

# Los derechos de los migrantes y los esfuerzos para su protección universal\*

## The Rights of Migrants and Efforts Made for Their Universal Protection

David Andrés Murillo Cruz\*\*

Universidad Libre

david.murillo@unilibre.edu.co

### Resumen

La migración es un fenómeno social natural e histórico. Desde la existencia misma del hombre, ha habido movilidad humana. Si bien cada vez más personas viven en un país distinto de aquel en donde nacieron y esto podría ser visto como una consecuencia positiva de la globalización, lo cierto es que hoy en el mundo hay aproximadamente 74,8 millones de personas que hacen parte de la competencia de la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) (solicitantes de asilo, refugiados, repatriados, desplazados internos y apátridas) y cuyos derechos se encuentran en riesgo (Acnur, 2019a, 2019b).

Dentro de este número de personas, hay grupos poblacionales con tratamientos jurídicos diferenciados por el derecho internacional, empero, dado que la movilidad humana a gran escala genera la dificultad de diferenciar al migrante económico del refugiado, el presente artículo de reflexión pretende, desde el análisis y el respeto del principio de igualdad y la no discriminación, estudiar la situación actual de los migrantes en general, entendidos estos como aquellos que se

---

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 29 de abril de 2019.

\* Para citar este artículo: Murillo Cruz, D. A. (enero-junio,2019). Los derechos de los migrantes y los esfuerzos para su protección universal. *Diálogos de Saberes*, (50), 61-76 Universidad Libre (Bogotá). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5552>.

Artículo de reflexión resultado del proyecto de investigación titulado “La protección *in extenso* del migrante forzado a través de la evolución del *ius cogens*”, financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y adscrito a la línea de investigación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos del grupo de investigación Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos.

\*\* Ph. D. en Derecho Público de la Université de Bordeaux, máster en Derecho Internacional de la Université Montesquieu (Bordeaux IV), abogado de la Universidad Libre, docente honorífico de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), *amicus curiae* para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, docente investigador de derecho público de la Universidad Libre (Bogotá) y consultor en derecho público y derechos humanos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7099-4803>. Correo electrónico: david.murillo@unilibre.edu.co.

desplazan de sus países de origen, y los recientes esfuerzos llevados a cabo para materializar la protección universal de la persona humana que migra (Türk, 2019).

**Palabras clave:** Migración, migrante económico, migrante político, refugiado, derechos humanos, principio de igualdad, no discriminación, principio de *non-refoulement*, Declaración de Nueva York.

## Abstract

Migration is a natural and historical social phenomenon as old as human existence. While an increasing number of people live in a country other than that where they were born, and this could be seen as a positive effect of globalization, the truth is that today there are approximately 74.8 million individuals in the world (asylum seekers, refugees, repatriates, internally displaced and stateless people) in the care of the United Nations Refugee Agency (UNHCR) whose rights are at risk.

This figure includes population groups with legal treatments differentiated by international law. However, since large-scale human migration makes it difficult to differentiate the economic migrant from the refugee, this reflection papers aims to explore, from the analysis of and respect for the principle of equality and non-discrimination, the current situation of migrants in general—understood as those who move out from their countries of origin—and some recent efforts to make the universal protection of migrants a reality.

**Keywords:** Migration, economic migrant, political migrant, refugee, human rights, principle of equality, non-discrimination, principle of non-refoulement, New York Declaration.

---

## Introducción

La protección del migrante y de su familia ha dejado de ser un problema entre países de origen y países de recepción para transformarse en un asunto de interés global fundado en la preeminencia, el respeto y la garantía de los derechos humanos a través del principio de igualdad y la no discriminación y en el cual el principio de *non-refoulement* adquiere un alcance de orden universal por su naturaleza de *ius cogens* (Allain, 2001). Se trata de un cambio conceptual basado en el reconocimiento de la migración como fenómeno natural (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2016) pero que, en contextos de movilidad a gran escala, necesita humanizar las relaciones de quienes

se ven obligados a migrar, a través de la cooperación internacional y de la configuración de una responsabilidad de proteger trasladada del Estado hacia la comunidad internacional y de esta hacia la comunidad global.

Sin embargo, es importante entender que la humanidad atraviesa por un momento difícil en el que la garantía de los derechos humanos de las personas no puede darse por sentada (Shetty, 2018), además de que se está frente a un momento histórico en el que las movilizaciones humanas masivas están presentes en los cuatro puntos cardinales del planeta y en el que son las personas que migran de manera forzada e irregular quienes más son víctimas de la deshumanización (Esses, Hamilton & Gaucher, 2017).

## Planteamiento del problema de investigación y metodología

En el derecho internacional existe un tratamiento diferenciado frente a los migrantes, y su protección internacional depende, en estricto sentido, de las razones que los llevaron a migrar. A partir de este análisis, se podría determinar si una persona es migrante económica o refugiada y, de allí, si es sujeto de protección internacional por medio de las figuras del asilo o del estatus de refugiado (Acnur, 2019b, p. 22).

Sin embargo, las razones por las cuales una persona migra son diversas, y la determinación objetiva de su estatus migratorio termina, por lo menos, imprecisa y, por lo más, arbitraria. Esto, porque en la actualidad hay personas que se ven forzadas a migrar no necesariamente por sus ideas ni por su orientación política, sino por la inestabilidad social de su país, por la hambruna que azota a miles de territorios en el mundo, por la inestabilidad institucional de ciertos países o, simplemente, por los desastres naturales que provoca el cambio climático en el planeta (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2016, párr. 1).

De hecho, cada vez es más frecuente encontrar que los flujos migratorios masivos corresponden a una migración mixta, esto es, a una migración compuesta por un grupo poblacional en el que hay tanto migrantes económicos como refugiados (Crisp, 2007). Por ello, es importante determinar, a través del principio de igualdad y la no discriminación, cuáles son los derechos que les deben ser garantizados a los migrantes en general, al ser vistos como seres humanos, y precisar los esfuerzos recientes que en materia migratoria

se han hecho para lograr una protección universal de aquellas personas humanas que se ven obligadas a abandonar su país de origen.

## Resultados de investigación

### La preeminencia de los derechos humanos a través del principio de igualdad y la no discriminación

Las reflexiones de Hannah Arendt (1951) sobre la existencia del *right to have rights* (p. 296) son en la actualidad más que pertinentes para describir y entender la situación de los migrantes y el irrespeto a sus derechos. En el pensamiento de Arendt queda plasmado que “los derechos humanos, en principio inalienables, se han hecho imposibles de ser respetados, incluso en los países en donde la Constitución se funda en ellos, cada vez que aparecen personas que no son consideradas ciudadanas de un Estado soberano” (p. 291).

Estas personas, mal llamadas los “sin derechos”, parecen haber perdido la garantía y la exigibilidad de sus derechos humanos. Según Arendt (1951), esta pérdida de derechos se da en dos momentos. La primera pérdida que sufrieron los “sin derechos” fue la de sus hogares, lo que “significa la pérdida de todo el entramado social en el que habían nacido y en el que habían establecido para sí mismos un lugar diferenciado en el mundo” (p. 251). La segunda pérdida fue la protección del Gobierno, lo que implica no solamente la pérdida del estatus legal en su propio país, sino en todos (p. 251).

Si las reflexiones de esta filósofa política se muestran pertinentes es porque la situación de millones de migrantes en la actualidad, sobre todo de aquellos que son llamados a través

de calificativos peyorativos, tales como los “irregulares” o los “sin papeles”, es tan crítica que los que están en situación de irregularidad se han convertido en los apátridas del siglo XXI.

Según Cançado (2008b), este fenómeno de rechazo sobre los migrantes irregulares ha sido producto de la “idolatría del mercado”, al reducir a los seres humanos a simples agentes de producción económica (p. 137, véase también Cançado, 2008a). Es bastante irónico que en el mundo “globalizado” las fronteras estén abiertas para los capitales, bienes y servicios, pero cerradas para los seres humanos. Esto es la representación del calvario de los migrantes irregulares. Para el juez de la Corte Internacional de Justicia,

esta nueva tragedia contemporánea, esencialmente creada por el hombre y que habría perfectamente podido ser evitada si la solidaridad humana hubiera prevalecido sobre el egoísmo individual, ha dado lugar al nacimiento de un nuevo fenómeno de flujo masivo de migración forzada que emerge y se intensifica —millones de seres humanos buscan escapar, no a una persecución individual y política, sino más al hambre, a la miseria y a los conflictos armados— con graves consecuencias para la aplicación de normas internacionales de protección de la persona humana. (Cançado, 2012, pp. 217-218; traducción propia)

En la actualidad, el progreso material de algunos está acompañado por el cierre de fronteras para otros, así como por la aparición de nuevas formas de criminalidad alrededor de los flujos migratorios, tales como la explotación laboral, la trata de personas y la prostitución forzada, siendo los migrantes “irregulares” o

“sin papeles” a menudo las mayores víctimas (Cançado, 2012, p. 219).

Frente a los flujos migratorios y a las violaciones de derechos humanos que están siempre presentes en este fenómeno, grandes esfuerzos han sido efectuados para tratar el flagelo que implica el desarraigo y la migración forzada de personas, así como para reforzar el cuadro normativo internacional existente desde 1951, con la Convención de Ginebra para los refugiados, que, si bien tiene como objeto regular la institución del refugio y al refugiado, ha inspirado la normatividad sobre los derechos de los migrantes (Carlier, 2001).

Al respecto, es importante recordar que la Convención de 1951 fue un instrumento internacional creado, inicialmente, para ayudar a los europeos desplazados por los graves conflictos vividos en su continente durante la Segunda Guerra Mundial (Acnur, 2001). Sin embargo, la persistencia y la multiplicación del fenómeno migratorio forzado llevaron a que la temporalidad y la limitación geográfica de las normas de la Convención de 1951 fueran superadas por medio de su Protocolo adicional del 31 de enero de 1967. Este protocolo, si bien eliminó los límites temporales y territoriales previstos originariamente en la Convención de 1951, conservó las disposiciones esenciales de esta norma en relación con las motivaciones para que una persona pueda ser considerada como refugiada.

Los esfuerzos realizados para la protección universal de los migrantes han tenido lugar a través del principio de igualdad y la no discriminación, principio que ha sido reforzado y adaptado al fenómeno planetario de las nuevas migraciones y movilizaciones humanas forza-

das. El artículo 3 de la Convención de Ginebra de 1951 señala en su contenido, expresamente, la no discriminación: “los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen” (Chetail & Flauss, 2001, p. 4).

En África, por su parte, el artículo 4 de la Convención de la Organización de la Unión Africana (OUA) —hoy Unión Africana (UA)— de 1969, que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados, también prescribió que “los Estados miembros se comprometen a aplicar las disposiciones de la presente Convención a todos los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas”. Lo propio hace el literal *d* del artículo 3 de la Convención de Kampala al fijar como obligación general de los Estados parte “respetar y garantizar el respeto y protección de los derechos humanos de los desplazados internos, incluyendo el trato humano, la no discriminación, igualdad e igual protección de la ley” (UA, 2009).

Igualmente, en América, el principio de igualdad y la no discriminación fue reconocido por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y por la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, entendidos ambos instrumentos como normas complementarias de la Convención de Ginebra de 1951 y de su Protocolo de 1967. La décima conclusión de la Declaración de San José reafirma, sobre el particular, que

tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo

causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar. Estos derechos inalienables deben respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus hogares, debiéndose proveerles además lo necesario para garantizar su bienestar y dignidad humana.

De igual forma, en Europa, el artículo 4 de la Convención Europea de Establecimiento de 1955 consagró que “los nacionales de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de las otras Partes de un trato igual al de los nacionales respecto del disfrute y ejercicio de los derechos civiles, ya sea de carácter personal o de carácter patrimonial”. Además, el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio Europeo de Nacionalidad del 6 de noviembre de 1997 confirmó el respeto por el principio de igualdad y la no discriminación al afirmar que “las normas de un Estado Parte sobre la nacionalidad no deberán contener distinciones ni incluir ninguna práctica que constituya discriminación por razón de sexo, religión, raza, color u origen nacional o étnico” (Council of Europe, 1997; traducción propia).

Los instrumentos internacionales citados muestran la existencia de una indiscutible evolución en la protección de los derechos humanos que toma en cuenta la universalidad de los derechos de los individuos para traspasar el dominio de la protección estatal y buscar la materialización de una verdadera protección universal a partir del principio de igualdad y la no discriminación. Esta fue la postura asumida y defendida por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en relación con la

protección de los derechos de los extranjeros y migrantes, incluidos los migrantes menores.

En la Opinión Consultiva n.º 16 del 1.º de octubre de 1999, respecto al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló que

para alcanzar sus objetivos, el proceso [judicial] debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. (1999, párr. 119)

La manifestación de condiciones de desigualdad real frente a las personas obliga a los Estados y a sus autoridades a adoptar medidas de carácter general que conduzcan a la reducción o eliminación de los obstáculos y las deficiencias que impiden la defensa y la protección eficaz de los intereses propios (Cançado, 2012, pp. 230 y 231).

Por esta razón, por ejemplo, es necesario proveer de un “traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular” (Corte IDH, 1999, párr. 120).

En la Opinión Consultiva n.º 18 del 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH (2003) es más aguda en sus argumentos sobre el principio de igualdad y la no discriminación al considerar que éste pertenece al *ius cogens* dado que

sobre él “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (párr. 101).

Para la Corte IDH (1984), todos los Estados deben cumplir con la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna, pues dicho comportamiento está relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley. La obligación del Estado de tratar a los seres humanos por igual y sin discriminación se deriva “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” (párr. 55).

De esta manera, el principio de igualdad y la no discriminación impregna todo ejercicio de poder estatal en relación con el respeto y la garantía de los derechos humanos. El Estado, ya sea a nivel internacional o interno, por los actos de todas las autoridades e incluso de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y la no discriminación en detrimento de un grupo determinado de personas, como los migrantes “indocumentados” (Corte IDH, 2003, párr. 100). “Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean estas, incluidas las de carácter migratorio” (punto resolutivo n.º 11).

En la Opinión Consultiva n.º 21 del 19 de agosto de 2014, la Corte IDH (2014) reafirmó que los Estados tienen obligaciones generales en relación con los migrantes, principalmente

si éstos son menores. Existe un deber estatal general de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de toda persona que se encuentre sujeta a la jurisdicción del Estado, es decir, sobre toda persona que se encuentre en su territorio o que de alguna manera esté sometida a su autoridad, responsabilidad o control (párr. 61).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe sobre los derechos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, puso en evidencia que, en “las Américas, los principios vinculantes de igualdad y no discriminación constituyen el eje central del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (2013, párr. 357). Además, establece que el “derecho internacional de los derechos humanos no solo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra cierta categoría de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria” (párr. 358).

Por esa razón, de acuerdo con los estándares del SIDH, está prohibida la aplicación de restricciones basadas en la raza en el marco de operativos de control migratorio. Toda restricción de derechos basada en el sexo, la raza y el origen nacional constituye para los estándares interamericanos una “categoría sospechosa” sobre la cual recae “presunción de invalidez” por ser nugatoria del principio de igualdad y la no discriminación (CIDH, 2016, párr. 205).

La CIDH (2016) ha identificado que el principio de igualdad y la no discriminación puede entenderse como prohibición y obligación

a la vez. La primera es una concepción de abstención dirigida a proscribir todo trato diferenciado arbitrario entre los seres humanos. La segunda es una concepción por medio de la cual se busca obligar a que los Estados creen condiciones de igualdad real para los grupos que históricamente han sido objeto de exclusión y discriminación (párr. 187).

Los Estados tienen obligaciones positivas frente a los migrantes, sin importar cuál sea su situación migratoria. Estas obligaciones se materializan en el deber de respetar y garantizar los derechos, lo cual implica que

los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder estatal, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción. (CIDH, 2013, párr. 365)

En relación con la crisis migratoria en el Mediterráneo, a pesar de que los Estados europeos, así como la Unión Europea, han demostrado una gran falta de responsabilidad y, por qué no decirlo, de humanidad (Teule, 2017) al suscribir acuerdos bilaterales con terceros Estados (EU. Parliamentary Assembly, 2016) con el único objetivo de expulsar a los migrantes fuera del territorio europeo (Alpes, Tunaboylu & Liempt, 2017; Masouridou & Kyrioti, 2018), la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), inspirada en la igualdad y la no discriminación, ha manifestado su rechazo y sentando un claro precedente frente a este actuar.

En el caso “Hirsi Jamaa and Others v Italy”, relacionado con la interceptación en altamar

de buques con migrantes por parte de las autoridades militares italianas y con su posterior devolución a Libia en el marco de acuerdos bilaterales, la Corte EDH (2012) encontró responsable al Estado italiano por la violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), así como del artículo 4 de su Protocolo n.º 4, al haber reenviado a los demandantes (11 nacionales somalíes y 13 nacionales de Eritrea) a Trípoli, exponiéndolos al riesgo de ser víctimas de tortura, penas y tratamientos inhumanos o degradantes, así como a ser repatriados arbitrariamente a Eritrea y Somalia (párrs. 137 y 138, 155-158).

Para la Corte EDH (2012), ninguna de las disposiciones del derecho internacional

legitima la devolución de los demandantes a Libia en la medida en que las normas sobre el salvamento de personas en el mar y las que rigen la lucha contra el tráfico de seres humanos imponen sobre los Estados el deber de cumplir con las obligaciones derivadas del derecho internacional sobre refugiados, incluido el principio de no devolución. (Párr. 134; traducción propia)

Además, la Corte EDH (2012) observó que el Estado libio no ha ratificado la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y que, en el momento de transferir a los demandantes, las autoridades italianas sabían o estaban en la capacidad de saber que en Libia las garantías para asegurar que los demandantes no fueran devueltos arbitrariamente a sus países no eran suficientes, así como “la imposibilidad de hacer que las autoridades libias reconociesen los estatutos de refugiado otorgados por Acnur” (párrs. 153-156; traducción propia).

Si bien el precedente judicial establecido en este caso ha sido seguido por la Corte EDH, sobre el tema no todo ha concluido en la medida en que Europa está, como acertadamente lo ha expresado el juez Pinto de Albuquerque (2018), estableciendo una política de “crimigración” realmente inhumana, en la que existe un trato discriminatorio sobre aquel que migra y no ha podido regularizar su situación migratoria, “sin ofrecer la más mínima justicia para las víctimas de graves infracciones como la tortura, [y dando a conocer] la peor imagen de Europa en la historia reciente” (párr. 62), más aún si se tiene en cuenta que la Unión Europea ha comenzado a reforzar su política de externalización de los procedimientos de asilo por medio de acuerdos bilaterales con terceros países de África del Norte (EU. Parliamentary Assembly, 2014, 2016, 2017, 2018a, 2018b).

Afortunadamente, este mismo espíritu no está presente en el seno de Naciones Unidas. En marzo de 2014, la Acnur (2014b) emitió un informe titulado *Children on the Run*, en el cual confirmó las obligaciones generales de los Estados respecto a los migrantes, incluyendo a los menores, pero, particularmente, precisó el significado de la noción de “protección internacional” en este dominio. Para la Acnur (2014b), la protección internacional de migrantes está muy cerca de la responsabilidad de proteger, lo que redundaría en reforzar para ellos la noción de un trato digno e igualitario, pues inicialmente es

responsabilidad de los Estados proteger a sus ciudadanos, [pero cuando] los gobiernos de sus países de origen no protegen los derechos básicos de estas personas, la comunidad internacional debe intervenir para garantizar dichos derechos, tal como

está previsto por diferentes instrumentos regionales e internacionales. (p. 8; traducción propia)

Por otra parte, el 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2016) adoptó, con el apoyo de los 193 Estados miembros de la ONU, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes con el fin de materializar una protección igualitaria sobre sus derechos por parte de los Estados y la comunidad internacional. En esta declaración se expresó que los desplazamientos masivos de refugiados y migrantes tienen “ramificaciones políticas, económicas, sociales y humanitarias” que traspasan todas las fronteras al tratarse de un fenómeno mundial que exige soluciones mundiales, pues “ningún Estado puede por sí solo gestionar esos desplazamientos” (párr. 7).

Al respecto, como obligación general, el anexo I de la declaración (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2016) propuso “un marco de respuesta integral para los refugiados” y determinó los pasos necesarios para la adopción de un “pacto mundial sobre los refugiados” en 2018 (anexo 1, párr. 19) basado “en los principios de la cooperación internacional y la distribución de la carga y la responsabilidad [con el fin de] proteger y ayudar a los refugiados y apoyar a los Estados de acogida y a las comunidades afectadas” (anexo 1, párr. 1). Igualmente, el anexo II de la declaración previó la adopción de un “pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular” en 2018, con el objeto de establecer “una serie de principios, compromisos y entendimientos entre los Estados Miembros sobre la migración internacional en todas sus dimensiones”, así como de proponer “un marco para la cooperación internacional

amplia respecto de los migrantes y la movilidad humana” (anexo II, párr. 2).

Los días 10 y 11 de diciembre de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2018b) aprobó el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, en la que se aceptó que la migración es uno de “los rasgos distintivos de nuestro mundo globalizado, que vincula a las sociedades dentro de todas las regiones y también a nivel interregional, haciendo que todas las naciones sean a la vez países de origen, tránsito y destino” (párr. 10). Así, los Estados miembros se fijaron el cumplimiento de 23 objetivos para la migración segura, ordenada y regular, con la finalidad de abordar y reducir las vulnerabilidades de los migrantes “prestándoles asistencia y protegiendo sus derechos humanos” (párr. 23), en especial para que “todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, puedan ejercer sus derechos humanos accediendo a los servicios básicos en condiciones de seguridad” y asegurándose que “cualquier trato diferenciado se base en la ley, sea proporcionado y persiga un propósito legítimo, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos” (párr. 31).

El 17 de diciembre de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2018a) también aprobó el Pacto Mundial sobre los Refugiados y precisó en él que “la difícil situación de los refugiados es una preocupación común de la humanidad [dado que] el alcance, la escala y la complejidad de las situaciones de refugiados han aumentado y los refugiados necesitan protección, asistencia y soluciones” (párr. 1). Según lo aprobado, “el pacto mundial dimana de los principios fundamentales de humanidad y solidaridad internacional”, es “totalmente

apolítico”, está en armonía “con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas” y se rige por “los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes [y por] los principios humanitarios de humanidad, neutralidad, imparcialidad e independencia” (párr. 5).

El pacto fijó 4 objetivos fundamentales para salvaguardar los derechos de los refugiados:

i) aliviar las presiones sobre los países de acogida; ii) promover la autosuficiencia de los refugiados; iii) ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países; y iv) favorecer en los países de origen condiciones que propicien un retorno en condiciones de seguridad y dignidad. (párr. 7)

Por otro lado, si bien el pacto estableció que

los países de origen de los desplazamientos de refugiados tienen la responsabilidad de combatir las causas que los originan, [...] la prevención y la resolución de las situaciones de refugiados en gran escala también son motivo de profunda preocupación para la comunidad internacional en su conjunto y requieren la adopción de medidas tempranas para abordar sus causas y los factores desencadenantes, así como una intensificación de la cooperación entre los actores de los ámbitos político, humanitario, del desarrollo y de la paz. (párr. 8)

Gracias a esta evolución de los derechos de los migrantes, a pesar de las manifestaciones de inhumanidad y la falta de solidaridad manifiesta en algunos casos (Leboeuf, 2017; Martin, 2014), se puede afirmar que existe, en la protección de los derechos humanos

y sobre la base de la igualdad y la no discriminación, toda una transición e incluso una transmisión de la responsabilidad de proteger y garantizar derechos del Estado a la comunidad internacional y de esta última a la comunidad humana global (Acnur, 2017, párrs. 1-5). Este fenómeno podría probar la existencia de la universalización de la protección y garantía de los derechos humanos, existencia que se hace aún más clara y evidente con el principio de *non-refoulement* y su alcance universal.

### **El alcance universal del principio de *non-refoulement***

La primera referencia al *non-refoulement* en la práctica del derecho internacional aparece en el período de entre guerras con el artículo 3 de la Convención del 28 de octubre de 1933 sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados, el cual ya contemplaba la prohibición para las partes contratantes de “devolver a los refugiados a las fronteras de su país de origen” (Amnesty International, 2012, pp. 12-21). Sin embargo, fue en el período histórico posterior a la Segunda Guerra Mundial que el *non-refoulement* fue reconocido como un principio cardinal del derecho internacional de los refugiados, con el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 y el artículo 2.3 de la Convención de la OUA de 1969, sobre los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (Cançado, 2012, p. 520).

La importancia dada después de la Segunda Guerra Mundial al principio de *non-refoulement* ha sido tan fuerte que el artículo 42 de la Convención de Ginebra de 1951 prohibió categóricamente que su contenido pudiera ser objeto de reservas, y unos años más tarde, al final de la guerra de Vietnam, la Declaración de

Cartagena sobre Refugiados de 1984 estableció que el *non-refoulement* “debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional como un principio de *jus cogens*” (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1984, p. 3).

No obstante, los Estados, en este momento de desplazamientos masivos y movilizaciones humanas a gran escala, tienen cada vez más dificultades para distinguir a los refugiados de los migrantes económicos, debido a que hoy por hoy las migraciones mixtas son más frecuentes y el principio de *non-refoulement* demuestra ser una protección inicial y necesaria para ambos grupos.

En efecto, en las movilizaciones humanas a gran escala, los migrantes económicos y los refugiados “se suelen trasladar juntos, utilizando las mismas rutas y medios de transporte y los servicios de los mismos traficantes, en su intento por llegar a los mismos países de destino” (Crisp, 2007). Es así como las dificultades prácticas para distinguir entre refugiados y migrantes económicos han llevado a la ampliación de la protección otorgada por el principio de *non-refoulement* a todo migrante, mientras se espera el procedimiento individual para el reconocimiento del estatus de refugiado.

A esta protección ampliada la Acnur (2011) ha denominado la protección *prima facie* de refugiado, esto es, que, en ausencia de pruebas en contrario, a quien migra en circunstancias de movilidad a gran escala, y dado que en esta particular situación por términos prácticos no es posible hacer la determinación del estatus de refugiado para cada migrante, se recurre al concepto de *group determination* para

reconocer inicialmente el estatus de refugiado a cada miembro del grupo (párr. 44).

La protección *prima facie* significa el reconocimiento, por parte de un Estado o de la Acnur (2019b), del estatus de refugiado a una persona sobre la base de circunstancias objetivas y fácilmente identificables en el país de origen o, en el caso de apátridas solicitantes de asilo, en el país donde tiene su residencia habitual. El enfoque *prima facie* reconoce que las personas que huyen de estas circunstancias corren el riesgo de ser víctimas de graves daños en su vida e integridad a menos que se les aplique la protección de refugiadas (p. 204).

Como se dijo, las dificultades prácticas para distinguir al refugiado del migrante económico en contextos de movilidad humana masiva han extendido la protección brindada por el principio de *non-refoulement* a todo migrante mientras se da la determinación de su estatus de refugiado. Por ello, existe sobre la noción de refugiado una presunción que debe ser respetada: “de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, las personas son refugiadas a partir del momento en el que ellas han salido de sus países huyendo de las amenazas, antes de ser reconocidas como tales por cualquier otro país”. De esta manera, las personas deben verse beneficiadas por la protección dada por este estatus presumido “hasta que no se pruebe lo contrario” (Amnesty International, 2012, p. 16). Así,

toda persona que se presente a un puesto fronterizo ya se encuentra, *de facto*, al interior del territorio y bajo la jurisdicción de las autoridades de este Estado, las cuales están obligadas de otorgarle la protección debida bajo el artículo 33 de la Convención de Ginebra. (Chetail & Flauss, 2001, p. 19)

Esta interpretación fue confirmada por el Comité Ejecutivo de la Acnur (1977) en sus conclusiones sobre la situación de los refugiados, luego de reafirmar “la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución —tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado—” (párr. c) y después de precisar *vis-à-vis* la protección internacional del ser humano, que el principio fundamental de *non-refoulement*, incluyendo el no rechazo de la admisión en la frontera, debe respetarse escrupulosamente (Acnur, 2014a, p. 14; Comité Ejecutivo de la Acnur, 1997). En “los movimientos masivos de poblaciones” y en las situaciones de “recesión económica” (Comité Ejecutivo de la Acnur, 1982, párr. d), el principio de *non-refoulement* no puede derogarse por su carácter de norma de *ius cogens* (Allain, 2001, p. 539; Comité Ejecutivo de la Acnur, 1996, párr. i).

En esencia, según lo afirmado por Amnistía Internacional, “el principio de *non-refoulement* cubre toda persona que teme por persecuciones en su país de origen” (Amnesty International, 2012, p. 17). El principio protege a “todas las personas que estarían en riesgo de sufrir graves perjuicios en sus derechos fundamentales, así no sean ellas consideradas como refugiadas en el seno de la Convención de Ginebra” (p. 19). De esta forma, el principio de *non-refoulement*, así como otros principios básicos, como el de igualdad y la no discriminación, el de inviolabilidad y la seguridad de la persona humana, el de inalienabilidad y la *non-renounceability* a los derechos humanos, hace parte de ese mínimo irreductible de protección de derechos de los individuos (Cançado, 2012, pp. 520 y 523).

Según el juez internacional Cançado (2012), el marco de aplicación del principio de *non-refoulement* se amplió desde los años ochenta, tanto en su campo *ratione personae* como en su campo *ratione materiae*, en beneficio de sujetos distintos a los refugiados, por ejemplo, los extranjeros en general, y también de los individuos en caso de extradición, expulsión, deportación o devolución hacia un Estado en el que podría correr el riesgo de ser sometido a tortura o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes (pp. 520 y 523).

La extensión dada al principio de *non-refoulement* redefinió su marco universal de protección y determinó su naturaleza de *ius cogens* (Allain, 2001, pp. 538-548). De ahora en adelante, el *non-refoulement* constituye una limitación a la acción soberana de los Estados en favor de la integridad y el bienestar de la persona humana (Cançado, 2013, p. 524), sobre la cual no puede haber oposición por parte de los Estados, pues se trata de una obligación imperativa, *erga omnes*.

Finalmente, “el principio de *non-refoulement* sigue siendo la máxima defensa contra la opresión, el último de los derechos humanos cuando todos los demás han sido violados”; constituye, más que nunca, “parte integrante del patrimonio jurídico común de la humanidad” (Chetail, 2001, p. 61). Es uno de los principios que se integran al derecho interno y que testimonian la universalización de los derechos humanos.

## Conclusiones

La movilidad humana a gran escala ha imposibilitado la distinción objetiva, clara y eficiente entre el migrante económico y el refugiado.

Esto ha generado nuevos desafíos jurídicos, sociales y económicos para la protección universal de los migrantes.

El principio de igualdad y la no discriminación, desde su evolución y su consagración como norma de *ius cogens*, ha permitido que el derecho internacional para los refugiados brinde una protección inicial y reforzada al migrante en términos generales en contextos de migración masiva, por medio de la protección *prima facie* de refugiado.

Los flujos migratorios a gran escala generan desafíos logísticos, económicos y sociales que desbordan en sus alcances la capacidad de acción de los Estados. Por ello, es de gran importancia que la Declaración de Nueva York de 2016 haya precisado que este tipo de movilidad humana debe ser afrontado por la comunidad internacional en su conjunto, lo que conlleva, en la práctica, a concluir que se está, en términos de responsabilidad de proteger los derechos de los migrantes, frente a la transmisión de esta responsabilidad, que pasa del Estado únicamente hacia la comunidad internacional.

La humanización del derecho internacional ha permitido que instituciones para la protección exclusiva de los refugiados hayan, conceptualmente, sido objeto de ampliación para permitir la protección de otros sujetos de derecho, como las personas objeto de extradición, deportación o devolución cuya vida e integridad podría verse comprometida si son devueltas al Estado del cual vienen huyendo. Es el caso concreto del principio de *non-refoulement*, es importante que se haya ampliado su ámbito de amparo para brindar una protección universal a los migrantes.

## Referencias

- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2001). 50th anniversary. The wall behind which refugees can shelter. The 1951 Geneva Convention. *Refugees*, 2(123).
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2011). *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Recuperado de <https://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2014a). *A thematic compilation of Executive Committee conclusions*. Recuperado de <http://www.unhcr.org/53b26db69.html>
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2014b). *Children on the run*. Washington: Autor. Recuperado de <https://www.unhcr.org/about-us/background/56fc266f4/children-on-the-run-full-report.html>
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2017). *Towards a global compact on refugees: A roadmap*. Recuperado de <https://www.unhcr.org/58e625aa7>
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2019a). *Global Report 2018*. Recuperado de [http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/gr2018/pdf/GR2018\\_English\\_Full\\_lowres.pdf](http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/gr2018/pdf/GR2018_English_Full_lowres.pdf)
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2019b).

- Handbook on procedures and criteria for determining refugee status and guidelines on international protection*. Recuperado de <https://www.unhcr.org/3d58e13b4.pdf>
- Allain, J. (2001). The *jus cogens* nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, 13(4), 533-558. <https://doi.org/10.1093/ijrl/13.4.533>
- Alpes, M. J., Tunaboylu, S. & Van Liempt, I. (2017). Human rights violations by design: EU-Turkey statement prioritises returns from Greece over access to asylum. *RSCAS*, 29, 1-10. <https://doi.org/10.2870/13130>
- Amnesty International. (2012). *Réfugiés: un scandale planétaire*. París: Autrement.
- Arendt, A. (1951). *The origins of totalitarianism*. Nueva York: Harcourt Brace & Co.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2016). Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/71/L.1>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2018a). Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Parte II. Pacto Mundial sobre los Refugiados. Recuperado de [https://www.unhcr.org/gcr/GCR\\_Spanish.pdf](https://www.unhcr.org/gcr/GCR_Spanish.pdf)
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2018b). Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/pdfid/5c0eac944.pdf>
- Cançado, A. A. (2008a). *Le droit international pour la personne humaine*. París: Pedone.
- Cançado, A. A. (2008b). Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 51(1), 137-168. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292008000100008>
- Cançado, A. A. (2012). *International law for humankind*. Boston: Martinus Nijhoff.
- Carlier, J.-Y. (2001). Et Genève sera... la définition du réfugié: bilan et perspective. En V. Chetail y J.-F. Flauss (dirs.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après: bilan et perspectives* (pp. 63-89). Bruselas: Bruylant.
- Chetail, V. & Flauss, J.-F. (dirs.). (2001). *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après: bilan et perspectives*. Bruselas: Bruylant.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. Washington: Autor. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2016). *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. Washington: Autor. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>
- Comité Ejecutivo de la Acnur. (1977). Conclusión n.º 6 (XXVIII). Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0517.pdf?view=1>
- Comité Ejecutivo de la Acnur. (1982). Conclusión n.º 25 (XXXIII). Recuperado de <https://www.refworld.org/docid/3ae68c484.html>
- Comité Ejecutivo de la Acnur. (1996). Conclusión n.º 79 (XLVII). Recuperado de <https://www.refworld.org/docid/3ae68c484.html>

- [www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0590.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0590](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0590.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0590)
- Comité Ejecutivo de la Acnur. (1997). Conclusión n.º 81 (XLVIII). Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0592.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0592>
- Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH). (2012). *Hirsi Jamaa and Others v Italy* [GC]. Application No. 27765/09. Recuperado de <https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/Original%20judgment%20-%20HIRSI%20JAMAA%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1984). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84. Recuperado de [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.doc)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1999). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2014). Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Recuperado de <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>
- Council of Europe. (1997). European Convention on Nationality. *European Treaty Series, 166*. Recuperado de <https://rm.coe.int/168007f2c8>
- Crisp, J. (2007). Vital distinction. *Refugees Magazine, 148*(4), 4-14. Recuperado de <https://www.unhcr.org/refmag/148/index.html>
- Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas. (1994, diciembre). Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0012.pdf>
- Esses, V. M., Hamilton, L. K. & Gaucher, D. (2017). The global refugee crisis: Empirical evidence and policy implications for improving public attitudes and facilitating refugee resettlement. *Social Issues and Policy Review, 11*(1), 78-123. <https://doi.org/10.1111/sipr.12028>
- EU. Parliamentary Assembly. (2014). Resolution 2000.
- EU. Parliamentary Assembly. (2016). Resolution 2109.
- EU. Parliamentary Assembly. (2017). Resolution 2147.
- EU. Parliamentary Assembly. (2018a). Resolution 2215.
- EU. Parliamentary Assembly. (2018b). Resolution 2228.
- Leboeuf, L. (2017). L'Union Européenne et la lutte contre l'immigration irrégulière: entre

- souveraineté et droits fondamentaux. En D. Berlin, F. Martucci y F. Picod (dirs.), *La fraude et le droit de l'Union Européenne* (pp. 161-171). Bruselas: Bruylant.
- Martin, M. (2014). *Prioritising border control over human lives: Violations of the rights of migrants and refugees at sea*. Copenhagen: Euro-Mediterranean Human Rights Network.
- Masouridou, Y. & Kyprioti, E. (2018). *The EU-Turkey statement and the Greek hotspots. A failed European pilot project in refugee policy*. Bruselas: The Greens; European Free Alliance in the European Parliament. Recuperado de <http://extranet.greens-efa-service.eu/public/media/file/1/5625>
- Organización de la Unión Africana (OUA). (1969, 10 de septiembre) Convención de la OUA, por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Recuperado de <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac934b2>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1984, noviembre). Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Declaración presentada en el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. Recuperado de <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>
- Pinto de Albuquerque, P. (2018). Joint partly dissenting opinion. En ECHR, Case of G.I.E.M. S.R.L. and Others v Italy. Applications Nos. 1828/06, 34163/07 and 19029/11. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-184525%22%7D>
- Shetty, S. (2018). Foreword. En Amnesty International Report 2017/18. Recuperado de <https://www.amnesty.org/download/Documents/POL1067002018ENGLISH.PDF>
- Teule, C. (2017). "Accord" EU-Turquie: le troc indigne. *Plein Droit*, 3(144), 23-26.
- Türk, V. (2019). The promise and potential of the global compact on refugees. *International Journal of Refugee Law*, 30(4), 575-583. <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeey068>
- Unión Africana (UA). (2009, 22 de octubre). Convención de la Unión Africana para la protección y la asistencia de los desplazados internos en África (Convención de Kampala). Recuperado de <https://www.acnur.org/5c7408004.pdf>