



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/HRC/7/12
25 de febrero de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS
Séptimo período de sesiones
Tema 3 de la agenda

**PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS,
CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES,
INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO**

**Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los
migrantes, Sr. Jorge Bustamante***

Resumen

Éste es el tercer informe presentado por el Sr. Jorge Bustamante desde su nombramiento como Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en julio de 2005. En el informe se resumen las actividades del Relator Especial, incluidas las visitas solicitadas y realizadas, y las comunicaciones y respuestas recibidas. En la sección temática del informe se destacan algunos de los principales retos relacionados con la penalización de la migración irregular y se exponen diversos aspectos de la responsabilidad de los Estados en materia de protección de los migrantes irregulares. Las conclusiones y recomendaciones se presentan a los Estados en lo que respecta al marco jurídico aplicable en materia de protección y a las tendencias generales observadas.

* El informe se ha presentado con retraso para incluir en él la mayor cantidad posible de información actualizada.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1	3
I. ACTIVIDADES DEL RELATOR ESPECIAL	2 - 12	3
A. Visitas a los países	2 - 4	3
B. Comunicaciones intercambiadas con los Estados Miembros ...	5 - 8	3
C. Otras actividades	9 - 12	4
II. CUESTIONES TEMÁTICAS: CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR	13 - 59	5
A. Protección que se concede a los migrantes irregulares	13 - 33	5
B. Examen detallado de las cuestiones relativas a la penalización	34 - 59	13
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES	60 - 75	21

INTRODUCCIÓN

1. Éste es el tercer informe que presenta al Consejo de los Derechos Humanos el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes y abarca las actividades realizadas en 2007. Las actividades del Relator Especial se llevan a cabo de conformidad con lo establecido en la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, en que la Comisión creó el mecanismo y definió sus funciones. En su 61º período de sesiones, la Comisión decidió, en su resolución 2005/47, prorrogar por un período de tres años el mandato del Relator Especial, un mandato que fue renovado por el Consejo de Derechos Humanos en virtud de su resolución 5/1.

I. ACTIVIDADES DEL RELATOR ESPECIAL

A. Visitas a los países

2. Desde que asumió el cargo en julio de 2005, el Relator Especial ha solicitado que se le invite a visitar los siguientes países: Australia, Bahrein, Canadá, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Guatemala, Indonesia, Japón, Malasia, Mauritania, México, Qatar, República de Corea, Senegal y Sudáfrica.

3. Australia, Guatemala, Indonesia, México, la República de Corea, Sudáfrica y los Estados Unidos de América contestaron afirmativamente a la solicitud del Relator Especial. Éste visitó la República de Corea e Indonesia en diciembre de 2006¹. Del 30 de abril al 18 de mayo de 2007 el Relator Especial realizó una visita oficial a los Estados Unidos de América².

4. Tiene previsto realizar visitas a México y Guatemala del 9 al 15 de marzo y del 24 al 28 de marzo de 2008, respectivamente. Otras visitas que se han de realizar en 2008 siguen en estudio. El Relator Especial quisiera dar las gracias a los gobiernos que han accedido a que visite sus países e instar a aquellos otros que aún no hayan respondido a su solicitud a que lo hagan.

B. Comunicaciones intercambiadas con los Estados Miembros

5. Del 1º de enero al 31 de diciembre de 2007, el Relator Especial envió a 22 Estados Miembros un total de 25 comunicaciones en las que denunciaba vulneraciones de los derechos humanos de migrantes. De las comunicaciones enviadas, 14 eran llamamientos urgentes y el resto cartas de denuncia. Se enviaron comunicaciones a los siguientes países: Angola, Arabia Saudita (2), Bulgaria, China, Congo, Estados Unidos de América (2), Etiopía, Guatemala, Guinea, Irán (República Islámica del), Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Líbano, México, Mozambique, Nueva Zelanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2), Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia y Yemen.

¹ A/HRC/4/24/Add.2 y A/HRC/4/24/Add.3.

² A/HRC/7/12/Add.2.

6. El Relator Especial sólo recibió respuesta a 12 de las 25 comunicaciones enviadas. El Relator Especial quisiera dar las gracias a todos los gobiernos que han respondido a sus comunicaciones por su colaboración y también recordar a los gobiernos que no han respondido que deben hacerlo, abordando todas las inquietudes expuestas en cada comunicación.

7. De las 25 comunicaciones transmitidas, 22 fueron enviadas conjuntamente por el Relator Especial y los siguientes titulares de mandatos de los procedimientos especiales: el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias; la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; el Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños; el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados; la Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos; la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías; y el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto.

8. En una adición de este informe³ figura un resumen de todas las comunicaciones enviadas durante el período que se examina, incluidos los llamamientos urgentes y las cartas de denuncia, así como las respuestas de los gobiernos.

C. Otras actividades

9. En junio de 2007, el Relator Especial asistió a las sesiones del Consejo de Derechos Humanos y aprovechó su estancia en Ginebra para celebrar reuniones y consultas con el personal de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en particular con quienes se ocupan de otros mandatos, los miembros del Grupo de Tareas del ACNUDH sobre las migraciones y la secretaria del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Comité para los Trabajadores Migratorios). También se reunió con representantes de la comunidad diplomática y de organizaciones no gubernamentales e internacionales.

10. El 26 de octubre de 2007 el Relator Especial visitó Nueva York, en donde presentó su informe a la Tercera Comisión de la Asamblea General. El Relator Especial indicó que, si bien todos los Estados tenían el derecho soberano de proteger sus fronteras y regular sus políticas de migración, cuando promulgasen y aplicasen legislación sobre inmigración, los Estados debían garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes. También indicó que los Estados deberían cooperar con miras a fomentar la migración regular y a invertir para ofrecer más oportunidades a los trabajadores migrantes en sus países de origen, en vez de centrarse únicamente en los aspectos de seguridad, lo cual a todas luces no impide a los migrantes llegar a los países de destino.

³ A/HRC/7/12/Add.1.

11. Por último, el Relator Especial recalcó que, pese a que la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Asamblea General en 1990, era uno de los siete instrumentos básicos que definía el régimen mundial de protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, aún había que convencer a diversos gobiernos de la necesidad de ratificarla. Reiteró además la necesidad de adoptar un criterio amplio respecto a los derechos humanos de los migrantes para velar por que éstos tuvieran un marco de protección, y disfrutaran de derechos suficientes y adecuados a su situación de particular vulnerabilidad.

12. El Día Internacional del Migrante, el 18 de diciembre, el Relator Especial emitió una declaración conjunta con el Presidente de la Comisión para los Trabajadores Migratorios, en la que ambos pedían la ratificación general de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

II. CUESTIONES TEMÁTICAS: CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

A. Protección que se concede a los migrantes irregulares

1. Tendencias generales y responsabilidad del Estado

13. El Relator Especial observa que los migrantes irregulares siguen siendo objeto de abusos todo a lo largo del proceso de migración (en el país o territorio de origen, de tránsito y de destino) y, por consiguiente, considera importante celebrar un debate que permita sacar a la luz algunas de las violaciones que se cometen contra los migrantes irregulares y la responsabilidad del Estado de adoptar medidas para prevenirlas. El Estado dispone de amplios poderes para determinar las condiciones de admisión, estancia y expulsión de los no nacionales. Además, el Estado goza de autoridad soberana para tomar medidas para proteger su seguridad nacional, y determinar las condiciones para la concesión de la nacionalidad. Sin embargo, ese poder de admisión y expulsión debe ejercerse desde el pleno respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los no nacionales, que se consagran en toda una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho internacional consuetudinario⁴.

14. Aunque todos los Estados tienen el derecho soberano de proteger sus fronteras y regular sus políticas de migración, al promulgar y aplicar la legislación nacional en materia de inmigración también deben asegurar el respeto de los derechos humanos de los migrantes. Cualquiera que sea la condición jurídica del migrante, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplen las normas relativas a los derechos humanos fundamentales y que todos los migrantes son tratados con dignidad. El Comité de Derechos Humanos, que supervisa

⁴ Véase Organización Internacional para las Migraciones, *International Migration Law, Developing Paradigms and Key Challenges*, Ryszard Cholewinski, Richard Perruchoud, Euan MacDonald, eds. (Asser Press, La Haya, 2007), y OIM, *Compendium of International Migration Law Instruments*, compilado y editado por Richard Perruchoud y Katarina Tomolova (Asser Press, La Haya, 2007).

la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, viene observando desde hace tiempo que, con frecuencia, en los informes de los Estados no se tiene en cuenta que cada Estado Parte debe garantizar los derechos que se enuncian en el Pacto "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción"⁵. Los Estados tienen la responsabilidad y la obligación de respetar y proteger a todas las personas que se encuentran en su territorio, tanto nacionales como extranjeras, como quiera que hayan entrado en el país y cualquiera que sea su situación como migrantes⁶. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas.

15. A pesar de las normas internacionales destinadas a brindar protección a todas las personas, el Relator Especial desea llamar la atención sobre la creciente criminalización de la migración irregular y los abusos que sufren los migrantes durante todas las fases del proceso migratorio. En muchos países, esa criminalización responde a sentimientos subyacentes de rechazo hacia los migrantes, que con frecuencia se reflejan en los marcos institucionales y de políticas destinados a gestionar las corrientes migratorias, a menudo de manera meramente restrictiva. El Relator Especial ha recibido informes sobre las prácticas de justicia penal que siguen los Estados para luchar contra la migración irregular, incluida la tipificación como delitos más graves de las infracciones relacionadas con la migración (en lugar de tratarlos como faltas administrativas) y la colaboración transnacional de la policía y otras autoridades, que, en algunos casos, ha dado lugar a la violación de los derechos de los migrantes.

16. Esas tendencias generales pueden agruparse en dos categorías amplias -la externalización de las medidas de control de la migración y la criminalización de la migración de mano de obra. Dentro de esas categorías, conviene examinar tres subtemas específicos: las violaciones de los derechos de los migrantes irregulares relacionadas con su interceptación y salvamento en el mar, su detención y expulsión, y la introducción ilegal y la trata de migrantes, que se examinarán en relación con el marco jurídico aplicable a la protección y con las tendencias generales observadas. El Relator Especial desea subrayar que el presente informe no pretende servir de excusa a la migración irregular ni alentarla, sino destacar la importancia de que los Estados respeten las normas internacionales de derechos humanos en sus contactos con todos los migrantes, aunque se trate de migrantes indocumentados. Por lo tanto, los Estados deben tomar medidas para promover los cauces de migración legales y prestar asistencia a ese proceso.

2. Externalización de las medidas de control de la migración

17. Durante decenios muchos Estados han hecho frente a la persistente migración irregular intensificando sus controles fronterizos. Las medidas que aplican los Estados en la frontera, las

⁵ Comité de Derechos Humanos, párrafo 1 de la Observación general N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, en referencia al párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶ Cabe señalar también que el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 24 de la Convención Internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares enuncian, en términos muy generales, el derecho de todo ser humano, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, que se aplica a todas las personas, en cualquier territorio, cualquiera que sea su situación.

iniciativas relacionadas con la lucha contra la trata y las medidas de control de la inmigración abarcan desde un mayor recurso al ejército o a métodos militares para vigilar las fronteras hasta la confiscación de los réditos de la trata, la aplicación de sanciones más severas a los empleadores de migrantes indocumentados y los transportistas comerciales que trasladan hasta la frontera a extranjeros que no están debidamente documentados, la vigilancia por radar y la detención y expulsión de los extranjeros considerados indeseables⁷. Esto ha supuesto también, entre otras cosas, la toma de las huellas dactilares, la construcción de muros y el despliegue de fuerzas y materiales paramilitares y militares para prevenir la migración por tierra y mar. Con frecuencia esas medidas se han aplicado en extensas zonas geográficas situadas en las fronteras o las costas de países o regiones que reciben gran número de migrantes, como, por ejemplo, el anillo que conforman los países de Australasia y el Asia sudoriental, la frontera entre los Estados Unidos y México y la costa meridional de Europa, que representan amplias zonas de exclusión⁸.

18. En los últimos años, en un esfuerzo por evitar la migración irregular y, al mismo tiempo, afrontar los problemas relacionados con la seguridad nacional, algunos Estados están recurriendo a técnicas destinadas a "externalizar" los controles fronterizos hacia los países de origen y tránsito, en forma de acuerdos bilaterales y/o promesas de asistencia para convertir a esos países en zonas de amortiguación a fin de reducir la presión migratoria en los países receptores⁹. En ocasiones, ello requiere que se dote a los países de origen y/o tránsito de infraestructuras y se les facilite formación para impedir la migración irregular, e incluye, por ejemplo, operaciones de patrullas navales y aéreas, sistemas de radar y otras tecnologías utilizadas para asegurar las fronteras interceptando a los migrantes durante el proceso para después detenerlos y expulsarlos. Según la información disponible, al amparo de esos acuerdos, los países receptores financian, entre otras cosas, centros de detención, programas de capacitación para la policía y expulsiones concertadas en vuelos chárter. El Relator Especial ha recibido indicaciones de que los Estados de origen y de tránsito están aplicando nuevas normas, más estrictas, en materia de inmigración y visados para frenar las corrientes migratorias, lo que genera obstáculos a la libre circulación y hostigamiento en los aeropuertos y pasos fronterizos¹⁰.

19. Lo que resulta más preocupante es que esas políticas, cuyo objetivo legítimo es reducir la migración irregular, pese a estar con frecuencia incluidas en acuerdos bilaterales que pueden incidir positivamente en los países receptores de las ayudas, han contribuido a la criminalización de la migración irregular en la medida en que tratan las infracciones relacionadas con la

⁷ Maggy Lee, "Human trade and the criminalisation of irregular migration", *International Journal of The Sociology of Law*, vol. 33: 1 (marzo de 2005).

⁸ P. Green y M. Crewcock, "The war against illegal immigration: State crime and the construction of a European identity", *Current Issues in Criminal Justice* 14 (2002), 87-101, en Lee, 3.

⁹ Hein de Haas, "The myth of invasion: irregular migration from West Africa to the Maghreb and the European Union", octubre de 2007, International Migration Institute, Universidad de Oxford, <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs/irregular%20migration%20from%20West%20Africa%20-%20Hein%20de%20Haas.pdf>, pág. 52.

¹⁰ Haas, pág. 53.

migración como delitos penales en lugar de como faltas administrativas, sin que, en ese proceso, se protejan debidamente los derechos humanos de los migrantes¹¹. Además, esas políticas, y el discurso de rechazo a la migración que suele acompañarlas, también han propiciado y legitimado en algunos casos un notable aumento de la discriminación institucionalizada, lo que ha generado nuevas violaciones.

20. Las políticas parecen aplicarse tanto a nivel regional como bilateral. Por ejemplo, se ha señalado que algunos Estados del sur de Europa han intensificado los controles fronterizos y tratado de externalizar las políticas de control de la migración presionando a los países del África occidental y septentrional para que impidan la migración irregular y firmen acuerdos de readmisión a cambio de asistencia, ayudas financieras y permisos de trabajo. También se ha informado de algunos controles de la inmigración destinados a limitar la migración hacia el norte desde México y los países de América Central a través de la frontera entre los Estados Unidos y México, incluidos los que imponen algunos Estados de la región que sirven como países de tránsito. A ese respecto, representa un problema especialmente grave el fenómeno de las redes de delincuencia transnacional y los complejos acuerdos sobre financiación y cooperación policial que se utilizan para luchar contra ellas¹².

21. Esas políticas de control de la migración también han tenido una serie de efectos colaterales no deseados que han provocado mayor número de violaciones de los derechos de los migrantes en la región. Además, han dado lugar a la diversificación de las rutas de migración transaharianas y de los puntos por los que se trata de cruzar el mar (por ejemplo, por Cabo Verde y las Islas Canarias), que ahora cubren extensas franjas de la costa africana, desde Guinea hasta la Jamahiriya Árabe Libia¹³. Las redes de delincuencia organizada que intervienen en la introducción ilegal de inmigrantes en los Estados Unidos son igualmente problemáticas dado que los traficantes ajustan sus rutas e incrementan la complejidad de sus actividades para hacer frente a las crecientes limitaciones. Son constantes las relaciones de los peligros que afrontan los "aspirantes" a migrantes en tránsito por esas y por otras regiones, dado que la intensificación de las medidas por lo que respecta a las infraestructuras y la vigilancia puede inducir a los migrantes irregulares a asumir mayores riesgos para evitar a las autoridades¹⁴. El Relator Especial sigue preocupado por el número de muertes que se producen a lo largo del proceso de migración.

¹¹ Por ejemplo, véase Amnistía Internacional, *España y Marruecos: Falta de protección de los derechos de las personas migrantes: Ceuta y Melilla un año después*, Londres, 2006.

¹² Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), "Central America and Mexico gang assessment", abril de 2006.

¹³ Haas, págs. 52 a 54; Aderanti Adepoju, "Creating a borderless West Africa: Constraints and Prospects for Intra-Regional Migration", proyecto de artículo de la serie "Migration without Borders", UNESCO, 1º de enero de 2005, UNESCO, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001391/139142e.pdf>.

¹⁴ Oficina de Auditoría General de los Estados Unidos, *GAO-06-770 Illegal Immigration: Border-Crossing Deaths Have Doubled Since 1995*, agosto de 2006, <http://www.gao.gov/new.items/d06770.pdf> y BBC News, "Canaries migrant death toll soars", 28 de diciembre de 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6213495.stm>).

22. Por otra parte, se han celebrado debates acerca de la eficacia de esas políticas, que pueden tener efectos indeseados y quizás incluso contraproducentes. Por ejemplo, aunque muchos migrantes son interceptados, detenidos y expulsados a lo largo del proceso, con lo que se logra el objetivo de impedir la migración irregular, la expulsión no necesariamente desalienta futuros intentos, como se pretende, porque los migrantes pueden intentarlo nuevamente por otros medios. Se dan casos de migrantes que inicialmente habían planeado permanecer en el primer país de destino¹⁵, pero posteriormente deciden trasladarse a terceros países como consecuencia de la creciente represión por parte de los Estados -muchos de los cuales son receptores de asistencia y formación y participan en las medidas de externalización de los controles fronterizos. Por último, como se explicaba anteriormente, esas políticas pueden haber provocado la intensificación de las actividades relacionadas con el tráfico ilegal (por lo que respecta a la diversificación de las rutas y a la mayor complejidad de las estrategias), y hecho que los intermediarios (como, por ejemplo, los conductores de taxis y los patrones de barcos, o los familiares) sean considerados cómplices de las actividades de tráfico, sin que ellos sean conscientes de esa posibilidad.

23. Pese a esos efectos en apariencia contraproducentes, es evidente que la gestión de las corrientes de migración depende de la cooperación regional y bilateral, y que los acuerdos entre los países de origen, de tránsito y de destino pueden contener elementos positivos para el desarrollo económico y social y la mejora de la seguridad. El reto estriba en diseñar y aplicar esas políticas de manera que impidan la migración irregular y protejan los derechos de los migrantes. El fomento de la colaboración puede ayudar a prevenir la migración irregular si las medidas de control se evalúan y aplican adecuadamente, haciendo hincapié en su eficacia y teniendo debidamente en cuenta la protección de todos los migrantes en todas las fases del proceso migratorio.

3. Criminalización de la migración de mano de obra

24. El Relator Especial observa que la creciente criminalización de la migración irregular, en el caso de los traslados que obedecen a motivos económicos, no aborda adecuadamente la cuestión de los desplazamientos de mano de obra en respuesta a la demanda y a las necesidades de las economías receptoras. Uno de los factores determinantes que empujan a la migración son las perspectivas de empleo y, a pesar de la relación recíproca entre las economías que pueden absorber a más migrantes y los trabajadores que se trasladan en busca de empleo respondiendo a la demanda que perciben en el país receptor, es frecuente que se penalice a los migrantes irregulares. Ello se pone de manifiesto en la vulnerabilidad frente a la detención y la ulterior expulsión si el migrante irregular no consigue regularizar su situación y es interceptado durante el proceso, o si pierde su trabajo y su medio de vida una vez culminado (temporalmente) con éxito el proceso migratorio.

25. Por otra parte, la comprensión inadecuada de las necesidades de la sociedad receptora puede generar sentimientos xenófobos hacia la población migrante, aunque los migrantes estén colmando una escasez de mano de obra y contribuyendo a mejorar la situación de un sector debilitado de la economía del país de acogida. Por ejemplo, hay casos en los que la sociedad receptora, sin comprender cabalmente los beneficios económicos derivados de contratar a un

¹⁵ Con frecuencia ello se refleja en los movimientos intrarregionales.

grupo determinado de trabajadores en el extranjero -a menudo en el sector agrario y en la sanidad, entre otros- ha mostrado actitudes agresivas hacia esos grupos¹⁶.

26. El intercambio de información acerca de la necesidad de la movilidad de la mano de obra y de su contribución a la economía del país receptor puede contribuir a mejorar la integración de la población inmigrante en la sociedad del país de acogida. Si se gestiona adecuadamente (mediante, entre otras cosas, la regulación de la migración a través de mayor número de cauces legales y el apoyo a las actividades de reunión de datos desglosados sobre la oferta y la demanda de mano de obra), la movilidad laboral puede formar parte de las estrategias encaminadas a asegurar el dinamismo, la flexibilidad y la competitividad de las economías de los países receptores y de los países de origen. Es indudable que las remesas se han convertido en una fuente importante de ingresos para muchos países de origen, y muchos proveedores de servicios e industrias de las sociedades receptoras se benefician de la mano de obra migrante¹⁷.

27. Pese al consenso general sobre los aspectos positivos de la migración para el desarrollo y la evolución de los foros internacionales de cooperación, los Estados se han centrado en gran medida en la mejor forma de gestionar y controlar el movimiento de los migrantes y de los bienes y servicios conexos, en lugar de en la articulación y protección de sus derechos. Se observa una tendencia a considerar a los migrantes como mercancías y no como a personas a las que el marco internacional de derechos humanos confiere derechos y deberes¹⁸. Mediante un mayor fomento de los cauces migratorios legales y la ejecución de programas de asistencia, que incluyan una perspectiva articulada, que se aplique efectivamente, respecto de los derechos de los migrantes, los Estados podrán afrontar mejor los problemas que plantea la migración irregular. Existen varias formas de cooperación interestatal, entre las que figuran los acuerdos laborales bilaterales y regionales, que pueden generar unos flujos de mano de obra más previsibles y compromisos de cooperación con la participación del sector privado, que pueden dar lugar a unos procedimientos de contratación y colocación más eficaces, al tiempo que permiten ejercer la vigilancia necesaria para limitar la explotación de los migrantes.

28. A pesar de que en los dos últimos decenios ha aumentado el número de mecanismos regionales de integración que incluyen disposiciones sobre la libre circulación de la mano de obra, por ejemplo en el Caribe, el África occidental y el Asia sudoriental, en muchas regiones la

¹⁶ Un ejemplo especialmente notable es el caso de la migración haitiana de trabajadores de la caña de azúcar a la República Dominicana. Véase James Ferguson, "The Haitian minority in the Dominican Republic", y Maureen Achieng, "Managing Haitian migratory flows to the Dominican Republic" en *Intra-Caribbean Migration and the Conflict Nexus*, págs. 307 a 367. Véase también Mireille Kingma, *Nurses on the Move: Migration and the Global Health Care Economy* (Ithaca, Cornell University Press, 2005).

¹⁷ OIM, Diálogo Internacional sobre la Migración, Seminario entre períodos de sesiones sobre "Como convertir la movilidad laboral en elemento catalizador del desarrollo", documento de trabajo, octubre de 2007. Véase también OIM, *World Migration Report 2005, Costs and Benefits of International Migration* (OIM, Ginebra, 2005).

¹⁸ Jorge Bustamante, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Declaración ante la Tercera Comisión de la Asamblea General, octubre 2007.

migración regular todavía no ha alcanzado su pleno potencial, lo que con frecuencia propicia las corrientes migratorias de personas indocumentadas y resta competitividad a las economías regionales¹⁹. Aunque los procesos regionales de integración pueden ser una base útil para los esfuerzos encaminados a facilitar y mejorar la regulación de la movilidad laboral, todavía persisten los problemas con respecto al diseño y la aplicación de medidas.

29. Por ejemplo, en el África occidental, todavía no se ha aplicado plenamente el Protocolo del Tratado de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental sobre la libertad de movimiento de las personas, el derecho de residencia y establecimiento²⁰. La libertad de movimiento de las personas está técnicamente en vigor (en la medida en que no se requieren visados para viajar, se han suprimido los permisos de residencia obligatorios y se ha aprobado un pasaporte subregional en sustitución de los pasaportes nacionales), pero las partes relativas al establecimiento y la residencia no han entrado en vigor, pese a estar estrechamente vinculadas al derecho a la libertad de movimiento, la integración del comercio, los regímenes arancelarios y el fomento de la movilidad laboral en la subregión. Las leyes nacionales no están armonizadas con los tratados regionales y subregionales y, conjuntamente con los códigos relativos a la inversión, limitan a menudo la participación de los "extranjeros" (incluidos los nacionales de Estados miembros de la Comunidad) en determinados tipos de actividades económicas. Se han dado casos de ciudadanos "comunitarios" que han sido expulsados de Estados miembros, y persisten los sentimientos contra los no nacionales, especialmente como consecuencia del deterioro de la situación económica, el desempleo y la inestabilidad política.

30. Otro ejemplo es el del Mercado y Economía Únicos de la CARICOM CSME. Todos los Estados miembros debían suprimir las restricciones vigentes de los derechos en materia de establecimiento, prestación de servicios, movimiento de capital y circulación de mano de obra cualificada para la plena entrada en vigor del mercado único antes del 1º de enero de 2006 o poco después. Pese a que para esa fecha se deberían haber tomado medidas jurídicas para liberalizar la circulación de mano de obra cualificada, la prestación de servicios y el derecho de establecimiento, la movilidad sigue enfrentándose al obstáculo que suponen los engorrosos procedimientos administrativos, las notables variaciones en la transposición a las legislaciones nacionales de los requisitos establecidos en virtud del tratado (por ejemplo, en lo relativo a la reunificación familiar), y la inexistencia de instrumentos regionales de apoyo (por ejemplo, un órgano de acreditación). Como consecuencia de ello, los progresos relativos a la libertad de

¹⁹ Sin embargo, a menudo esos mecanismos han generado una mayor movilidad de personas a través de regímenes comerciales o de integración regional que la lograda hasta la fecha en virtud del Modo 4 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo alcance y número de compromisos se limitan a una categoría determinada de trabajadores altamente cualificados. Véase OIM, Diálogo Internacional sobre la Migración.

²⁰ El inciso iii) del apartado d) párrafo 2 del artículo 3 del Tratado de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental propugna la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de personas entre los Estados miembros; el párrafo 1 del artículo 2 del Protocolo de la CEDEAO sobre la libertad de movimiento de las personas, el derecho de residencia y establecimiento dispone que los ciudadanos de la Comunidad tienen derecho a entrar, residir y establecerse en el territorio de los demás Estados miembros.

movimiento han sido lentos y todavía no se ha logrado aplicarla cabalmente con arreglo a lo previsto, y los Estados miembros tendrán que tomar nuevas medidas a nivel nacional y regional²¹.

31. La Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) es la mayor agrupación política de la región del Asia sudoriental y tiene conexiones con países del Asia oriental y del Pacífico a través del Foro Regional de la ASEAN. Mediante su acuerdo de libre comercio, la Asociación está tratando de establecer una comunidad económica basada en el modelo de la Unión Europea, pero los progresos han sido lentos. En 2002 la ASEAN aprobó también un Plan de Acción para la cooperación en asuntos de inmigración, que incluye: la agilización de las corrientes de trabajadores cualificados y profesionales en la región; el establecimiento de mecanismos e infraestructuras para facilitar los viajes en la región; la mejora de la colaboración para luchar contra la trata y la violencia contra las mujeres y los niños; y el fortalecimiento de la capacidad regional de hacer frente a la delincuencia transnacional. Como complemento de las iniciativas de esas agrupaciones regionales generales existen otras iniciativas regionales que se centran en la migración, pero ninguna de ellas ha logrado todavía garantizar plenamente la libre circulación de las personas que aliviaría algunos de los problemas que plantea la migración irregular en la región²².

32. Éstos son tan sólo tres ejemplos de mecanismos regionales que pueden mejorar la regulación de la migración generada por la demanda, reduciendo así las corrientes intrarregionales de migración irregular, pero es mucho lo que se puede hacer a nivel bilateral para facilitar la regulación permanente de la movilidad de mano de obra con cualquier grado de capacitación, así como los planes de migración temporales y circulares. Ante la creciente movilidad, para mejorar los beneficios derivados de la migración de la mano de obra y facilitar su distribución más equitativa es preciso que los Estados adopten políticas amplias y coherentes, fomenten el desarrollo de la capacidad e intensifiquen la cooperación bilateral y multilateral²³.

33. Un elemento fundamental de ese enfoque es el reconocimiento del alcance de la migración generada por la demanda, dado que no comprende bien la relación entre la migración y los factores económicos que la impulsan ha dado lugar a manifestaciones de xenofobia, tanto en las políticas institucionales como a nivel de la sociedad/comunidad. Disponer de una visión más clara de las necesidades económicas de cada Estado y de las deficiencias que puede colmar la movilidad laboral, a través de cauces regulados y desde el pleno respeto de las normas básicas de derechos humanos, puede propiciar un cambio que conduzca al abandono de esas tendencias xenófobas en las sociedades receptoras.

²¹ Ryszard Cholewinski, Jillyanne Redpath, Sophie Nonnenmacher y John Packer, "The international normative framework with reference to migration in the greater Caribbean", en *Intra-Caribbean Migration and the Conflict Nexus*, Taryn Lesser, Berta Fernandez-Alfaro, Lancelot Cowie y Nina Bruni, eds. (Human Rights Internet: Ottawa, 2006), pág. 45.

²² Christine Inglis, "Migration without borders: the Asia-Pacific in an uncertain world", proyecto de artículo de la serie "Migration without Borders", UNESCO, 19 de enero de 2005.

²³ OIM, Diálogo Internacional sobre la Migración.

B. Examen detallado de las cuestiones relativas a la penalización

1. Interceptación y salvamento en el mar

34. El fenómeno de los migrantes que viajan por mar en busca de seguridad, refugio o, simplemente, mejores condiciones económicas no es nuevo. El término "refugiados del mar" ha entrado en el lenguaje común, junto con los solicitantes de asilo, los refugiados y los migrantes que intentan llegar en barco a los destinos más cercanos, por ejemplo, en las regiones del Mediterráneo, el Caribe o el Pacífico. Dado que a menudo las embarcaciones utilizadas están sobrecargadas y no son seguras para navegar, el rescate en el mar, el desembarco y la tramitación de los expedientes de las personas rescatadas han vuelto a surgir como un tema tan importante como peliagudo para los Estados, las organizaciones internacionales, la industria del transporte marítimo y, por supuesto, los propios migrantes vulnerables. Además, en un esfuerzo por limitar esos flujos, los Estados de destino recurren de forma creciente a las prácticas de interceptación en el contexto más amplio de las medidas de control migratorio. En ambos casos, los informes indican que las salvaguardias para garantizar una protección adecuada y la debida atención a los derechos humanos de las personas rescatadas o interceptadas no siempre han sido evidentes²⁴.

35. Además del marco internacional de derechos humanos, en el derecho marítimo internacional existe un marco jurídico aplicable al salvamento en el mar, que establece los requisitos para la asistencia prestada a los que viajan por mar. Entre los acontecimientos jurídicos que han tenido lugar en relación con el derecho internacional del mar cabe citar la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y las recientes enmiendas a los Convenios Internacionales para la seguridad de la vida humana en mar (SOLAS) y sobre búsqueda y salvamento marítimos (SAR), así como las directrices para su aplicación, publicadas por la Organización Marítima Internacional (OMI). Estos convenios contienen la obligación expresa de acudir en auxilio de las personas que se hallen en peligro en el mar, y esta obligación no se ve afectada por la condición jurídica de las personas en cuestión, su medio de transporte o la cantidad de personas de que se trate²⁵.

²⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Background Note on the Protection of Asylum Seekers and Refugees Rescued at Sea*, marzo de 2002, versión definitiva discutida en la mesa redonda de expertos *Rescue-at-sea: Specific aspects relating protection of asylum-seekers and refugees*, celebrada en Lisboa el 25 y el 26 de marzo de 2002. Véase también ACNUR y Organización Marítima Internacional (OMI), *Rescue at Sea: A guide to principles and practice applied to migrants and refugees*, septiembre de 2006 (www.unhcr.org/publ/PUBL/450037d34.pdf).

²⁵ Véase por ejemplo el párrafo 2.1.10 del capítulo 2 del anexo del Convenio SAR, 1979, que establece que "Las Partes garantizarán que se preste auxilio a cualesquiera personas que se hallen en peligro en el mar. Harán esto sean cuales fueren la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que éstas se encuentren". La regla 15 del capítulo V del anexo del Convenio SOLAS obliga a cada Estado a "garantizar la adopción de las medidas que exija la vigilancia de costas y el salvamento de personas que se hallen en peligro cerca de las costas, en el mar". En el artículo 98 1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, se establece que todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus

36. También hay normas que rigen la obligación de los Estados de detener y registrar los buques sospechosos de estar implicados en la trata o el tráfico ilícito por mar, pero estas medidas de interceptación deben estar en consonancia con los principios internacionales de derechos humanos y obligan a los Estados a garantizar la protección -"trato humanitario" o "trato humano"- de todas las personas a bordo, independientemente de su situación²⁶. De hecho, un objetivo declarado del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire es proteger los derechos de los migrantes objeto de tráfico ilícito y el citado instrumento limita la responsabilidad penal de los migrantes que hayan sido objeto de las actividades de interceptación²⁷.

37. A pesar de estas normas, el Relator Especial expresa su preocupación por los numerosos informes recibidos en los últimos años en relación con los migrantes que han sido interceptados, detenidos o que han perdido la vida en el mar, en particular en las regiones del Mediterráneo y del Golfo. El actual Relator Especial y su predecesora, la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, han entablado un diálogo constructivo con una serie de países, en lo concerniente a casos específicos de cientos de personas rescatadas en el mar; las cuestiones objeto de preocupación señaladas por los relatores especiales y las respuestas de los gobiernos fueron publicadas en los informes periódicos de aquéllos²⁸.

pasajeros, entre otras cosas, preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar. Algunas de esas disposiciones han adquirido reconocimiento universal y por ello se considera que forman parte del derecho internacional consuetudinario.

²⁶ Véase el artículo 12 de la circular de la OMI *Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea* adoptada por el Comité de Seguridad Marítima en 1998, por el que se autoriza a los Estados que tengan motivos razonables para sospechar que un buque está implicado en prácticas asociadas al tráfico o transporte de migrantes a inspeccionar el buque. El artículo 17 de ese documento insta a los Estados a garantizar la seguridad y el tratamiento humano de las personas que se encuentran a bordo. Análogamente, en el artículo 9 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se insta a los Estados a garantizar "la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo", y en el artículo 16 se prevén salvaguardias adicionales para garantizar la protección.

²⁷ Véanse los artículos 2 y 5, respectivamente, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

²⁸ Véanse los documentos E/CN.4/2002/94, de 15 de febrero de 2002; E/CN.4/2003/85/Add.1 y Add.1/Corr.1, de 30 de enero de 2003, que contiene el informe de la Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro, sobre las comunicaciones con los gobiernos; E/CN.4/2006/73/Add.1, que contiene el informe sobre las comunicaciones presentado en 2006; A/HRC/4/24, en donde figura el informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes y A/61/324, que contiene el informe provisional del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes a la Asamblea General.

38. Entre los problemas detectados figura la no evaluación individual de los migrantes interceptados en el mar, lo que a menudo conduce a la detención y expulsión de los grupos sin que se respeten las debidas garantías procesales, y los malos tratos concomitantes. También suele haber una falta de sensibilidad para con los derechos de los solicitantes de asilo materializada, por ejemplo, en su detención obligatoria y su devolución a sus países, en los que pueden correr el riesgo de ser perseguidos o torturados²⁹. También ha habido problemas para detectar entre los migrantes a los responsables del tráfico ilícito o la trata.

39. En algunos casos, los Estados han pedido a los países de origen que identificaran entre los rescatados a posibles colaboradores de mafias organizadas, y luego han inculcado penalmente a ciertos inmigrantes sin las debidas garantías procesales, por más que éstos puedan haber sido víctimas, y no autores, de la trata o del tráfico ilícito. Ello puede exponer a las personas que huyen de la persecución en sus países de origen al riesgo de retorno involuntario bajo el pretexto de que están involucrados en actividades de tráfico ilícito o trata. Además, el Relator Especial ha recibido informes de que se han formulado cargos penales contra personas que han participado en el salvamento o transporte involuntario de migrantes irregulares, como por ejemplo pescadores.

40. Todas estas violaciones relativas a los migrantes que viajan por mar contribuyen al fenómeno de la creciente penalización de la migración irregular, lo que expone tanto a los migrantes como a sus rescatadores al riesgo de posibles abusos. Es importante que los Estados tomen medidas para que los casos de las personas interceptadas y rescatadas en el mar sean tramitados con carácter individual y se otorguen a cada una las debidas garantías judiciales, y que las personas que reclamen protección internacional puedan tener acceso al procedimiento nacional para la concesión de asilo³⁰.

2. Detención y expulsión

41. Los migrantes son particularmente vulnerables a la detención, o a la limitación de la libertad de movimiento/privación de libertad, por lo general a través del internamiento forzoso, en el país receptor o durante el tránsito (por tierra o mar). Muchos Estados, cuando interceptan a migrantes que carecen de documentación, recurren a la detención administrativa de los migrantes irregulares por quebrantamiento de las leyes y reglamentos de inmigración, que no se consideran un delito y pueden incluir, entre otras cosas, la estancia más allá de la fecha autorizada en el permiso o la no posesión de un documento de identificación o visado válidos. El objetivo de la detención administrativa es garantizar que se pueda aplicar otra medida administrativa, como la deportación o la expulsión. A veces, la detención administrativa también se emplea por razones de seguridad pública o de orden público, entre otras, o cuando un extranjero se encuentra en

²⁹ Tómese nota del principio de no devolución (*non-refoulement*), consagrado en el párrafo 1 del artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención sobre los Refugiados) y norma del derecho internacional consuetudinario. El artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes recoge un principio similar.

³⁰ ACNUR, "Background note: The treatment of persons rescued at sea: conclusions and recommendations from recent meetings and expert roundtables convened by UNHCR", 28 de noviembre de 2007.

espera de una decisión sobre la concesión del estatuto de refugiado o sobre su admisión al Estado o su expulsión de éste³¹.

42. Sin embargo, en algunos casos, los reglamentos nacionales de inmigración se convierten en medidas que penalizan y sancionan, en un intento de desalentar la migración irregular. Así pues, los migrantes indocumentados se vuelven especialmente vulnerables a los procedimientos penales, que por definición son de carácter punitivo, por muchas de las mismas infracciones que abarcaría la detención administrativa, como cruzar la frontera estatal de manera irregular, dejar una residencia sin autorización, incumplir las condiciones de estancia o sobrepasar los límites legales de la misma.

43. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria mantiene la opinión de que la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias³². Además, los migrantes irregulares detenidos por delitos de inmigración tipificados como delitos penales por el Estado receptor deberían tener normalmente la oportunidad de apelar ante un poder judicial independiente, pero en la práctica no gozan de semejante protección. En esos casos, la detención de los migrantes puede llegar a ser arbitraria³³. El arresto y la detención arbitrarios están expresamente prohibidos en la legislación internacional y regional de derechos humanos y la nacionalidad de los migrantes o la ausencia de estatuto jurídico en el país de destino no puede eximir a los Estados de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional de ofrecer a los migrantes las debidas garantías procesales y un trato digno y humano durante su detención.

44. A pesar de estas normas, el Relator Especial ha recibido numerosos informes de que en algunos casos la detención puede llegar a ser prolongada y los detenidos sometidos a malos tratos. En determinados casos los migrantes irregulares han sido privados del derecho a comunicarse, han sufrido agresiones físicas o sexuales y han sido mezclados con los detenidos acusados de delitos penales; a menudo se desatienden las necesidades específicas de los niños, las mujeres, los solicitantes de asilo y otros grupos vulnerables³⁴.

³¹ Esta sección se basa en gran parte en la labor de la anterior Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, y en la labor del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Véase ACNUR, "Administrative detention of migrants", *Migration Discussion Papers*, <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/disc-papers.htm>, sobre la base del informe E/CN.4/2003/85.

³² Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, E/CN.4/1999/63, de 18 de diciembre de 1998.

³³ ACNUR, Folleto Informativo N° 26, El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs26.htm#IV>, de acuerdo con la resolución 1991/42, aclarada por la resolución 1997/50.

³⁴ Numerosas normas internacionales relativas a la detención figuran, entre otros instrumentos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares o la Convención sobre los Derechos del

45. Parece ser que hay enormes diferencias entre los reglamentos de inmigración de los distintos Estados, lo que dificulta la supervisión de las condiciones de detención y la observancia por los Estados de las normas internacionales en la materia³⁵. Algunos Estados carecen totalmente de un ordenamiento jurídico que regule los procedimientos de inmigración y de asilo; dicho ordenamiento, de promulgarse, puede ayudar a gestionar las prácticas en materia de detención. En otros casos se han promulgado leyes de inmigración, pero no se dispone de un marco jurídico en relación con la detención. Algunos Estados tienen legislación que prevé un plazo máximo de detención, mientras que otros no estipulan ningún plazo.

46. Algunas leyes nacionales no prevén la revisión judicial de la detención administrativa de los migrantes. En otros casos, la revisión judicial de la detención administrativa se inicia únicamente a petición del migrante. En esos casos, el desconocimiento del derecho a apelar, el desconocimiento de los motivos de la detención, el difícil acceso a los expedientes, la falta de acceso a asistencia jurídica gratuita, la falta de intérpretes y servicios de traducción, y una ausencia general de información en un idioma que puedan entender los detenidos sobre el derecho a contratar a un abogado y darle instrucciones, así como la ubicación de las instalaciones donde están detenidos, pueden impedir a los migrantes ejercer sus derechos en la práctica. En ausencia de abogados y/o intérpretes, a menudo los migrantes se sienten intimidados y obligados a firmar documentos sin entender su contenido.

47. Los migrantes y los solicitantes de asilo son a veces detenidos en las zonas de tránsito de los aeropuertos y otros puntos de entrada, sin ninguna autorización clara, ya sea con el conocimiento de los funcionarios gubernamentales en el aeropuerto o sencillamente por instrucciones de las compañías aéreas, antes de enviarlos de regreso a sus respectivos países. La dificultad o la imposibilidad de obtener asistencia externa impiden que las personas interesadas ejerzan su derecho a impugnar la legalidad de la decisión del Estado relativa a su detención y posterior deportación, y a solicitar asilo, aunque tengan reivindicaciones legítimas. En la práctica, algunos Estados etiquetan engañosamente los centros de detención de migrantes como "centros de tránsito" o "casas de huéspedes", y califican la "detención" de "retención", cuando su legislación no contempla en ese caso medidas privativas de libertad.

48. Con frecuencia, los criterios legislativos de un Estado determinado ofrecen una gran libertad a la hora de ordenar la detención administrativa: un extranjero puede ser detenido si los funcionarios de inmigración tienen motivos "razonables" para creer que la persona es inadmisibile, que representa un peligro para el público o que probablemente no comparecería para un interrogatorio o una audiencia, o si el funcionario no está convencido de la identidad de la persona. Algunas leyes contra el terrorismo permiten la detención de migrantes sobre la base de alegaciones vagas e inconcretas de que suponen una amenaza para la seguridad nacional. El elevado grado de discrecionalidad y las amplias facultades para proceder a una detención que se conceden a los funcionarios de inmigración y otros agentes del orden público, además de la

Niño. Véase Amnistía Internacional, "Detención relacionada con la migración: una guía de investigación de las normas de derechos humanos referentes a la detención de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas", noviembre de 2007.

³⁵ Véanse los distintos informes del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria a la Comisión de Derechos Humanos (www2.ohchr.org/english/issues/detention/annual.htm).

falta de una formación adecuada, pueden dar lugar a abusos y violaciones de los derechos humanos. El hecho de no disponer de criterios jurídicos puede conducir a situaciones discriminatorias de detención y deportación *de facto* de esos migrantes irregulares.

49. Además, se han recibido informes de búsquedas que tienen por objeto expulsar a los migrantes que viven en un país de acogida. En algunos casos, los Estados han recurrido a "redadas" policiales en viviendas particulares de barrios de migrantes, que han llevado al arresto y detención de todos los residentes que no podían mostrar documentos que acreditasen la residencia legal, lo que ha creado situaciones en que niños son separados de sus padres detenidos, incluso a pesar de haber nacido en el país. Todos los casos de expulsión deberían decidirse individualmente y los Estados deberían garantizar que no se lleven a cabo expulsiones colectivas³⁶.

50. Con semejante diversidad de políticas y leyes nacionales que regulan la detención y la expulsión, es importante que la migración irregular se considere un delito administrativo y que los casos de los migrantes irregulares sean tramitados individualmente. En la medida de lo posible, la detención sólo debería utilizarse en último recurso y, en general, los migrantes en situación irregular no deben ser tratados como delincuentes. Las detenciones a menudo imprevisibles e ilícitas de migrantes están contribuyendo al fenómeno más amplio de la penalización de la migración irregular.

3. Tráfico ilícito y trata

51. El Relator Especial observa el constante abuso al que se ven sometidos los migrantes irregulares involucrados, tanto consciente como inconscientemente, en actividades de tráfico ilícito y de trata. Con el tiempo, el comercio de seres humanos ha ganado en complejidad, ya que los traficantes y los tratantes pueden combinar varios modos de migración engañosos, clandestinos o incluso lícitos, cambiando de estrategia en las diferentes etapas del viaje, con la participación de actores tanto legítimos como ilícitos de carácter oficial y no oficial (entre otros, agentes de control de fronteras, intermediarios, agencias de colocación, agentes de policía, representantes turísticos, transportistas y empleados de aerolíneas³⁷). El fenómeno de la facilitación de los movimientos transfronterizos ha cobrado tal fuerza que, hoy por hoy, las redes están integradas por muchos componentes cuya participación en las actividades de tráfico ilícito

³⁶ Cabe decir que la prohibición de la expulsión colectiva de los no nacionales es un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario. De hecho, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares es el instrumento de la legislación internacional de derechos humanos que otorga una mayor protección a los migrantes irregulares, además de prever derechos adicionales, como una amplia protección individualizada contra la expulsión, que en otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está reservada a los migrantes que residen legalmente en el país. Véanse el artículo 22 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el debate al respecto en *Cholewinski, y otros*, págs. 10 a 14.

³⁷ Lee, págs. 2 y 3.

propriadamente dichas posiblemente no sea ni activa ni consciente. Preocupa que al intentar prevenir la proliferación de esas redes e interceptar a los involucrados, los migrantes irregulares puedan quedar sin una protección adecuada.

52. Además, en determinados casos, debido precisamente a esa complejidad, parece como si hubiese una distinción sumamente superficial entre ambas prácticas y su definición y alcance fuesen confusos. En principio, se considera que, por lo general, el tráfico ilícito es un delito contra los seres humanos en que concurren habitualmente conductas como la coacción, el engaño, el rapto, la servidumbre por deudas, el abuso de poder y el lucro económico por parte de los que facilitan y se benefician de ese comercio, así como la explotación general de las víctimas de la trata. Esta actividad también puede suponer una amenaza para la seguridad personal, y la salud sexual y reproductiva, así como abusos y un trato degradante. En cambio, el tráfico ilícito de migrantes es visto fundamentalmente como un delito contra los Estados, pues se considera que facilitar la entrada ilegal en el territorio del Estado a un no nacional atenta contra la competencia soberana del país para denegar la entrada al extranjero o expulsarlo³⁸.

53. En principio, el tráfico ilícito no es, al menos en su origen, una práctica coercitiva, porque la persona que pretende migrar establece un contrato con el traficante. Sin embargo, las prácticas de tráfico ilícito abarcan muchas más actividades al ser cada vez más restrictivas las políticas de lucha contra la migración, exponiendo así a los migrantes a innumerables abusos, entre otros, la explotación sexual, la agresión física, la servidumbre por deudas y el abandono. En esas circunstancias, los migrantes que son objeto de este tráfico ilícito suelen acabar siendo víctimas de violaciones que no podían prever antes de prestarse a ese tráfico. Además, en determinados casos, los migrantes objeto del tráfico ilícito pueden también llegar a ser víctimas de la trata, con lo que se difumina aún más la distinción y se origina una falsa jerarquía de victimización³⁹.

54. En este sentido, el concepto de consentimiento a ser objeto de ese tráfico adquiere una complejidad aún mayor. Una vez interceptado un migrante irregular, el Estado es libre de determinar su grado de complicidad en el modo en que se produjo su entrada irregular, disponiendo de un gran margen de acción para considerarlo autor o, por el contrario, víctima, discrecionalidad que repercute en el nivel de protección que puede concederse al migrante. Así, en el caso de un migrante irregular del que se cree que ha dado su consentimiento a ese tráfico, puede considerarse que merece menor protección que la víctima de trata de la que se piense que ha sido explotada sin sospecharlo. Estas distinciones se complican aún más por los sentimientos discriminatorios relativos al país de origen o por suposiciones basadas en la raza y el género⁴⁰.

³⁸ *Ibíd.*, pág. 4.

³⁹ *Ibíd.*, pág. 5.

⁴⁰ Las trabajadoras sexuales o las prostitutas, tanto las que dan su consentimiento como las que lo hacen a la fuerza, pueden ser objeto, además, de una condena moral. Véase Kamala Kempadoo, "Sex work migration and human trafficking: problems and possibilities", en *Intra-Caribbean Migration and the Conflict Nexus*, págs.167 a 185.

55. En el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se recoge una cláusula de salvaguardia en la que se dispone que seguirá siendo de aplicación el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, cuando sea aplicable, el derecho en materia de refugiados⁴¹. Sin embargo, aunque estas ramas del derecho siguen siendo de aplicación a los migrantes irregulares, en la práctica éstos siguen siendo vulnerables a la explotación y al abuso al no tener reconocida ninguna condición jurídica en el país⁴².

56. Los fines del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas son prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños, proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata y promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines⁴³. El Protocolo relativo a la trata establece que el consentimiento a toda forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los "medios" enunciados en la definición, pide a los Estados que tipifiquen como delito la participación de personas en la trata y dispone que se adopten medidas para prevenirla y combatirla, tanto unilateralmente como en colaboración con otros Estados⁴⁴. Entre esas medidas figura el intercambio de información y la capacitación de los funcionarios pertinentes, el fortalecimiento de los controles fronterizos y la seguridad de los documentos de viaje o de identidad.

57. Pese a esas medidas de protección, las víctimas de la trata, que a menudo están mal informadas, cometen infracciones administrativas, como la entrada irregular, el uso de documentos falsos y otras violaciones de las leyes y reglamentos de inmigración, por las que puedan ser privados de libertad, y que contribuyen además a su penalización. Además, el derecho de algunos Estados tipifica como delito la entrada ilegal, la entrada sin documentos válidos o la prostitución, incluida la prostitución forzada. Así pues, a las víctimas de la trata a menudo se las detiene y se las deporta sin tener en cuenta sus necesidades de protección específicas ni los riesgos a los que se pueden exponer si se les deporta a su país de origen⁴⁵.

58. El propósito del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes es prevenir y combatir el tráfico ilícito de estas personas y promover la cooperación entre los Estados Partes con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico. En particular, pide una protección especial de los migrantes en el contexto del derecho a la vida

⁴¹ Artículo 14 del Protocolo relativo a la trata y artículo 19 del Protocolo relativo al tráfico ilícito.

⁴² Véase el análisis en *Cholewinski, y otros*, págs. 24 a 28.

⁴³ Protocolo relativo a la trata de personas, art. 2.

⁴⁴ *Ibid.*, apartado b) del artículo 3 y artículo 5.

⁴⁵ Véase el informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85.

y el derecho a no ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y destaca las necesidades especiales de las mujeres y los niños. Sin embargo, es obvio que la protección otorgada a los migrantes objeto del tráfico ilícito es considerablemente menor que la que se reconoce a las víctimas de la trata en virtud del Protocolo en la materia, en concreto porque se considera que los migrantes objeto del tráfico ilícito han dado su consentimiento. En el Protocolo relativo al tráfico ilícito el hincapié se hace en el fortalecimiento de los controles fronterizos y, aunque prohíbe encausar a una persona simplemente por el hecho de haber sido objeto de ese tráfico ilícito -al especificar que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido "objeto" del tráfico ilícito-, es significativo que la entrada ilegal siga siendo un delito en muchos países⁴⁶.

59. A diferencia de lo que ocurre con la definición de trata, aunque el tráfico ilícito puede ser abusivo y peligroso, su definición no necesariamente denota la existencia de explotación y violación de los derechos humanos. Sin embargo, en la práctica la distinción entre ambos términos puede ser difícil de establecer y, como se explicó antes, los migrantes que en un principio dan su consentimiento para ser objeto de tráfico ilícito pueden acabar en una situación de explotación⁴⁷. Debido a las ambigüedades de ese tipo de prácticas y, lo que es igualmente importante, debido a la proliferación de redes como reacción a unas políticas de lucha contra la inmigración cada vez más restrictivas, es de suma importancia que los Estados receptores den un trato individualizado a los migrantes irregulares que se consideren involucrados en prácticas de trata y tráfico ilícito, investiguen con el máximo cuidado su posible complicidad y les reconozcan las garantías del debido proceso.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES IRREGULARES

60. El Relator Especial alienta a los Estados a que consideren la migración irregular una infracción administrativa, invirtiendo así la tendencia hacia una mayor penalización, e incorporen el marco aplicable de derechos humanos en sus acuerdos bilaterales y regionales para la gestión de los flujos migratorios y la protección del interés nacional en materia de seguridad, así como que armonicen su legislación y sus políticas nacionales con las normas internacionales de derechos humanos. La base de las políticas de migración debe ser la protección de los migrantes, independientemente de su condición jurídica o el modo de entrada. El Relator Especial formula a continuación sus recomendaciones sobre la creación o la reforma de mecanismos y acuerdos de cooperación regionales y bilaterales, así como sobre la mejora de los programas nacionales de capacitación y análisis y de las medidas normativas.

⁴⁶ Protocolo relativo al tráfico ilícito, art. 5, y véase también Lee, pág. 4.

⁴⁷ *Cholewinski y otros*, pág. 27.

Incorporación de un marco de derechos humanos

61. Los Estados deberían incorporar el marco aplicable de derechos humanos en sus acuerdos bilaterales y regionales para gestionar los flujos migratorios y proteger los intereses nacionales en materia de seguridad. Debe prestarse una atención especial a las personas privadas de libertad, los migrantes, los migrantes objeto de tráfico ilícito, las víctimas de la trata, los niños, las mujeres, los solicitantes de asilo y otros grupos vulnerables. La adopción de políticas encaminadas a la readmisión y la reintegración de los deportados deberían permitir que los migrantes que aspiran a una protección internacional no sean deportados a la fuerza sin poder ejercer su derecho a solicitar asilo.

62. Los Estados deberían incorporar las normas internacionales de derechos humanos en sus leyes y políticas de inmigración. En este contexto, los Estados que aún no lo hayan hecho deberían ratificar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que es el primer tratado internacional que se ocupa de manera general de la cuestión de la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y la relación entre migración y derechos humanos; la Convención es una guía muy útil sobre cómo pueden velar los Estados por que las migraciones tengan lugar en condiciones humanas y equitativas. En particular, los Estados deberían revisar sus procedimientos de expulsión y armonizarlos con la Convención, que en esta materia brinda a los no nacionales la protección más completa.

63. Los Estados deberían revisar sus políticas nacionales y adecuarlas a los acuerdos regionales y subregionales vigentes en materia de movilidad de mano de obra. Esta armonización debería llevarse a cabo para determinar cuáles de las políticas nacionales son restrictivas en la materia y qué repercusiones acarrear en la práctica unos marcos regionales restrictivos en los derechos de los migrantes, tanto documentados como indocumentados, así como los obstáculos que ponen a la promoción de la libre circulación de trabajadores, que podría tener unos efectos positivos para la economía nacional.

64. Todos los casos de personas involucradas en la interceptación de migrantes en el mar, ya sean éstos migrantes irregulares o participantes en labores de salvamento o transporte de migrantes consideradas irregulares, deberían ser tratados de forma individualizada y reconocérseles el derecho básico al debido proceso. Las personas que se piense que han sido víctimas del tráfico ilícito o de la trata deberían poder comparecer ante un juez independiente sin la intervención del país de origen; los Estados deberían renovar su cooperación para la protección de los testigos y víctimas que ayuden en la identificación y el enjuiciamiento de los traficantes y tratantes. Debería permitirse a las personas que soliciten protección internacional acogerse sin mayor dilación al procedimiento nacional en materia de asilo.

65. Los Estados deberían tomar medidas para revisar sus legislaciones nacionales aplicables a la privación de libertad de los migrantes, a fin de velar por su armonización con las normas internacionales de derechos humanos, que prohíben un trato inhumano y garantizan el debido proceso. Los Estados deberían tomar medidas para velar por que la privación de libertad de los migrantes irregulares no sea arbitraria y que un marco jurídico nacional regule los procedimientos y las condiciones de dicha privación. Los Estados deberían formular y aplicar sistemas alternativos a la privación de libertad en

el contexto de los flujos de migración de personas indocumentadas -que podría garantizar unas sólidas salvaguardias procesales, en particular la obligación de que un juez resuelva sobre la legalidad de la medida de privación de libertad y sobre la persistencia de los motivos para dicha privación- y permitir, de manera general, la privación de libertad únicamente como último recurso.

Creación de capacidad nacional

66. Los Estados, cuando proceda, deberían formular y poner en marcha nuevos programas de capacitación y sensibilización, dirigidos a los cuerpos encargados del control de fronteras, los agentes de policía, militares y funcionarios públicos, sobre los derechos humanos reconocidos a los migrantes irregulares en todas las fases de la migración, inclusive, entre otras, la interceptación y el salvamento en el mar, la privación de libertad y la expulsión, así como el tráfico ilícito y la trata, si procede.

67. Los Estados deberían considerar la posibilidad de crear un organismo independiente de carácter regional que pueda ayudar a supervisar la eficacia de determinadas políticas que contribuyen a la externalización de los controles fronterizos. Ello podría realizarse mediante una mejora de la capacidad de un instituto universitario o instituto de estudios y propuestas ya existente, o bien estrechando los lazos con las secciones de datos y supervisión de sistemas regionales de protección de los derechos humanos existentes (por ejemplo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Consejo de Europa, o la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), si procede.

68. Los Estados deberían tomar medidas para seguir promoviendo los canales lícitos de migración a fin de alentar los flujos de movilidad laboral regulares, en particular planes de migración temporal y circular, y la circulación de mano de obra cualificada y semicualificada al amparo de mecanismos regionales de libre circulación de trabajadores. Cuando haya en vigor disposiciones para la libre circulación de personas en el plano regional, los Estados deberían tomar medidas para velar por que existan estructuras institucionales adecuadas para la aplicación de esas disposiciones, teniendo en cuenta muy especialmente los distintos tipos de protección en materia de derechos humanos reconocidos a los migrantes.

69. Los Estados deberían tomar todas las medidas pertinentes para informar a los funcionarios participantes en posibles operaciones de interceptación en el mar sobre los derechos y los tipos de protección reconocidos a los migrantes en tránsito, en particular los que están en una situación irregular. El salvamento de personas que están en peligro en el mar no sólo es una obligación en virtud del derecho marítimo, sino también una necesidad humanitaria, independientemente de la condición jurídica de los rescatados o de sus motivos para viajar por mar. Las personas víctimas de la trata y otros grupos vulnerables, como los niños separados de sus padres y los solicitantes de asilo, deberían recibir ayuda específica, en particular la necesaria atención médica en el momento de su acogida.

70. Los Estados deberían tomar medidas para informar a los posibles migrantes sobre los riesgos que entrañan las operaciones de tráfico ilícito y de trata, así como los derechos reconocidos a los migrantes, aun cuando estén en una situación irregular, en particular cuando se recurre a la privación de libertad. Debería prestarse especial atención a la estigmatización por motivos de género asociada a la migración irregular y a la explotación del niño en todas sus formas.

71. Los Estados, cuando proceda, deberían tomar medidas para conocer e informar mejor a los agentes de control en las fronteras, los funcionarios de los centros de internamiento y los agentes de policía y el personal militar sobre las diferencias entre migrantes objeto de tráfico ilícito, las víctimas de la trata y otros migrantes irregulares que pudiesen encuadrarse en ambas categorías. No debe escatimarse ningún esfuerzo para investigar cabalmente y sin prejuicios cada caso con carácter individual, garantizar el debido proceso y la asistencia consular y proporcionar asistencia a los migrantes irregulares para que retornen sanos y salvos, si es el caso.

Datos y análisis

72. Los Estados deberían potenciar su capacidad para analizar datos sobre la política de migración. Como apoyo a las políticas, leyes y prácticas nacionales de cada uno de los Estados que tengan efectos transfronterizos, se podría crear un observatorio que reuniese datos estadísticos y datos conexos exactos y proporcionase análisis independientes, imparciales y a cargo de expertos y sobre los aspectos fundamentales de la política de migración, a fin de determinar sus logros y sus deficiencias.

73. Los Estados deberían adoptar nuevas medidas para mejorar los datos cuantitativos anuales sobre la demanda de mano de obra en los países de acogida, que es el factor que propicia la migración económica, en un esfuerzo por adecuar mejor la oferta de mano de obra migrante a las necesidades de los países de acogida. Cada país de acogida y cada país de origen tienen que determinar, respectivamente, las carencias y excedentes, tanto actuales como previstos, de la oferta de mano de obra por sector económico, profesión, región y provincia. Además, a fin de formular y aplicar políticas de migración laboral eficaces, es importante distinguir entre la escasez de mano de obra de carácter estructural de la estacional o temporal.

74. Los Estados deberían concebir planes para que los encargados de formular políticas estudien la relación entre la oferta y la demanda de mano de obra y la xenofobia en los planos institucional y comunitario. Es preciso seguir estudiando la posibilidad de integrar mejor las estadísticas en un proceso de toma de decisiones que sea flexible, integrador y sostenible para regular la admisión, el empleo y los tipos de residencia de los migrantes, así como campañas de comunicación o educación sobre las ventajas de la migración para la economía local y nacional. Una buena comprensión de la migración originada en la demanda de mano de obra debería reducir las posibilidades de que afloren unos sentimientos y una retórica hostiles hacia el inmigrante.

75. Los Estados deberían tomar medidas para revisar, reunir y compilar información sobre la migración irregular por vía marítima. Si se quiere que los acuerdos bilaterales y multilaterales permitan restringir la migración irregular por vía marítima, los Estados, las organizaciones intergubernamentales y las entidades no gubernamentales pertinentes deberían establecer campañas públicas de información, con las que concienciar a las personas en tránsito de los riesgos que entraña viajar en esas condiciones y mejorar la comunicación entre los funcionarios cuando se interceptan inmigrantes en el mar, en particular sobre los riesgos que entraña la travesía terrestre con destino al punto previsto de embarque. Los gobiernos y los organismos internacionales deberían armonizar y reunir de manera más sistemática datos empíricos sobre la escala y el alcance de la migración irregular por vía marítima, la interceptación de migrantes, el salvamento marítimo, el desembarco y el trato dado a las personas desembarcadas.
