



Asamblea General

Distr. general
16 de abril de 2019
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

41^{er} período de sesiones

24 de junio a 12 de julio de 2019

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Derechos humanos y solidaridad internacional

Informe del Experto Independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional

Resumen

Este informe es el tercero de los que ha elaborado el Experto Independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, Obiora Chabianedu Okafor, y el segundo de los que ha presentado al Consejo de Derechos Humanos. En el informe, presentado en virtud de la resolución 35/3 del Consejo, el Experto Independiente trata la cuestión de la penalización o la represión de la prestación de asistencia humanitaria a los migrantes y los refugiados que entran en un Estado de manera irregular.



I. Introducción y actividades del Experto Independiente

1. Después de haber presentado un informe al Consejo de Derechos Humanos en junio de 2018, el Experto Independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional presentó a la Asamblea General su segundo informe temático, que versó sobre el ejercicio, o la falta de ejercicio, de una solidaridad internacional fundada en los derechos humanos en el contexto mundial de la migración. El Experto Independiente hizo dos visitas a países en 2018: una a Suecia, del 23 al 27 de abril, y otra a los Países Bajos, del 5 al 13 de noviembre (A/HRC/41/44/Add.1 y A/HRC/41/44/Add.2). Asimismo, en marzo de 2019, el Experto Independiente participó en la Segunda Conferencia de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre la Cooperación Sur-Sur, celebrada en Buenos Aires. El Experto Independiente recuerda a los Estados de los cuales esperaba invitaciones en las fechas de redacción del presente informe que deben responder favorablemente a sus solicitudes de visita.

2. En el presente informe, el Experto Independiente trata la cuestión de la legalidad, conforme al derecho internacional general y a la normativa internacional de derechos humanos, de la penalización y la represión de los activistas de derechos humanos y otros agentes humanitarios que muestran solidaridad con los migrantes y los refugiados ayudándolos a ejercer sus derechos humanos básicos. Se exponen y analizan las leyes y las prácticas nacionales y regionales que penalizan o reprimen las expresiones de esa clase de solidaridad, así como la conducta del segmento de la población civil que las reprime, en el marco de los principios y las normas del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos.

3. Dada la notoriedad y la importancia constantes que tienen las cuestiones de la migración en nuestra época, el carácter tan significativo de los esfuerzos que han hecho algunos Estados, organizaciones regionales y segmentos de la sociedad civil por penalizar o reprimir la expresión de la solidaridad internacional hacia los migrantes irregulares y los refugiados, y las graves consecuencias que tienen estos actos para los derechos humanos, el Experto Independiente ha considerado importante concentrarse en estas cuestiones específicas. Es de esperar que todos los interesados tomen en consideración el análisis, las conclusiones y las recomendaciones que se exponen en el presente informe.

4. El informe se divide en siete secciones. En la primera se lo presenta. En la segunda se analizan las leyes y las prácticas nacionales en las que se penaliza o reprime la asistencia humanitaria a los migrantes irregulares y los refugiados. En la tercera sección se estudian algunas leyes y prácticas regionales en las que se penaliza o reprime la asistencia humanitaria a los migrantes irregulares y los refugiados. La cuarta sección trata de la represión de la solidaridad hacia los migrantes y los refugiados en algunos países o lugares por parte de un segmento de la sociedad civil. En la quinta sección, se expone un análisis de la legalidad o ilegalidad, conforme al derecho internacional, de las leyes y las prácticas en las que se penaliza o reprime la solidaridad hacia los migrantes y los refugiados. En la sexta sección se hace un análisis de la legalidad o ilegalidad de esas leyes y prácticas conforme a la normativa internacional de derechos humanos. En la séptima sección, que se inspira en los análisis previos que se hacen en el informe, figuran las observaciones finales y algunas recomendaciones para emprender una reforma que favorezca los derechos humanos.

II. Leyes y prácticas nacionales en las que se penaliza o reprime la prestación de asistencia humanitaria a los migrantes irregulares y los refugiados

5. El Experto Independiente desea destacar con unos ejemplos las pruebas que hay de la represión y la penalización de las expresiones de la solidaridad internacional fundada en los derechos humanos (los denominados “delitos de solidaridad”¹), en muchos países del

¹ Véase Liz Fekete, Frances Webber y Anya Edmond-Pettitt, “Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity” (Institute of Race Relations, 2007), pág. 3.

mundo. Esos ejemplos se pueden organizar por categorías definidas, como se expone a continuación.

Represión y penalización de que son objeto quienes realizan rescates humanitarios de migrantes irregulares que corren peligro de muerte en el mar

6. Hay algunos ejemplos de este tipo de respuesta a la migración en masa, especialmente en el mar Mediterráneo, desde África Septentrional hasta Europa. La práctica de tomar como objetivos a grupos humanitarios que tratan de rescatar a los migrantes irregulares que corren peligro en el mar viene, por desgracia, de antiguo². Ya en 2004, un buque (el *Cap Anamur*) perteneciente a una organización no gubernamental (ONG) alemana se encontró con una embarcación no apta para navegar que se hallaba en grave peligro y que transportaba 37 refugiados africanos desde Libia a Italia, y rescató a los refugiados, cuya vida salvó. El Servicio de Guardacostas rechazó su posterior solicitud de autorización para atracar en un puerto. Durante 11 días, el *Cap Anamur* navegó en alta mar cerca de las aguas territoriales, hasta que se vio obligado a atracar por la situación de peligro que había a bordo. El capitán, el primer oficial y el director de la ONG fueron detenidos inmediatamente por las autoridades, que los acusaron de favorecer la migración irregular. Sin embargo, se los absolvió de esas acusaciones cinco años después.

7. En 2007, en el caso *Morthada/el-Hedi*, los tripulantes de dos barcos pesqueros tunecinos que habían rescatado a 44 migrantes en peligro fueron detenidos cuando arribaron a puerto³. Las tripulaciones comparecieron en juicio acusadas de tráfico ilícito de personas, con los cargos concretos de “facilitación de entrada no autorizada” y “circunstancia agravante de delincuencia organizada”⁴. Aunque todos los tripulantes fueron finalmente absueltos, ya fuera por el tribunal de primera instancia o por el Tribunal de Apelación de Palermo, la absolución tardó en llegarles entre dos y cuatro años⁵. En una fecha mucho más reciente, marzo de 2018, un buque de rescate de la ONG humanitaria española Proactiva, el *Open Arms*, fue confiscado y se abrió una investigación por tráfico ilícito de personas contra su tripulación, después de que el buque hubiera llevado a puerto a unos 216 migrantes que estaban perdidos en alta mar y de que la tripulación se hubiera negado a entregarlos a las autoridades del país de partida⁶. El 16 de abril de 2018, un tribunal dictaminó que el rescate de unos migrantes que se hallaban cerca de la costa el 15 de marzo de ese mismo año por parte de dicho grupo humanitario había estado justificado, porque los migrantes y los refugiados sufrían “graves vulneraciones de sus derechos humanos” en el país de partida⁷. Sin embargo, el 24 de abril, el Tribunal Supremo rechazó una apelación contra la confiscación del buque de rescate de una ONG, el *Iuventa*, que había tenido lugar en agosto de 2017 a raíz de la investigación que habían emprendido las autoridades acerca de las ONG en el Mediterráneo⁸.

Enjuiciamiento o represión de los trabajadores humanitarios que ayudan a entrar en un país a migrantes irregulares (en particular transportándolos hasta una frontera)

8. El Experto Independiente considera que esta práctica está generalizada. Un buen ejemplo de ello es la declaración emitida por un ministro de inmigración europeo en 2008, ante la cámara baja del parlamento de ese país, según la cual la prestación de asistencia incluso tácita a los migrantes irregulares ya no era admisible para el Gobierno y este investigaría los medios para obligar a responder de sus actos a quienes acompañaran y

² Véase Liz Fekete, “Europe: crimes of solidarity”, *Race and Class*, vol. 50, núm. 4 (abril de 2009).

³ Véase Tugba Basaran, “Saving lives at sea: security, law and adverse effects”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, núm. 3 (2014).

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Véase *BBC News*, 19 de marzo de 2018, que se puede ver en: www.bbc.com/news/world-europe-43455555.

⁷ Véase <https://af.reuters.com/article/libyaNews/idAFL8N1RT4FQ>.

⁸ Véase www.aljazeera.com/news/2018/04/italian-court-rules-iuventa-rescue-vessel-remain-impounded-180424115151621.html.

asesoraran a los solicitantes de asilo⁹. Las autoridades de otro país han llevado a juicio a algunas personas por haber ayudado a entrar a migrantes, incluso en casos en que deberían haber sido evidentes los motivos humanitarios de esos presuntos autores de delitos¹⁰. Detenciones o enjuiciamientos semejantes se han producido en varios países europeos.

Enjuiciamiento o represión de los trabajadores humanitarios que ayudan a los migrantes irregulares a desplazarse por el interior de un país

9. Esta actividad humanitaria suele suscitar la ira de muchos Estados. En 2005, dos jóvenes voluntarios que trabajaban para un grupo norteamericano que se dedicaba a actividades humanitarias, No More Deaths, fueron acusados de transportar a personas y de conspirar para transportar a personas, con lo que habían coadyuvado a la presencia ilegal de estas¹¹. Se trataba de acusaciones de delito grave que podrían resultar en una pena de 15 años de prisión, y que se derivaban del hecho de que los voluntarios habían conducido a tres migrantes que estaban enfermos a una clínica¹². En un país europeo, varios ciudadanos, a pesar de sus motivos humanitarios, habían sido acusados de infringir las leyes de inmigración y habían sido condenados en juicio (al menos en los juicios que se habían desarrollado en los tribunales de primera instancia), por haber conducido a unos migrantes a una estación de ferrocarril o haberlos ayudado a embarcar en buques¹³.

Enjuiciamiento o represión de los trabajadores humanitarios que atienden las necesidades vitales de los migrantes irregulares

10. En un país de América del Norte, los grupos humanitarios, como el que se ha mencionado antes, se han ocupado de atender las necesidades vitales básicas de los migrantes irregulares, como la provisión de agua, alimentos y asistencia médica, en la zona de la frontera meridional¹⁴. A menudo, esos grupos han sido objeto de medidas destinadas a intimidarlos o penalizarlos¹⁵. Otros ejemplos de este tipo de respuesta a la migración en masa los constituyen las medidas profesionales y administrativas adoptadas contra los profesionales de la medicina en un país europeo por haber prestado asistencia médica a migrantes irregulares¹⁶.

Enjuiciamiento o represión de los trabajadores humanitarios que alquilan alojamientos a los migrantes irregulares

11. Como ha ocurrido con otras formas de penalización o represión de la expresión de solidaridad hacia los migrantes irregulares, los grupos o las personas humanitarios que alquilan alojamientos a esos migrantes han sufrido amenazas de su Gobierno o directamente han sido llevados a juicio por él. Por ejemplo, en un estudio se ha comprobado que ese tipo de conducta es susceptible de sancionarse penalmente y que de hecho se la sanciona en cierta forma en algunos países europeos¹⁷. Sin embargo, parece que la penalización de esa conducta es menos frecuente fuera de Europa. En unos cuantos países de Asia Sudoriental y del Oriente Medio también se requiere a toda persona que ofrezca alojamiento a extranjeros que lleve un registro y curse notificación a las autoridades, requisito cuyo incumplimiento puede llevar aparejadas sanciones

⁹ Véase Liz Fekete, "Europe: crimes of solidarity".

¹⁰ Véase Liz Fekete, Francesca Webber y Anya Edmond-Petit, "Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity", págs. 53 y 54.

¹¹ Véase Maria Lorena Cook, "Humanitarian aid is never a crime: humanitarianism and illegality in migrant advocacy", *Law & Society Review*, vol. 45, núm. 3 (septiembre de 2011).

¹² *Ibid.*

¹³ Véase Liz Fekete, Francesca Webber y Anya Edmond-Pettitt, "Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity", pág. 53.

¹⁴ Véase Andrew Burridge, "Differential criminalization under operation streamline: challenges to freedom of movement and humanitarian aid provision in the Mexico-US borderlands", *Refuge*, pág. 83.

¹⁵ Véase Kristina M. Campbell, "Humanitarian aid is never a crime: the politics of immigration enforcement and the provision of sanctuary", *Syracuse Law Review*, vol. 63 (2012).

¹⁶ Véase Liz Fekete, "Europe: crimes of solidarity".

¹⁷ Véase Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, "Criminalization of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them" (marzo de 2014).

administrativas y penales¹⁸. Asimismo, algunas entidades y algunos ayuntamientos de un país de América del Norte tienen leyes en las que se sanciona e incluso se encarcela a las personas por alquilar apartamentos a migrantes irregulares¹⁹.

Enjuiciamiento de autoridades religiosas, organizaciones no gubernamentales y otras personas o entidades que proporcionan vivienda o refugio a migrantes irregulares

12. En un país de América del Norte, desde hace décadas se lleva a juicio a iglesias, grupos humanitarios o personas que ofrecen refugio o un lugar seguro a los migrantes irregulares que corren peligro de ser capturados o deportados por las autoridades estatales²⁰. En un país europeo, una serie de ciudadanos han comparecido en juicio y algunos de ellos han sido condenados y han tenido que pagar multas cuantiosas por haber proporcionado vivienda o refugio a migrantes²¹. Por ejemplo, algunos miembros de la ONG Refugees Welcome to the Arctic fueron detenidos en 2016 y acusados de favorecer la residencia ilegal por haber ayudado a unos refugiados sirios que corrían peligro de ser expulsados a otro país a mudarse a un lugar seguro dentro de una iglesia. La fiscalía impuso una multa a esos tres miembros de esa ONG. Uno de ellos se negó a pagarla y su caso se llevó a juicio. Fue absuelto en 2017, pues, aunque su conducta había sido negligente y peligrosa, no se había demostrado que dicha conducta hubiera sido delictiva²².

Enjuiciamiento o represión de los abogados humanitarios que prestan asesoramiento jurídico a migrantes irregulares

13. Ha habido casos de acoso y amenazas contra los abogados que defienden los derechos de los migrantes. En abril de 2017, Northwest Immigrant Rights Project, una respetada ONG de un país de América del Norte que representaba a inmigrantes a los que se les había incoado un procedimiento de deportación, recibió una carta²³ del Departamento de Justicia de ese país con una orden de cese y desistimiento en la que se le exigía que dejara de representar a sus clientes y cerrara su programa de asesoramiento en materia de asilo. Se acusó a la ONG de infringir una norma que se había instituido para proteger a las personas contra los abogados o los notarios que cobraban dinero de esas personas y luego desistían de defender su causa²⁴. Sin embargo, la ONG logró impugnar la carta en los tribunales²⁵.

Sanciones a los ayuntamientos que ofrecen refugio a migrantes irregulares

14. En algunos Estados, algunos ayuntamientos han aprobado y aplicado una política de resistencia o de no cooperación para oponerse a ciertas leyes o medidas aprobadas por la administración central de su país, que esos ayuntamientos han considerado como atentatorias contra los derechos humanos de los migrantes irregulares y los refugiados²⁶. A menudo, ello ha llevado aparejada la provisión de prestaciones de acción afirmativa a estas

¹⁸ Esta información se ha extraído de un estudio sobre las leyes nacionales de inmigración de estos Estados.

¹⁹ Véase National Commission on Fair Housing and Equal Opportunity, “The future of fair housing” (diciembre de 2008), pág. 49.

²⁰ Véase Liz Fekete, Francesca Webber y Anya Edmond-Pettitt, “Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity”, pág. 3.

²¹ *Ibid.* pág. 55.

²² *Ibid.*

²³ Véase Departamento de Justicia, carta de 5 de abril de 2017, que se puede consultar en: www.nwirp.org/wp-content/uploads/2017/05/Dkt-1-1-exhibit.pdf.

²⁴ Véase Rachel B. Tiven. “The airport lawyers who stood up to Trump are under attack: the Department of Justice is perverting a rule to shut down immigration-rights lawyers”, *The Nation*, 19 de mayo de 2017.

²⁵ Véase *Northwest Immigrant Rights Project v. Sessions*, orden núm. 2:17-cv-00716, que se puede consultar en : www.nwirp.org/wp-content/uploads/2017/05/Dkt-33-order-granting-tro.pdf.

²⁶ Véase Kristina M. Campbell, “Humanitarian aid is never a crime: the politics of immigration enforcement and the provision of sanctuary”.

personas²⁷. Esos ayuntamientos han sufrido represalias de la administración central, para sancionarlos o reprimirlos por haber adoptado esa postura de oposición.

Enjuiciamiento o intimidación de los trabajadores humanitarios u otras personas que participan en manifestaciones callejeras de solidaridad con los migrantes irregulares o que las apoyan

15. En 2007, las autoridades de un país europeo presentaron demandas contra algunas personas que habían apoyado el día nacional de solidaridad que habían celebrado ese año unos grupos de la sociedad civil que defendían a los migrantes y, posteriormente, se adoptaron unas medidas que autorizaban al Gobierno a reunir y almacenar información sobre quienes simpatizaban con los solicitantes de asilo y los migrantes indocumentados²⁸. En otro país europeo, se procesó, por el cargo de alteración del orden público, a algunas personas que habían participado en unas protestas vecinales contra una redada que se había practicado contra una familia de migrantes²⁹.

Amenazas de enjuiciamiento, deportación o represión contra quienes hacen campaña en favor de los migrantes irregulares o hablan en favor de estos (o cumplimiento efectivo de estas amenazas)

16. En febrero de 2018, un grupo de expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas criticó a un país de América del Norte por haber enviado un requerimiento de comparecencia en un procedimiento de deportación a una mexicana que encabezaba una campaña contra el presunto maltrato que se infligía a los migrantes que estaban presos en ese país; dicho requerimiento guardaba relación, al parecer, con la labor de defensora de derechos que desarrollaba esa persona. Asimismo, los expertos se declararon preocupados por que el trato que había recibido esa persona parecía formar parte de una tendencia creciente a intimidar y represaliar a quienes defendieran los derechos de los migrantes³⁰. En un país europeo, las autoridades amenazaron, en una ocasión, con llevar a juicio a los políticos que habían formulado declaraciones de apoyo a una niña migrante de 15 años de edad a la que había ofrecido refugio un sacerdote católico³¹.

Enjuiciamiento o represión de quienes participan en protestas a bordo de aeronaves en solidaridad con migrantes irregulares que están a punto de ser deportados, o apoyan estas protestas

17. En marzo de 2017, un grupo de 15 activistas impidieron que se llevara a cabo un vuelo secreto de deportación encadenándose al avión y permaneciendo tumbados en el asfalto durante más de diez horas. Se acusó a los activistas de diversos delitos, entre ellos el delito de allanamiento con agravante y el delito terrorista de poner en peligro la seguridad de un aeropuerto, que lleva aparejada una pena máxima de cadena perpetua. Su juicio empezó el 14 de marzo de 2018 en un tribunal de lo penal, y está previsto que dure un tiempo considerable³². También se han llevado a juicio protestas de esa índole en otros países europeos. Cabe destacar que, aunque muchas de las personas enjuiciadas en los casos mencionados en los párrafos anteriores resultaron absueltas finalmente por los tribunales superiores de los países en cuestión, dichas personas sufrieron los rigores y las preocupaciones inherentes al hecho de haber sido criminalizadas temporalmente y haberse visto obligadas a defenderse en los tribunales de justicia, en ocasiones con un costo personal muy elevado.

18. Asimismo, cabe observar que la práctica de penalizar o reprimir a quienes prestan asistencia humanitaria a los migrantes irregulares y los refugiados suele autorizarse invocando las leyes y las prácticas nacionales de los países de que se trata. Por lo que

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Véase Liz Fekete, “Europe: crimes of solidarity”.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Véase www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22657&LangID=E.

³¹ Véase Liz Fekete, “Europe: crimes of solidarity”.

³² Véase Frances Webber, sitio web del Institute of Race Relations, sección “Interview”, entrevista del 8 de marzo de 2018.

respecta al “delito” de ayudar a entrar en un país, en un estudio reciente se comunica que, en cuatro de los seis países examinados, la prestación de ayuda a migrantes irregulares para que entren en cualquiera de sus territorios puede llevar aparejadas sanciones penales, aun cuando dicha ayuda se haya prestado sin ánimo de lucro³³. Por lo que respecta a ayudar a migrantes irregulares a permanecer en determinado país, en el estudio también se ha comprobado que esa actividad era punible penalmente o sancionable de alguna otra manera según la ley de los seis países examinados, si bien en cuatro de ellos, para que fuera punible, la ayuda debía tener ánimo de lucro. Ese era un elemento del delito que podía, quizá, proteger a quienes brindaban asistencia humanitaria a los migrantes irregulares de ser condenados en juicio, aunque no necesariamente de ser detenidos y enjuiciados³⁴. Del examen que ha hecho el Experto Independiente de la legislación nacional de países de todo el mundo se desprende que, al parecer, la postura que se adopta en la legislación de muchos países europeos, así como en la mayoría de los de África, Asia y América Latina, acerca de la responsabilidad penal o civil en que incurren quienes ayudan a los migrantes irregulares a entrar o quedarse es análoga a la que se acaba de exponer³⁵. Por lo que respecta al alquiler de viviendas a migrantes irregulares, en el examen global que ha hecho el Experto Independiente de las legislaciones nacionales se indica que esta actividad también se penaliza o se reprime por ley en una gran cantidad de países del mundo.

19. Es importante destacar que algunos países europeos han introducido excepciones humanitarias en sus leyes de lucha contra el tráfico ilícito de personas y otras leyes de inmigración y, por tanto, han despenalizado la mayoría de las expresiones de solidaridad hacia los migrantes irregulares. Por ejemplo, en 2012 Francia aprobó una ley en la que se eximía del enjuiciamiento a determinados familiares de los migrantes irregulares y a otras personas que proporcionarían a esos migrantes asistencia jurídica, alimentos, alojamiento, atención médica o cualquier otra asistencia dirigida a preservar la dignidad o la integridad física de esas personas³⁶. Esas “cláusulas humanitarias facultativas”, que se proponen en el derecho de la Unión Europea³⁷, pese a tener un alcance limitado, también se han introducido en las leyes de otros países europeos, como Alemania, Bélgica e Italia (exenciones explícitas para los trabajadores humanitarios que acuden en ayuda de cualquier tipo de migrantes); Dinamarca y Finlandia (exenciones solo de manera implícita); España, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (exenciones solo para quienes ayudan a solicitantes de asilo), y Grecia (exenciones solo para quienes rescatan a migrantes en el mar o ayudan a los que necesitan protección internacional).

20. Es más, en algunos otros Estados, los tribunales han dictaminado que la provisión de asistencia humanitaria a migrantes irregulares no se puede considerar, en sí misma, una conducta delictiva. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Austria resolvió, en 2006, que la ayuda humanitaria prestada sin intención de entorpecer la aplicación de medidas oficiales durante un período de tiempo prolongado no cumplía los requisitos para ser considerada delito. La reciente resolución del Tribunal Constitucional de Francia, según la cual Cedric Herrou no era culpable de haber introducido ilícitamente migrantes (entre ellos, solicitantes de asilo) en el país, ya que había obrado con arreglo a los principios de la fraternidad (es decir, de la solidaridad), es sumamente instructiva y progresista³⁸. En 2015, el Tribunal Supremo del Canadá resolvió, en el caso *R. c. Appulonappa*, que la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados era inconstitucional en la medida en que en ella no se distinguía entre el tráfico de personas con fines humanitarios y el tráfico con fines de

³³ Véase M. Provera, “The criminalization of irregular migration in the European Union”, Centre for European Policy Studies (Centro de Estudios sobre Política Europea), *Liberty and Security in Europe Papers*, núm. 80 (febrero de 2015).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Véase también Andreas Schloenhardt, “Trafficking in migrants in the Asia-Pacific: national, regional and international responses”, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 5 (2001).

³⁶ Véase Mark Provera, “The criminalization of irregular migration in the European Union”.

³⁷ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

³⁸ Caso de Cedric Herrou y otros, Tribunal Constitucional, decisión núm. 2018-717/718 QPC, de 6 de julio de 2018, que se puede consultar en: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm.

lucro³⁹. El Tribunal dictaminó que del criterio del lucro material o económico que figuraba en la definición del tráfico humanitario de personas del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementaba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se desprendía que en dicho Protocolo no se pretendía penalizar el tráfico de migrantes con fines humanitarios.

III. Leyes, políticas y prácticas regionales en las que se penaliza o reprime la prestación de asistencia humanitaria a migrantes irregulares o refugiados

21. Hay, al menos, dos normas jurídicas de ámbito regional en Europa que han contribuido, de la manera más directa y significativa, a mantener los regímenes jurídicos de la mayoría de los Estados europeos en los que se reprime y penaliza la prestación de asistencia humanitaria a migrantes irregulares. Ambas normas jurídicas pretendían específicamente poner coto a la migración irregular que entraba en Europa endureciendo las penas que se imponían a los actos realizados en ayuda de esos migrantes. La principal es la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que había sido adoptada por todos los Estados miembros de la Unión Europea en 2007⁴⁰. En la Directiva se exige a los Estados miembros que tomen medidas, antes del 5 de diciembre de 2004, para imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a quienes instiguen a ayudar a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de este, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros, y a quienes sean cómplices de estas infracciones o intenten cometerlas. Sin embargo, en la Directiva, mediante su denominada “cláusula humanitaria facultativa”, se deja al arbitrio de los Estados miembros la introducción (o no introducción) de una excepción limitada a esas normas en caso de que se preste ayuda a migrantes irregulares (salvo cuando esta tenga por objeto ayudarlos a residir en un país de la Unión Europea)⁴¹. En la Directiva no se define el término “ayuda humanitaria”. Por desgracia, como ya se ha señalado, hasta la fecha solo unos pocos Estados miembros de la Unión Europea han incorporado esa excepción humanitaria en su ordenamiento jurídico interno⁴².

22. La segunda norma jurídica de importancia regional en Europa es la Decisión marco del Consejo núm. 2002/946/JHA, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Esta decisión completa la Directiva 2002/90/CE y en ella se exige a los Estados miembros que impongan sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias por las infracciones de la Directiva. Esas sanciones consistirán en el decomiso del medio de transporte utilizado para cometer la infracción penal, en la prohibición de ejercer, directamente o por persona interpuesta, la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción, y en la expulsión. Complementan esas normas una plétora de documentos de política de orientación análoga, pero que no son vinculantes, como las Conclusiones del Consejo de Europa sobre el tráfico ilícito de migrantes, de marzo de 2016, y el Plan de Acción de la Unión Europea contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020), en los cuales se han propuesto unas medidas que han desembocado en la represión de la ayuda humanitaria a los migrantes irregulares. Las prácticas de algunos órganos de la Unión Europea, como la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (conocida

³⁹ Véase <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15648/index.do>.

⁴⁰ Véase Kay Hailbronner y Georg Jochum, “Synthesis report on the implementation of the directive on facilitation of unauthorised entry and stay of 28 November 2002” (Academic Network for Legal Studies on Immigration and Asylum in Europe, 2007).

⁴¹ Véase Sergio Carrera y otros, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalization of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants* (Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Interiores, Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, 2016), págs. 26 y 27.

⁴² Véase Rachel Landry, “The ‘humanitarian smuggling’ of refugees: criminal offence or moral obligation?” (Refugee Studies Centre, Universidad de Oxford, documento de trabajo núm. 119, octubre de 2016), pág. 10.

también como “Frontex”), han tenido efectos parecidos en ocasiones. Una de esas prácticas consiste en formular acusaciones infundadas, pero perjudiciales, de confabulación con los traficantes, o de prestación de ayuda y facilidades a estos, contra muchas de las ONG y los agentes humanitarios cuyo trabajo es ayudar a los migrantes irregulares⁴³.

23. En la región de Asia y el Pacífico, según parece, hay al menos dos documentos regionales de política que han contribuido considerablemente a reprimir y penalizar a quienes acuden en ayuda de los migrantes irregulares, incluso a quienes lo hacen por razones humanitarias. Esos instrumentos se han aplicado en muchos Estados de la región⁴⁴. En la Declaración de Bangkok sobre la Migración Irregular, de 1999, se alienta a los Estados partes de la región de Asia y el Pacífico a que tipifiquen como delito tanto la migración irregular como el tráfico ilícito de personas, y sancionen dicho tráfico, con independencia de que se realice con fines de lucro o no⁴⁵. En 2015, la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental aprobó la Declaración de Kuala Lumpur sobre la Circulación Irregular de Personas en Asia Sudoriental, que se suma también a la tendencia a penalizar el tráfico de personas, pero en la que no se distingue claramente entre el tráfico con fines de lucro y la prestación de ayuda humanitaria a migrantes irregulares para que entren o permanezcan en determinado país.

24. En África, no hay leyes, políticas y prácticas regionales dirigidas expresamente a reprimir o penalizar a quienes prestan asistencia humanitaria a los migrantes irregulares o los refugiados. Los problemas de la trata y el tráfico ilícito de personas en el Cuerno de África se han incluido en el programa de la Unión Africana y dieron lugar a la Declaración de Jartum, de 2014, acerca de la Iniciativa de la Unión Africana sobre la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes en el Cuerno de África. La Iniciativa tiene por objeto comprender detalladamente la cuestión del tráfico ilícito de personas y hacer un esfuerzo concertado para combatirlo. No ha dado lugar a ninguna práctica regional en materia de trata y tráfico ilícito de personas.

IV. La represión de la solidaridad hacia los migrantes y los refugiados por parte de un segmento de la sociedad civil

25. En muchas zonas del mundo, la ultraderecha u otros elementos extremistas de la sociedad civil han emprendido movilizaciones de masas, enfrentamientos grupales y otras actividades que han ido dirigidas a, o han tenido el efecto de, intimidar o causar daño a quienes prestan asistencia humanitaria a los migrantes irregulares. También se ha expresado una “especie de solidaridad” inquietante contra el humanitarismo en el ámbito de la migración a nivel mundial⁴⁶. La mayoría de las manifestaciones de este tipo de “solidaridad contra el humanitarismo” proceden de grupos de ultraderecha, derecha alternativa, nacionalistas blancos u otros grupos extremistas. Por ejemplo, Defend Europe y otros grupos análogos de ultraderecha han sacado partido del relato, generalmente falso, de que los agentes humanitarios están implicados en la trata de seres humanos en el mar Mediterráneo y, en julio de 2017, puso en marcha una patrulla marítima con objeto de sabotear activamente la labor de esos agentes⁴⁷. Aunque Defend Europe tuvo que renunciar a su misión, debido al sabotaje de los “antifascistas”, declaró que dicha misión había tenido éxito aduciendo que, para entonces, algunos Gobiernos ya habían hecho el trabajo por ellos.

⁴³ Véanse Stephanie Kirchgaessner, “EU migration crisis: border agency accused of stirring controversy” (*The Guardian*, abril de 2017); Italian Insider newsdesk, “Frontex accuses NGOs of providing smuggler ‘taxi’ service” (abril de 2017), y Nando Sigona, “NGOs under attack for saving too many lives in the Mediterranean” (*The Conversation*, marzo de 2017).

⁴⁴ Véase A. Schloenhardt, “Trafficking in migrants in the Asia-Pacific: national, regional and international responses”.

⁴⁵ Véanse, en particular, los párrafos 8 y 14 de la parte dispositiva.

⁴⁶ Véase Liz Fekete, Francesca Webber y Anya Edmond-Pettitt, “Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity”, pág. 31.

⁴⁷ Véase Maya Oppenheim, “Defend Europe: far-right ship stopping refugees ends its mission after a series of setbacks” (*The Independent*, agosto de 2017).

V. Análisis del derecho internacional general

26. El deber de rescatar a toda persona que corra peligro en el mar está bien asentado en el derecho internacional general⁴⁸. En el caso del *Cap Anamur*, el tribunal fundó su resolución de absolver a la persona a quien las autoridades de un Estado del sur de Europa habían acusado de delitos en materia de migración en el artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En dicho artículo se obliga a los capitanes o a “las autoridades competentes” que encuentren a personas que corran peligro en el mar, o reciban notificación respecto de dichas personas, a prestarles la ayuda necesaria para salvarles la vida y cualquier otra ayuda necesaria. En efecto, los Estados partes en la Convención tienen la obligación legal de exigir a los buques que enarbolan su pabellón que cumplan esa disposición. El mismo deber se impone también en el artículo 5 del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, de 1974; en el artículo 10 del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, de 1989, y en el artículo 2 del Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos, de 1979. En estos últimos tratados se tiende a imponer este deber a todos los capitanes de buques, no solo a los que están sujetos a la jurisdicción de determinado Estado parte. Por tanto, es evidente que tampoco los capitanes de buques cuyos propietarios u operadores sean grupos humanitarios (y, por ende, los marinos que estén bajo su mando) están exentos de ese deber.

27. La conclusión lógica de todo lo anterior es que las leyes y las prácticas nacionales y regionales que se acaban de analizar en la presente sección y en las que se penaliza o reprime a quienes ayudan a las personas que corren peligro de perder la vida en el mar contravienen, de manera patente, el régimen jurídico internacional en el que se reconoce el deber general de prestar asistencia en el mar⁴⁹. La absolución que se otorgó finalmente a los marinos acusados de delitos en materia de migración en los casos *Cap Amur* y *Morthada/el-Hedi* se fundamentó firmemente en el reconocimiento de la doctrina que se enuncia a ese respecto en el derecho internacional general y en las leyes de aplicación de la citada obligación jurídica internacional. No obstante, cabe puntualizar que, a pesar de las absoluciones finales, esos casos (y otros) muestran claramente que el rescate de personas en el mar sigue siendo, en realidad, “una actividad sancionada”, que ha modelado y puede seguir modelando “la futura conducta de los seres humanos en el mar”⁵⁰. La detención temporal y los largos juicios que han soportado los acusados pueden disuadir a muchos posibles rescatadores de intentar ayudar a los migrantes o los refugiados que corren peligro en el mar, lo que hará que se produzcan más muertes evitables de las que ya se producen.

28. Sin embargo, hay que recordar que la mayoría de los países que han tomado medidas más frecuentes para penalizar o reprimir los rescates humanitarios de migrantes que corrían peligro en el mar por parte de ONG u otros agentes privados han argumentado que estas medidas tendrán como resultado final reducir al máximo las muertes de migrantes y refugiados en el mar. Su argumento es que tales muertes cesarán si su armada y su sistema de justicia penal logran disuadir a los trabajadores humanitarios de ayudar a los migrantes irregulares que corren peligro en el mar, lo que disuadirá, a su vez, a estas personas de intentar cruzar el Mediterráneo u otros mares. Por ejemplo, algunos países de la Unión Europea han argumentado que han constituido el Grupo Especial para el Mediterráneo con objeto de salvar vidas en el mar y que los particulares o los grupos privados que rescatan a migrantes y refugiados que corren peligro en el mar animan a otros a intentar cruzarlo, lo que dificulta la labor del Grupo y provoca más muertes⁵¹. Sin embargo, hay pocas pruebas de que este planteamiento haya sido o pueda ser eficaz para detener los intentos, a menudo desesperados, que hacen los migrantes irregulares y los refugiados de cruzar el mar Mediterráneo y entrar en Europa.

⁴⁸ Véase Tugba Basaran, “Saving lives at sea: security, law and adverse effects”.

⁴⁹ Véanse Tugba Basaran, “Saving lives at sea: security, law and adverse effects” y Richard Barnes, “The international law of the sea and migration control” en *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Bernard Ryan y Valsamis Mitsilegas, eds. (Leiden, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2010).

⁵⁰ Véase Tugba Basaran, “Saving lives at sea: security, law and adverse effects”.

⁵¹ *Ibid.*

29. Asimismo, hay que recalcar que ciertas personas han argumentado que puede haber una divergencia entre la obligación de rescatar a los migrantes irregulares y los refugiados que corren peligro en el mar y los requisitos que han formulado, de manera explícita y clara, los Estados con litoral para permitir el desembarco en sus puertos⁵². Sin embargo, algunos han sostenido que es dudoso que el derecho de asistencia abarque el derecho de entrar en determinado puerto o determinadas aguas protegidas⁵³ y también han sostenido que, aun cuando las normas pertinentes del derecho internacional se aplican claramente a los casos de peligro físico, no cabe decir que se apliquen necesariamente, por extensión, a las embarcaciones que pretendan atracar en un puerto para desembarcar a personas rescatadas en el mar⁵⁴, y basan su argumentación en el caso *Tampa*, de agosto de 2001, en el que un país negó el permiso para desembarcar a unas personas que habían sido rescatadas en el mar por un buque⁵⁵. El Experto Independiente se inclina rotundamente por la postura opuesta. Opina que en los tratados pertinentes no se podría haber impuesto la obligación de rescatar a personas que corren peligro en el mar sin haber tomado en consideración el requisito implícito de que se les permitiera desembarcar en un puerto lo más cercano posible⁵⁶. En todo caso, la doctrina jurídica y las consecuencias de los casos *Cap Anamur* y *Morthada/el-Hedi* respaldan sólidamente su postura sobre este asunto.

30. Asimismo, se debería recordar que el deber que se impone en el derecho internacional general de rescatar a las personas que corren peligro en el mar (entre ellas, migrantes y refugiados) se limita a los espacios marítimos⁵⁷. No hay, en el derecho internacional, un deber positivo análogo de rescatar a personas que corren peligro en tierra en los correspondientes países de tránsito o destino. Esto ya lo han reconocido los tratadistas en el pasado⁵⁸.

31. El argumento general que se expone en la presente sección es que, si en el derecho internacional general se requiere a todo aquel que esté al mando de un buque que rescate a las personas que se encuentre en el mar (entre ellas, los migrantes y los refugiados) y que se hallen en apuros o en peligro de ahogarse y se requiere a todo Estado que exija y facilite esos rescates, entonces el penalizar o reprimir a quienes acaten esa obligación de rescate atenta, de manera patente, contra el derecho internacional general.

VI. Análisis internacional de los derechos humanos

32. El Experto Independiente desea insistir en que en varias normas internacionales de derechos humanos establecidas también se prohíben, o al menos se limitan rigurosamente, tanto la penalización de la asistencia humanitaria a migrantes irregulares y refugiados como otras medidas de índole igualmente represiva mediante las cuales los Estados han intentado

⁵² Véanse Richard Barnes, “The international law of the sea and migration control” y Natalie Klein, “International migration by sea and air,” en *Foundations of International Migration Law*, Brian Opeskin, Richard Perruchoud y Jillyanne Redpath-Cross (Cambridge, Cambridge University Press, 2012).

⁵³ Véase Richard Barnes, “The international law of the sea and migration control”.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Véase *Ruddock v. Vadarlis*, FCA 1329 (septiembre de 2001). Véanse también W. Kirtley, “The Tampa incident: the legality of *Ruddock v. Vadarlis* under international law and the implications of Australia’s new asylum policy”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, núm. 1 (enero de 2002); Richard Barnes, “Refugee law at sea”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, núm. 1 (enero de 2004), y Cecilia Bailliet, “The Tampa case and its impact on burden sharing at sea”, *Human Rights Quarterly*, vol. 25, núm. 3 (agosto de 2003).

⁵⁶ Véanse los párrafos 5 y 12 de la resolución 1821 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Véanse también las Normas aplicables a las operaciones en las fronteras marítimas que figuran en el anexo de la Decisión 2010/252/UE del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁵⁷ Véase Shalini Bhargava Ray, “Saving lives”, *Boston College Law Review*, vol. 58, núm. 4 (septiembre de 2017).

⁵⁸ *Ibid.*

acabar con la prestación de asistencia humanitaria privada a esas personas. Esas normas figuran en tratados internacionales de derechos humanos fundamentales, como el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

33. Si bien el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y forma parte de ella, también se debe aplicar de manera que se respete la normativa internacional de derechos humanos. En el Protocolo se exige a los Estados que penalicen el tráfico ilícito de personas, pero fija ciertos parámetros dentro de los cuales lo deben penalizar (art. 6). Uno de esos parámetros es que el Protocolo se aplicará “a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 [...], cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado” (art. 4)⁵⁹. De esta disposición se desprende muy claramente que la tipificación del delito de tráfico ilícito de personas que, según el Protocolo, deben realizar los Estados partes en su ordenamiento jurídico interno no es una tipificación en la que se penalice la prestación de asistencia humanitaria a migrantes irregulares. Ello también se desprende claramente de la lectura de la documentación preparatoria del Protocolo⁶⁰.

34. En el caso *R. c. Appulonappa*, el Tribunal Supremo del Canadá dictaminó que el Protocolo no tenía por finalidad penalizar el tráfico humanitario de personas y anuló una disposición de la legislación federal canadiense de inmigración, dado que dicha disposición contradecía la finalidad limitada del Protocolo. Con independencia del fondo de este argumento, que ha sido rechazado por algunos tribunales, cabe recordar, no obstante, que en el Protocolo también se “salvaguardan”, de manera explícita y completa, los demás derechos humanos internacionales que se garantizan a todos los seres humanos, incluidos los migrantes y sus aliados humanitarios. Según el Protocolo, “[n]ada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos” (art. 19). De ello se deduce que, aun cuando en el Protocolo se permitiera penalizar la asistencia humanitaria a los migrantes irregulares y los refugiados, esta penalización seguiría siendo ilegal con arreglo a otras normas internacionales (de derechos humanos). Esta interpretación del Protocolo se ve avalada también por la resolución adoptada en el caso *R. c. Appulonappa*.

35. No cabe duda de que la penalización, por parte de los Estados (e incluso de organizaciones regionales⁶¹), de la prestación, a los migrantes irregulares y los refugiados, de las modalidades de asistencia humanitaria que ya se han analizado infringirán, por lo general, la normativa internacional de derechos humanos. Esto se ha reconocido en las publicaciones sobre el tema⁶². Por ejemplo, un especialista ha señalado con acierto que esas medidas de penalización han impedido invariablemente a los migrantes irregulares y los refugiados disfrutar de muchos de sus derechos humanos, sobre todo de la recepción de servicios indispensables y de emergencia⁶³. En estos casos hay vulneraciones de varias normas internacionales de derechos humanos y, así pues, se tratarán aquí las maneras en

⁵⁹ Véase también Liz Fekete, “Europe: crimes of solidarity”.

⁶⁰ Véase Rachel Landry, “The ‘humanitarian smuggling’ of refugees: criminal offence or moral obligation?”

⁶¹ Véase Sergio Carrera y Joanna Parkin, “Protecting and delivering fundamental rights of irregular migrants at local and regional levels in the European Union” (Centre for European Policy Studies, 2011), pág. 3.

⁶² Véanse Mark Provera, “The criminalization of irregular migration in the European Union”, págs. 27 y 28, y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Criminalization of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them”.

⁶³ Véase Mark Provera, “The criminalization of irregular migration in the European Union”, págs. 27 y 28. Véase también Jennifer Allsopp, “Contesting fraternité: vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France” (Refugee Studies Centre, Universidad de Oxford, documento de trabajo núm. 82, julio de 2012), págs. 5 y 6.

que se vulneran esas normas mediante una u otra clase de penalización o represión de la asistencia humanitaria a los migrantes irregulares.

Derecho a la vida

36. Este derecho se garantiza en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se dispone lo siguiente: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley”. La represión y la penalización de quienes realizan rescates humanitarios de migrantes irregulares o refugiados que corren peligro de muerte en el mar contravienen esa disposición, como ha señalado acertadamente la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en un informe reciente (A/73/314). Si, en su condición de ser humano, un migrante irregular o un refugiado tiene el derecho inherente a la vida, que es un derecho protegido por ley, la penalización o la represión de todo acto dirigido a impedir que pierda la vida constituye una vulneración de este derecho. Por tanto, pocas personas podrían disentir razonablemente de la idea de que, desde la perspectiva de los derechos humanos internacionales, es imperativo rescatar a quienes se encuentran en situación de peligro en el mar⁶⁴. Sin embargo, “la sombra y la realidad” de las sanciones penales impuestas a las personas que intentan rescatar a los migrantes irregulares que corren peligro en el mar ha llevado a estas a pensárselo antes de prestar dicha asistencia, y esta vacilación ha tenido, a menudo, graves consecuencias para los migrantes y los refugiados cuya vida peligra. Ejemplo de ello es el extraordinario incremento de las muertes de migrantes irregulares y refugiados en una frontera de América del Norte desde 1994⁶⁵.

Derecho a la libertad y la seguridad de la persona

37. Los derechos interrelacionados de la libertad y la seguridad de la persona se garantizan en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En la jurisprudencia de los tribunales de algunos países⁶⁶, así como en la del Comité de Derechos Humanos⁶⁷, se reconoce claramente que la legitimación de un migrante o refugiado que sufre amenazas en otro país para disfrutar de sus derechos humanos fundamentales (por ejemplo, el derecho a no sufrir discriminación ni tortura ni muerte) y para recibir protección en su país de acogida dimana del derecho a la libertad y la seguridad de la persona. Así pues, el enjuiciamiento o la represión de los trabajadores humanitarios que, sin ánimo de lucro personal, ayudan a esos migrantes irregulares a entrar en un país, los ayudan a desplazarse por su interior o los ayudan a encontrar refugio en el país de acogida, vulnerarán esos dos derechos interrelacionados.

Derecho a la libertad de expresión

38. El derecho a la libertad de expresión se garantiza en el artículo 19, párrafo 2, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por consiguiente, el enjuiciamiento o la represión de los trabajadores humanitarios que participan en manifestaciones callejeras en solidaridad con los migrantes irregulares o los refugiados, o que las apoyan; las amenazas de enjuiciamiento, deportación o represión contra quienes hagan campaña en favor de dichas personas o hablen en su favor (o el cumplimiento efectivo de tales amenazas), y el enjuiciamiento o la represión de quienes participen, de manera razonable, en protestas a

⁶⁴ Véase Brunilda Pali, “Europe as Terraferma: against the criminalization of solidarity”, *Security Praxis* (mayo de 2017).

⁶⁵ Véase Jill. M. Williams, “The safety/security nexus and the humanitarisation of border enforcement” *The Geographical Journal*, vol. 182, núm. 1 (marzo de 2016).

⁶⁶ Véanse *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, Tribunal Supremo del Canadá, sentencias (SCR 177, 4 de abril de 1985), párrs. 44 a 48, 52, 53, 59 y 60; *Suresh v. Canada (Ministerio de Ciudadanía e Inmigración)*, Tribunal Supremo del Canadá, sentencias (1 SCR. 3, 11 de enero de 2002), párrs. 75 a 78, 113, 114, 118 y 119; *Medovarski v. Minister of Citizenship and Immigration y Esteban v. Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal Supremo del Canadá, sentencias (2 SCR. 539, 2005 SCC 51, 30 de septiembre de 2005), párrs. 17 y 19 a 22.

⁶⁷ Véanse *Said Hashi c. Dinamarca* (CCPR/C/120/D/2470/2014), párrs. 9.1 a 9.10; *F. J y otros c. Australia* (CCPR/C/116/D/2233/2013), párrs. 10.5 a 13, y *X c. Dinamarca* (CCPR/C/110/D/2007/2010), párrs. 8.5 y 9.3.

bordo de aeronaves en solidaridad con migrantes irregulares que estén a punto de ser deportados, son vulneraciones evidentes de ese derecho. El ejercicio de ese derecho queda limitado expresamente por la autorización que se concede a los Estados, en el artículo 19, párrafo 3, de fijar las restricciones “necesarias” para “[a]segurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” y “[l]a protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Salvo en el caso de protestas a bordo de una aeronave, la penalización o la represión de las protestas en solidaridad con los migrantes irregulares y los refugiados es manifiestamente injustificable, incluso en virtud de cualquiera de esas restricciones autorizadas. Aun así, no todo acto de protesta a bordo de una aeronave se puede reprimir o penalizar justificadamente en interés de la seguridad nacional. Esas restricciones deben ser estrictamente necesarias y justificables a la luz de las circunstancias del caso⁶⁸.

Derecho a ser oído con las debidas garantías

39. El derecho a ser oído con las debidas garantías se reconoce en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Un componente fundamental de ese derecho es el derecho a disponer de asistencia letrada que tienen las personas acusadas de haber infringido la ley, o aquellas a quienes sea probable que se acuse de tal infracción. Vulnera el disfrute de ese derecho toda ley o práctica que restrinja o niegue la elección del propio abogado. Así pues, vulneraría ese derecho el enjuiciamiento o la represión de los abogados de talante humanitario que prestan asistencia jurídica a los migrantes irregulares. Y ello es así porque ese enjuiciamiento o esa represión tendrá el efecto de disuadir a muchos abogados de prestar asesoramiento a migrantes irregulares o refugiados, con lo que se restringirá considerablemente el derecho de estos a disponer de asistencia letrada.

Derecho a una vivienda adecuada

40. El derecho a una vivienda adecuada se garantiza en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como componente del “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado”. Esta disposición exige a los Estados partes en el Pacto que tomen medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho. La penalización o la represión de los trabajadores humanitarios que alquilan alojamientos a los migrantes irregulares o los refugiados y el enjuiciamiento o la represión de que son objeto las autoridades religiosas, las ONG y otras personas y entidades que les proporcionan vivienda o refugio son vulneraciones graves y evidentes de ese derecho. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado, con arreglo a su autoridad acreditada, que en el Pacto se exige a los Estados que garanticen a “todos” quienes estén en su territorio una “legitimación básica mínima” para ejercer cada uno de los derechos que figuran en dicho instrumento, como el derecho a una vivienda adecuada⁶⁹. Conviene señalar que en el artículo 2, párrafo 3, solo a los países en desarrollo se les ofrece un margen de maniobra para determinar en qué medida se negarán a garantizar tal derecho a personas que no sean nacionales suyos, como los migrantes irregulares. Asimismo, el caso *Conference of European Churches v. the Netherlands* que ha dirimido el Comité Europeo de Derechos Sociales ejemplifica la validez de las posturas adoptadas en el presente documento por el Experto Independiente⁷⁰.

Derecho a una alimentación y un nivel de vida adecuados

41. El derecho a la alimentación se garantiza en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como componente del “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado”. Con arreglo a los argumentos expuestos en el párrafo anterior, es evidente que el enjuiciamiento o la represión de los trabajadores humanitarios que atienden las necesidades vitales de los migrantes irregulares y los refugiados, como la provisión de alimentos, agua, asistencia médica, vestido y duchas, constituye también una

⁶⁸ Véase *Bakur c. Belarús* (CCPR/C/114/D/1902/2009), párrs. 7.4, 7.7, 7.9 y 7.10.

⁶⁹ Véanse Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 4 (1991), sobre el derecho a una vivienda adecuada, e *I. D. G c. España*. (E/C.12/55/D/2/2014), párr. 11.1.

⁷⁰ Véase *Conference of European Churches v. the Netherlands* (decisión sobre el fondo, 1 de julio de 2014), reclamación núm. 90/2013, párrs. 31, 32, 34, 35, 37, 41, 45, 48 y 113.

grave vulneración de este derecho y que la cláusula de la “realización progresiva” que se ha analizado antes no evita que tales actos de penalización y represión sean ilegales según la normativa internacional de derechos humanos.

42. Además, el Experto Independiente desea recalcar que, en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2018 y suscrito por 152 Estados Miembros, las partes se comprometieron a garantizar un conjunto de principios rectores, que eran transversales e interdependientes, entre ellos los derechos humanos y el bienestar de los migrantes (independientemente de su estatus migratorio); la adhesión al estado de derecho, y la cooperación internacional⁷¹. En el párrafo 24 del Pacto Mundial, los signatarios se “compromet[ieron] a cooperar en el plano internacional para salvar vidas y evitar que los migrantes result[ara]n muertos o heridos, realizando operaciones individuales o conjuntas de búsqueda y salvamento y estandarizando la recopilación y el intercambio de información pertinente, para asumir la responsabilidad colectiva de preservar la vida de todos los migrantes de conformidad con el derecho internacional”. En esta disposición se pone de relieve la postura jurídica que ha expuesto antes el Experto Independiente. Asimismo, en el Pacto Mundial sobre los Refugiados (A/73/12, parte II, párrs. 5 y 16) se insiste en que el principio de la solidaridad internacional es un principio rector fundamental para la protección y el bienestar de los refugiados y los solicitantes de asilo.

43. Además, el Experto Independiente recuerda que, en el informe que presentó al Consejo de Derechos Humanos en 2017, el Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos analizó la situación de las personas que actuaban en defensa de los derechos de los migrantes y los refugiados y señaló la difícil situación de quienes trabajaban en solidaridad con esas personas y trataban de promover y procurar la protección de sus derechos. Exhortó a todos los Estados y demás agentes pertinentes a que protegieran y promovieran los derechos de los defensores de las personas en movimiento y atendieran a los problemas a que estos se enfrentaban (A/HRC/37/51).

44. Habida cuenta del análisis que se ha expuesto en los párrafos anteriores, se debe considerar si los actos mencionados son justificables en virtud de una cláusula limitativa general (en interés de la seguridad nacional o del orden público) o en virtud de cualesquiera disposiciones derogatorias de los tratados pertinentes que otorguen a los Estados cierta flexibilidad durante las crisis o las emergencias de orden público. Muchos Estados han calificado los recientes fenómenos de la migración masiva o la salida masiva de refugiados a escala mundial de crisis de seguridad nacional o de orden público propiamente dicha o de detonante de una crisis tal⁷². Dado que no hay una cláusula relativa a las emergencias de orden público ni en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el análisis que se hace aquí se limitará al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y versará solo sobre las garantías de estos derechos que se han examinado en el párrafo anterior.

45. El Tribunal Supremo del Canadá ha elaborado una fórmula general sistemática y rigurosa para equilibrar los intereses de la sociedad en materia de seguridad nacional, seguridad pública y orden público, por un lado, y los derechos humanos de la persona, por otro⁷³. La denominada “prueba de Oakes” se aplica cuando hay que limitar los derechos individuales para cumplir unos fines colectivos de importancia fundamental. Y, según ella, para que se justifique la limitación de los derechos individuales, se deben dar dos condiciones claras:

a) Que el objetivo de la limitación prevista atañe a cuestiones que sean acuciantes y sustanciales en una sociedad libre y democrática, y

⁷¹ Véase la resolución 73/195 de la Asamblea General, párrs. 15 y 24.

⁷² Véanse, por ejemplo, www.kormany.hu/en/prime-minister-s-office/news/government-declares-state-of-crisis-due-to-mass-migration-in-two-counties y www.theguardian.com/world/2015/sep/03/migration-crisis-hungary-pm-victor-orban-europe-response-madness.

⁷³ Véase *R. v. Oakes*, Tribunal Supremo del Canadá, sentencias (1 SCR. 103, 1986).

b) Que los medios elegidos sean razonables y estén indudablemente justificados. Para ello, las medidas que se adopten deben formularse cuidadosamente para cumplir el objetivo (y no ser instrumentos genéricos). Asimismo, los medios elegidos deben menoscabar lo mínimo posible el derecho humano de que se trate. Además, debe haber proporcionalidad entre los efectos de las medidas que limiten el derecho y el objetivo en interés del cual se lo limite (es decir, las medidas no deben ser excesivas y deben respetar el principio de limitar los derechos solo cuanto resulte absolutamente necesario).

46. Si bien los Estados y las organizaciones regionales que han promulgado leyes y aplicado prácticas en las que se penaliza o reprime la prestación de asistencia humanitaria a los migrantes irregulares o los refugiados pueden estar en lo cierto, o no, al argumentar que su preocupación por la afluencia relativamente grande de esos migrantes a su territorio se atiene al requisito del apartado a) del párrafo anterior, les resultará muy difícil argumentar convincentemente que se atiene al requisito del apartado b). Es obvio que los medios que han elegido no menoscaban lo mínimo posible los derechos humanos de los migrantes y sus aliados humanitarios, y que tampoco hay proporcionalidad entre los efectos de las medidas que limitan el derecho (es decir, la penalización y la represión) y el objetivo en interés del cual lo limitan (que es restringir la inmigración en su territorio)⁷⁴. Sin embargo, los cauces solidarios son, por lo general, los únicos cauces por los cuales los migrantes irregulares y los refugiados pueden ejercer sus derechos básicos y vivir una vida mínimamente digna⁷⁵. Habida cuenta de que las redes de asistencia social y la solidaridad son, casi siempre, los medios principales por los cuales los migrantes irregulares pueden ejercer sus derechos básicos de manera efectiva, la penalización de la solidaridad fomenta su exclusión social y constituye un atentado directo contra los derechos humanos protegidos internacionalmente, como el derecho a la dignidad⁷⁶. Conviene destacar, a este respecto, que incluso la incorporación de la “cláusula humanitaria facultativa” en la Directiva europea 2002/90/CE resultó polémica (era una cláusula que no se atenía a lo dispuesto en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire⁷⁷). El texto definitivo aprobado fue, en realidad, una solución de compromiso propuesta por Suecia, ya que Austria se había opuesto a la cláusula en su totalidad, el Reino Unido había planteado reservas, Alemania había propuesto una cláusula humanitaria obligatoria y Grecia no estaba en desacuerdo con el fondo de la disposición.

47. Asimismo, se debe señalar que esas medidas y esos actos que penalizan o reprimen la expresión de la solidaridad internacional hacia los migrantes irregulares y los refugiados, que se funda en los derechos humanos, contravienen la letra y el espíritu del derecho de este segundo grupo de personas a la solidaridad internacional, un derecho que figura en el proyecto de declaración sobre el derecho a la solidaridad internacional que se presentó al Consejo de Derechos Humanos en 2017, en el anexo del informe final de la anterior Experta Independiente (A/HRC/35/35). El proyecto de declaración nos ofrece un indicio convincente de lo que exigiría la solidaridad internacional en este caso.

VII. Conclusiones y recomendaciones para una reforma que sea favorable a los derechos humanos

48. **En conclusión, el Experto Independiente opina que la penalización o la represión de la prestación de asistencia humanitaria a los migrantes irregulares y los refugiados menoscaba o vulnera, de manera considerable e injustificable, sus derechos humanos y es, pues, ilegal con arreglo a la normativa internacional de derechos**

⁷⁴ Véase Liz Fekete, “Europe: crimes of solidarity”.

⁷⁵ Véase Sergio Carrera y Joanna Parkin, “Protecting and delivering fundamental rights of irregular migrants at local and regional levels in the European Union”, pág. 3.

⁷⁶ Véase Sergio Carrera y Massimo Merlino, “Undocumented immigrants and rights in the EU: Addressing the gap between social science research and policy-making in the Stockholm programme?” (Centre for European Policy Studies, diciembre de 2009), pág. 33.

⁷⁷ Véase Sergio Carrera y otros, *Fit for Purpose?: The Facilitation Directive and the Criminalization of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, págs. 10 y 11. Véase también Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 47.

humanos. Así lo ha reconocido la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷⁸. Asimismo, se debe señalar que la iniciativa reciente que ha emprendido Francia para despenalizar la expresión de la solidaridad hacia los migrantes irregulares y los refugiados, que incluye la resolución progresista adoptada por el Tribunal Constitucional en el caso de Cedric Herrou, es indicio de que incluso los Gobiernos son cada vez más conscientes de que esos edictos atentan contra los derechos humanos⁷⁹.

49. Dadas la notoriedad y la importancia que tienen las cuestiones de migración en nuestra época, habida cuenta especialmente de las graves repercusiones que tienen en los derechos humanos las leyes y las prácticas que penalizan o reprimen la prestación de asistencia humanitaria (es decir, la expresión de la solidaridad internacional fundada en los derechos humanos) a los migrantes irregulares y los refugiados, es imperativo que los Estados y otros interesados redoblen sus esfuerzos por abordar, de manera mucho más eficaz, las cuestiones y las dificultades que se exponen en el presente informe. El Consejo de Derechos Humanos se halla en excelentes condiciones para favorecer ese proceso.

50. A la luz de los argumentos y el análisis que se han expuesto en el presente informe, el Experto Independiente formula las siguientes recomendaciones:

a) Todos los Estados deberían tomar todas las medidas individuales y colectivas que fueran necesarias para poner fin a la penalización y la represión de quienes prestan asistencia humanitaria a los migrantes irregulares y los refugiados y, por tanto, les muestran solidaridad. En este sentido, el ejemplo que ha dado Francia es digno de emulación;

b) A tal fin, todos los Estados que hayan promulgado, o vayan a promulgar, leyes de lucha contra el tráfico ilícito de personas deberían velar por que se incorporaran en ellas unas cláusulas de exención en las que se aclarara lo mejor posible que las personas y los grupos que prestan asistencia humanitaria a los migrantes no deben ser penalizadas ni reprimidas por dichas leyes;

c) Todas las organizaciones regionales deberían velar por que su régimen jurídico y sus prácticas no dieran lugar a la penalización ni la represión de la expresión de la solidaridad hacia los migrantes por parte de los agentes humanitarios. A este respecto, se deberían modificar la Directiva 2002/90/CE del Consejo de Europa, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, así como otras normas jurídicas de la Unión Europea, para que su cláusula humanitaria, que es actualmente facultativa, fuera obligatoria para todas las partes sujetas a ella;

d) Los Estados partes en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire deberían estudiar la posibilidad de aprobar y ratificar un protocolo de reforma en el que suprimiera la facultad discrecional que se otorga en el Protocolo a los Estados para definir el tráfico ilícito de personas y elaborar unas leyes poco humanitarias de lucha contra este tráfico en su ordenamiento jurídico nacional. Con ello se remediaría la propensión que tienen actualmente demasiados Estados a aprobar y aplicar unas disposiciones demasiado amplias que penalizan a los delincuentes organizados y los agentes humanitarios de manera parecida. A este respecto, puede servir como ejemplo positivo la resolución adoptada por el Tribunal Supremo del Canadá en el caso *R. v. Appulonappa*;

⁷⁸ Véase Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Criminalization of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them”.

⁷⁹ Véase la Ley núm. 2012-1560, que se puede consultar en: www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1A086BE418596ED3F4A27A222F25AAE7.tpdjo15v_1?cidTexte=JORFTEXT000026871211&categorieLien=id. Véase también Mark. Provera, “The criminalization of irregular migration in the European Union”, pág. 17.

e) Todos los Estados deberían volver a centrarse en las obligaciones que se les imponen en los tratados de rescatar y facilitar el rescate de todas las personas que corren peligro en el mar, en particular los migrantes irregulares y los refugiados, pues el descuidar esas obligaciones constituye una infracción grave del derecho internacional;

f) Los Estados deberían tomar medidas para aclarar que la obligación jurídica internacional de rescatar a los migrantes que corren peligro en el mar comprende la obligación efectiva e implícita de permitir a los migrantes y los refugiados rescatados desembarcar en la parte terrestre del territorio de cualquiera de los Estados con litoral situados en la zona correspondiente;

g) Los Estados deberían estudiar la posibilidad de instaurar, o al menos explicar, la obligación positiva de rescatar a los migrantes que corran peligro en la parte terrestre de su territorio, y no penalizar ni reprimir a los agentes humanitarios que intentan rescatar a esas personas. El Consejo de Derechos Humanos podría actuar como facilitador de esa reforma;

h) Los Estados deberían tomar medidas para disuadir y sancionar a los elementos de los diversos segmentos de su sociedad civil que pretendan reprimir a quienes muestran solidaridad hacia los migrantes.
