por citar solo un ejemplo, podemos mencionar que miles de personas arriesgan su vida para cruzar la selva del Darién y cada una de ellas busca vivir de esa manera en el país de destino, Estados Unidos. Es también lo que buscan aquellos migrantes que logran ingresar al país de destino, transportados en condiciones inhumanas, y pueden quedar atrapados en verdaderas trampas mortales, como los que fueron encontrados sin vida en el interior de un camión abandonado en la periferia de San Antonio, Texas, en junio de 2022, o quienes se lanzan a cruzar el Mediterráneo para llegar a Europa, muriendo muchos de ellos en el intento.

Los instrumentos de *soft law* relativos a la migración

internacional definen compromisos, marcos de cooperación, objetivos, acciones, principios y directrices. Y los Principios Interamericanos aportan como valor añadido un amplio catálogo de derechos y libertades.

Aún queda mucho camino por delante para acortar las distancias que existen con respecto a los objetivos del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Basta leer el informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes presentado en 2022 para advertir que ciertas prácticas y medidas no se compadecen con la visión de la migración que debería prevalecer. Humanizar las políticas migratorias y la gobernanza de las fronteras es el principal desafío para que las buenas intenciones no queden atrapadas en los textos que las expresan y se traduzcan en los cambios concretos que necesitan millones de personas.

El derecho humano a la paz no figura entre los derechos que los Principios Interamericanos reconocen a las personas que buscan proteger. La CIDH podría haber tomado nota del criterio que la Corte IDH sostiene en su Opinión Consultiva OC-23/17 y, en consecuencia, haber incorporado un párrafo final en el Principio 54 expresando que el derecho a la paz, inherente al ser humano, queda en riesgo de violación cuando un grupo de personas se desplaza de manera forzada por causas ambientales y esto genera un conflicto violento con la población del lugar al que aquel grupo se desplaza.

La Declaración de Los Ángeles habla de migración humana, además de segura, ordenada y regular. Es un agregado altamente significativo, no solo porque hace más visible el contenido del Pacto Mundial, que se apoya en los derechos

humanos como uno de sus principios rectores, sino porque el adjetivo añadido implica que “lo humano” es una razón de tanto peso específico que obliga a mirar las cosas de otra manera, si lo que de verdad se pretende es que la migración encuentre como respuesta un trato acorde a la dignidad humana.

La seguridad humana es uno de los elementos constitutivos del derecho humano a la paz y, en el caso de los migrantes y los refugiados, lo que implica dicha concepción de la seguridad equivale, en definitiva, a la realización de su derecho a la paz. Que esas personas vivan en armonía con los miembros de la comunidad de acogida, sin sufrir racismo, discriminación, xenofobia o intolerancia, y en condiciones que les permitan disfrutar de sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, hace que la igualdad en dignidad y derechos de todos los miembros de la familia humana, que proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos, no sea una mera declamación.

Si “debemos empoderar a los migrantes para que se conviertan en miembros plenos de nuestras sociedades” y si “es crucial que los desafíos y las oportunidades de la migración internacional sean algo que nos una, en lugar de dividirnos”, como propone el Pacto Mundial, corresponde abordar la migración con la mirada puesta en los derechos humanos, incluyendo el derecho a la paz.

Bibliografía

- Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), *Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*. Luarca, España: AEDIDH, 2010.
- Chueca Sancho, A. G. “El fenómeno de la inmigración desde la óptica de los derechos humanos”. En Fundación Seminario de Investigación para la Paz, *Todavía en busca de la paz* (pp. 329–344). Zaragoza, España: Gobierno de Aragón, 2010.
- Díaz Hernández, R. Ningún ser humano puede ser ilegal. En Rueda, C. R. y Villán Durán, C. (Eds.), *La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz* (pp. 407–420), Granda (Siero), España: Editorial Madú, 2008.
- Domas de Clément, Z. “Refugiados y obligaciones ‘erga omnes’”. En Musso, J. A. (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su aplicación en Argentina* (pp. 543–564). Santiago del Estero, Argentina: Editorial Bellas Alas, 2017.
- Faleh Pérez, C. y Villán Durán, C. (Dir.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*. Luarca, España: Velasco Ediciones, 2017.
- Freidenberg, J. y Sassone, S. “Movilidad, migración y territorio: el papel del sujeto”. *Revista Temas de Antropología y Migración*, 2018, 10, 45–50.
- Hidalgo Tuñón, A. “El Derecho a la Seguridad Humana y el Derecho Humano a la Paz”. En Rueda, C. R. y Villán Durán, C. (Eds.), *La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz* (pp. 347–358). Granda (Siero), España: Editorial Madú, 2008.
- Musso, J. A. “Los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas en el Mercosur”. En de la Guardia, R. M. y Pérez Sánchez, G. A. (Dir.), *La integración europea e iberoamericana II: las relaciones de la*

- Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) con el Sistema de Integración Centroamericano (SICA)* (pp. 391–409). Cizur Menor (Navarra), España: Editorial Aranzadi, 2021.
- Oficina del Alto Comisionados de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Los derechos humanos y la protección de los refugiados*, Ginebra, Suiza: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2006.
- Olmos, M. B. “El derecho a la paz a la luz del derecho internacional público contemporáneo”. *Persona y Derecho*, 2008, 59, 77–96.
- Rojas Aravena, F. y Álvarez Marín, A. “Seguridad humana. Un estado del arte”. En Rojas Aravena, F. (Ed.), *Seguridad humana: nuevos enfoques* (pp. 9–32). San José, Costa Rica: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2012.
- Villán Durán, C y Faleh Pérez, C. (Eds.) *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*. Luarca, España: AEDIDH, 2012.
- Villán Durán, C. y Faleh Pérez, C. (Dir.) *The International Observatory of the Human Right To Peace*. Luarca, España: Spanish Society for International Human Rights Law, 2013.
- Villán Durán, C. “Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz”. En Faleh Pérez, C. y Villán Duran, C. (Dir.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*. Luarca, España: Velasco Ediciones, 2017.
- Villán Duran, C. “La paz como derecho humano”. *Revista d’Humanitats*, 2020, 04, 115–137.
- Villán Durán, C. “De los derechos humanos al derecho humano a la paz”. En Instituto de Estudios para la Paz y la Cooperación, *Derechos humanos. De los objetivos de desarrollo del milenio a los objetivos de desarrollo sostenible y la Agenda 2030* (pp. 109–135). Oviedo, España: Eikasia, 2021.