



Asamblea General

Distr. general
23 de noviembre de 2018
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

37º período de sesiones

26 de febrero a 23 de marzo de 2018

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 la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Nota de la Secretaría*

La Secretaría tiene el honor de transmitir al Consejo de Derechos Humanos el informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, elaborado de conformidad con la resolución 34/19 del Consejo.

* Este documento se presentó con retraso a los servicios de conferencias sin la explicación necesaria en virtud del párrafo 8 de la resolución 53/208 B de la Asamblea General.

GE.18-20107 (S) 191218 211218



* 1 8 2 0 1 0 7 *

Se ruega reciclar



Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nils Melzer

Índice

	<i>Página</i>
I. Actividades relacionadas con el mandato.....	3
II. La tortura y los malos tratos relacionados con la migración	3
A. Antecedentes.....	3
B. Marco jurídico	5
C. Privación de libertad relacionada con la migración	6
D. El tráfico y la trata de migrantes	10
E. No devolución.....	12
F. Consecuencias en virtud del derecho penal internacional.....	18
III. Conclusiones y recomendaciones.....	19
A. Conclusiones.....	19
B. Recomendaciones	20

I. Actividades relacionadas con el mandato

1. En 2017, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes participó en una serie de consultas temáticas, talleres y actividades sobre la tortura en el contexto de la migración, las formas de privación de libertad específicas para personas con discapacidad, el uso de la fuerza al margen de la reclusión y las garantías procesales contra la tortura.
2. Del 28 al 30 de agosto y del 4 al 6 de septiembre de 2017, el Relator Especial mantuvo consultas con expertos sobre el tema del presente informe en Ginebra y en la Ciudad de México, con el apoyo de la Asociación para la Prevención de la Tortura y la Universidad Iberoamericana. Del 1 al 30 de septiembre de 2017 se abrió también una convocatoria general para la presentación de información en respuesta a un cuestionario temático sobre el tema del informe.
3. El Relator Especial transmitió 137 comunicaciones, de manera individual o conjuntamente con otros titulares de mandatos, en nombre de personas expuestas a la tortura y otros malos tratos.
4. El Relator Especial realizó una visita a Serbia y Kosovo¹ del 13 al 24 de noviembre de 2017². El informe sobre esa misión se presentará al Consejo de Derechos Humanos en su 40º período de sesiones.

II. La tortura y los malos tratos relacionados con la migración³

A. Antecedentes

5. A lo largo de la historia, las personas han abandonado sus países de origen en busca de protección, una vida mejor y nuevos horizontes, contribuyendo así de forma inestimable a la búsqueda humana del desarrollo económico, la evolución social y el intercambio cultural. Si bien algunos aspectos de la migración internacional pueden ocasionar graves problemas logísticos, humanitarios, demográficos, financieros o incluso de seguridad, el fenómeno en su conjunto no supone una “amenaza” que requiera defenderse militarmente ni tampoco un “estado de emergencia” mundial que justifique la suspensión de los marcos normativos aplicables. Se trata más bien de una cuestión de gobernanza mundial de larga data que debería abordarse desde el pleno respeto de los derechos humanos y el estado de derecho.
6. En la actualidad, aproximadamente 258 millones de personas (alrededor del 3 % de la población mundial) viven fuera de su Estado de origen o de residencia habitual y, por lo tanto, pueden recibir el calificativo de “migrantes” o “migrantes internacionales”, independientemente de su situación personal o motivación⁴. De ellos, aproximadamente el 10 % (unos 25 millones de personas) han huido de su país como refugiados, mientras que otros 40 millones de personas se han visto desplazadas por la fuerza dentro de sus países y

¹ Las referencias a Kosovo han de entenderse en el contexto de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), “Preliminary observations and recommendations of the United Nations Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Mr. Nils Melzer, on the official visit to Serbia and Kosovo, 13 to 24 November 2017”, comunicado de prensa, 27 de noviembre de 2017.

³ En el presente informe, la expresión “malos tratos” hace referencia a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes distintos de la tortura.

⁴ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, División de Población “International Migration Report [Highlights]” (Nueva York, 2017). Véase también ACNUDH, Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales, (Ginebra, 2014).

podrían convertirse en migrantes en el futuro⁵. Dado que factores políticos, sociales, económicos y ambientales siguen expulsando a las personas de sus hogares, es probable que estas cifras aumenten.

7. Si bien la gran mayoría de los migrantes se desplazan a través de vías seguras y regulares, las leyes, políticas y prácticas de migración cada vez más restrictivas y obstructivas de los Estados han dejado a un número cada vez mayor de migrantes al margen de los procedimientos oficiales de inmigración y admisión, encaminándolos hacia rutas y métodos irregulares que suelen caracterizarse por la falta de transparencia y supervisión, la corrupción, la violencia y el abuso. En respuesta al creciente número de migrantes “en situación irregular”⁶ que llegan a sus fronteras, muchos Estados han iniciado un ciclo progresivo de represión y disuasión para desalentar a los recién llegados, con medidas como la penalización y la privación de libertad de los migrantes en situación irregular, la separación de los miembros de la familia, unas condiciones de acogida y una atención médica inadecuadas y la negación o la prolongación excesiva de la determinación de su condición o del procedimiento de *habeas corpus*, incluida la devolución rápida a sus países de origen en ausencia de tales procedimientos. Muchos Estados han comenzado incluso a impedir físicamente las llegadas, ya sea mediante el cierre de fronteras y el uso de vallas, muros u otros obstáculos físicos, mediante la externalización de sus fronteras y procedimientos, o mediante la ejecución de operaciones extraterritoriales de “devolución en caliente” y “retención”, a menudo en cooperación con otros Estados o hasta con agentes no estatales. Además de sus repercusiones directas sobre los derechos y la seguridad de los migrantes en situación irregular, esas leyes, políticas y prácticas también han generado un espacio para el crecimiento casi incontrolado de las prácticas abusivas ejercidas por una gran variedad de personas que tratan de explotar la migración irregular en su propio beneficio, incluidos funcionarios públicos corruptos, delincuentes y ciudadanos particulares.

8. En consecuencia, a lo largo de su viaje e incluso al llegar al país de destino, los migrantes en situación irregular experimentan un aumento de la incertidumbre, el peligro, la violencia y el maltrato, que incluye el incremento de la prevalencia de la tortura y los malos tratos a manos de funcionarios públicos y agentes no estatales. Además de las consecuencias físicas, que suelen ser permanentes, los supervivientes de la tortura también padecen de forma desproporcionada trastorno por estrés postraumático, ansiedad, depresión, disociación, desorientación y autoaislamiento, con graves consecuencias a largo plazo. Según un estudio en el que participaron más de 12.000 personas, la prevalencia confirmada de víctimas de la tortura entre los migrantes en situación irregular (en función del contexto) puede llegar hasta el 76 %, con un promedio general del 27 %⁷. Incluso cuando se pasan por alto el subregistro generalizado y el hecho de que la atención se centra en los refugiados y los solicitantes de asilo reconocidos, este número puede extrapolarse a la asombrosa cifra de 7 millones de víctimas de la tortura, lo que suscita serias dudas acerca de la compatibilidad de las leyes, las políticas y las prácticas actuales con la prohibición universal de la tortura y los malos tratos.

9. Para abordar esa tendencia, el Relator Especial tiene el propósito de recordar la amplia gama de obligaciones jurídicas internacionales derivadas de la prohibición de la tortura y los malos tratos; examinar las consecuencias jurídicas de estas obligaciones para algunas de las leyes, políticas y prácticas más frecuentes empleadas por los Estados en respuesta a la migración irregular y formular recomendaciones con miras a ayudar a los Estados a abordar la migración irregular en el pleno cumplimiento de esas obligaciones, evitando las lagunas en la protección y la impunidad por la vulneración de tales obligaciones. Habida cuenta de que las políticas y las prácticas examinadas suelen estar

⁵ Véase www.unhcr.org/globaltrends2016/. Véase también la resolución 71/1 de la Asamblea General, párr. 20.

⁶ La expresión “migrantes en situación irregular” incluye a todos los migrantes que no cumplen con la legislación nacional ordinaria en materia de inmigración del Estado de tránsito actual o de su Estado de destino.

⁷ Sigvardsson y otros, “Prevalence of torture and other war-related traumatic events in forced migrants: A systematic review”, *Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture*, vol. 26, núm. 2 (2016), págs. 41 a 73.

bien documentadas en el dominio público, y con el fin de evitar cualquier percepción de sesgo contextual, la referencia a las prácticas individuales de los Estados y la jurisprudencia conexa se harán únicamente para apoyar las cuestiones de derecho y no, en principio, las cuestiones de hecho.

B. Marco jurídico

10. La prohibición absoluta e irrevocable de la tortura y los malos tratos ha sido codificada en una amplia gama de instrumentos universales y regionales, y actualmente se reconoce como parte del derecho internacional consuetudinario. Además, la prohibición y su aplicabilidad “en cualquier tiempo y lugar”⁸ pueden dimanar directamente de un principio general del derecho, a saber, las “consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en la paz que en la guerra”⁹. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública —incluidas las provocadas por considerables y repentinos desplazamientos de migrantes— como justificación de la tortura¹⁰ o los malos tratos. En la actualidad, la prohibición de la tortura ha adquirido un carácter imperativo indiscutible (*ius cogens*).

11. A fin de llevar a la práctica la prohibición de la tortura, el derecho internacional establece obligaciones positivas y negativas para los Estados. En términos positivos (“obligación de asegurar”), el Estado debe procurar tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura y malos tratos en todo territorio sometido a su jurisdicción y ámbito en que ejerza, directa o indirectamente, un control *de iure* o *de facto* sobre las personas, en cualquier parte del mundo¹¹. Esta obligación no solo requiere impedir las vulneraciones cometidas por funcionarios públicos, sino que también abarca la obligación bien arraigada de que los Estados ejerzan la diligencia debida para evitar los malos tratos por parte de agentes privados o por órganos de terceros Estados que operan en su jurisdicción¹².

12. En términos negativos (“obligación de respetar”), los Estados deben abstenerse de realizar todo acto de tortura o malos tratos o contribuir a ellos a sabiendas, ya sea mediante actos u omisiones, al ejercer sus facultades y autoridad, en particular cada vez que sometan a una persona a su jurisdicción mediante el ejercicio de control o influencia sobre un lugar, una persona o un proceso más allá de sus fronteras. Además, en virtud del derecho consuetudinario y el derecho de los tratados, los Estados tienen la obligación absoluta e irrevocable de no expulsar, devolver o extraditar a una persona —independientemente de su derecho a la condición de refugiado o a recibir protección subsidiaria— a la jurisdicción de otro Estado o a cualquier otro territorio cuando haya razones fundadas para creer que esa persona estaría en peligro de ser sometida a tortura o malos tratos (principio de no devolución). En cuanto a la aplicación extraterritorial de la prohibición de la tortura y los malos tratos en términos más generales, el Relator Especial apoya y reitera las conclusiones alcanzadas por el anterior titular del mandato (véase A/70/303).

13. Por lo que respecta al contexto de la migración, debería recordarse específicamente que los Estados deben respetar y garantizar el derecho a que ninguna persona sea sometida a tortura y malos tratos, sin ningún tipo de discriminación¹³, y que causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves “por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, incluido sobre la base de su situación migratoria, equivale por definición a

⁸ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (1949).

⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14.

¹⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 2.2.

¹¹ Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 1. Véanse asimismo Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007) sobre la aplicación del art. 2, párrs. 3 y 16, y CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 10.

¹² Comité contra la Tortura, observación general núm. 2, párrs. 17 a 19.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26. Véase también Comité contra la Tortura, observación general núm. 2, párrs. 7 y 20.

tortura, independientemente de que sea infligida por funcionarios públicos o a su instigación, o simplemente con su consentimiento o aquiescencia.

14. Además, en todas sus decisiones, actos y omisiones, los Estados deben interpretar y cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe¹⁴, es decir, de conformidad con la letra y el espíritu de la ley. En cuanto al derecho absoluto e irrevocable de los migrantes a no ser sometidos a tortura y malos tratos, los Estados no pueden participar legítimamente en actividades o celebrar acuerdos con otros Estados o agentes no estatales cuando las consecuencias previsibles menoscabarían o frustrarían el objetivo y el propósito mismos de ese derecho, o de cualquiera de los derechos accesorios destinados a darle efecto en la práctica, tales como el derecho a salir de un país o territorio, a solicitar y obtener asilo, a no ser detenidos arbitrariamente, y a que sus derechos y deberes sean determinados en un proceso que cuente con las debidas garantías¹⁵.

15. Para hacer frente a las consecuencias de la tortura y los malos tratos, los Estados deben velar por que las víctimas obtengan reparación y tengan el derecho exigible a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible¹⁶. Siempre que los Estados reciban denuncias o tengan motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, tienen la obligación de investigar, enjuiciar y castigar a los autores¹⁷. En el caso de vulneraciones “graves” (es decir, “manifiestas o sistemáticas”) de la prohibición imperativa de tortura en un Estado, todos los demás Estados no solo están facultados, sino que también están obligados jurídicamente a cooperar para poner fin a esos abusos a través de los medios legales a su disposición; a no reconocer como lícita la situación creada por esas vulneraciones; y a no prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación¹⁸. En función del contexto, la comisión de actos de tortura o malos tratos o la participación en ellos también pueden constituir crímenes de guerra o de lesa humanidad y, por lo tanto, estarían sujetas a la jurisdicción universal y exentas de prescripción.

C. Privación de libertad relacionada con la migración

16. En muchas partes del mundo, los Estados recurren cada vez más a la penalización de la migración irregular y a la privación de libertad como respuesta rutinaria o incluso obligatoria (A/HRC/17/33, párrs. 12 y 19)¹⁹. Los Estados detienen a los migrantes en regímenes de reclusión penal y administrativa que tienen por objeto penalizar y castigar las vulneraciones de la legislación vigente en materia de inmigración o, respectivamente, llevar a cabo los procedimientos administrativos relacionados con las llegadas, el asilo, la permanencia más allá del vencimiento del plazo de estancia autorizada, la residencia o la devolución.

1. Privación de libertad

17. En términos generales, las expresiones “privación de libertad” o “reclusión” se refieren al confinamiento de personas en centros vigilados de carácter público o privado de los cuales no pueden salir voluntariamente²⁰. En la práctica, esos centros pueden ser, entre otros, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción o de alojamiento cerrados, refugios, albergues o campamentos, y también instalaciones provisionales, barcos y residencias privadas. Con independencia del nombre que reciba cada centro de

¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 26 y 31, párr. 1;

¹⁵ Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 a 10, 13, párr. 2, y 14, párr. 1. Véase también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 9, 12, párr. 2, 13 y 14.

¹⁶ Convención contra la Tortura, art. 14.

¹⁷ *Ibid.*, arts. 4 a 9, 12 y 13.

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/56/10)*, arts. 40, párr. 2, y 41, párrs. 1 y 2. Véase también la resolución 60/1 de la Asamblea General, párrs. 138 y 139.

¹⁹ Véase también Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), “Más Allá de la Detención: Una estrategia mundial para apoyar a los gobiernos a poner fin a la detención de solicitantes de asilo y refugiados. 2014-2019”, Ginebra, agosto de 2016.

²⁰ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, art. 4.

acogimiento o alojamiento y de su categorización en la legislación nacional, la cuestión determinante para que la permanencia en este sea calificada de “privación de libertad” es si los migrantes pueden o no abandonarlo voluntariamente. En la práctica, la posibilidad de abandonar esos centros no debe ser una opción meramente teórica que pueda ejercerse en una fecha futura, sino que debe ser factible y estar disponible en todo momento. Por ejemplo, retener a migrantes en una frontera internacional, una instalación en alta mar o una zona de tránsito aeroportuario y negarles la inmigración al tiempo que se les concede el derecho teórico de salir hacia otro país o territorio de su elección sigue siendo una privación de libertad durante el tiempo en que permanecen retenidos, y otorga a todos los migrantes afectados el derecho a la plena protección que reciben las personas privadas de libertad en virtud del derecho internacional.

2. Trato y condiciones de privación de libertad

18. Aunque toda privación de libertad de migrantes debe tener lugar en “dependencias apropiadas, higiénicas y que no sean de castigo” y no en prisiones²¹, en realidad, a menudo sucede lo contrario. Numerosos informes de prensa y de las partes interesadas han descrito las pésimas condiciones físicas e higiénicas a las que se ven sometidos los migrantes que permanecen en privación de libertad en todas las regiones del mundo, en particular en los centros de tramitación en el extranjero. En función del contexto, los problemas pueden ir desde el hacinamiento extremo hasta el régimen de aislamiento prolongado, pasando por el acceso insuficiente a los alimentos, el agua y la atención médica y el abuso deliberado por parte de los funcionarios públicos, los guardias privados u otros reclusos, que puede incluir actos de tortura o malos tratos, extorsión sistemática, abuso sexual y hasta esclavitud. Incluso se han notificado torturas y malos tratos generalizados infligidos a niños migrantes, que van desde las diversas formas de abuso sexual hasta el hecho de ser atados, amordazados, golpeados con palos, quemados con cigarrillos, sometidos a descargas eléctricas o recluidos en régimen de aislamiento —torturas y malos tratos que causan gran ansiedad y daños psicológicos (A/HRC/28/68, párr. 60).

19. Todo régimen de privación de libertad que, como cuestión de política deliberada o como consecuencia de la negligencia, la complacencia o la impunidad, someta o exponga a los migrantes a tratos o condiciones de privación de libertad manifiestamente incompatibles con las normas universalmente reconocidas, en particular las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), va en contra de la prohibición de la tortura y los malos tratos, independientemente de las consideraciones económicas o presupuestarias²². Por lo general, el umbral de los malos tratos prohibidos se alcanzará antes con respecto a los migrantes en situación irregular o con otras vulnerabilidades²³. Además, los malos tratos o las condiciones de privación de libertad manifiestamente inadecuadas pueden incluso equivaler a tortura si son deliberadamente impuestos, alentados o tolerados por los Estados por razones basadas en cualquier tipo de discriminación, incluida la condición de inmigrante²⁴, o si se infligen con el fin de disuadir, intimidar o castigar a los migrantes o sus familiares, coaccionarlos para que retiren sus solicitudes de asilo, renuncien a la protección subsidiaria u otra permanencia, acepten el retorno “voluntario”, proporcionen información o huellas dactilares, o para extorsionarlos pidiéndoles dinero o favores sexuales.

²¹ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 35 (2014) sobre la libertad y seguridad personales, párr. 18.

²² Véanse, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *M.S.S. v. Belgium and Greece* (demanda núm. 30696/09), sentencia de 21 de enero de 2011, párr. 233; *Mukong c. el Camerún* (CCPR/C/51/D/458/1991), párr. 9.3; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Suárez-Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 91.

²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tarakhel v. Switzerland*, demanda núm. 29217/12, sentencia de 4 de noviembre de 2014, párrs. 118 y 119.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hode and Abdi v. UK*, demanda núm. 22341/09, sentencia de 6 de noviembre de 2012, párr. 56.

3. Privación de libertad prolongada o indefinida

20. Otro motivo de preocupación es la utilización de procedimientos cuya naturaleza o diseño deliberado tienen por fin posibilitar que la privación de libertad de los migrantes se prolongue indefinidamente, con miras a maximizar la incertidumbre, la imprevisibilidad y la frustración, o alentar a los migrantes a que retiren sus solicitudes de asilo, renuncien a la protección subsidiaria u otra permanencia y acepten el retorno “voluntario” a cambio de su puesta en libertad. Cuando los migrantes se encuentran en régimen de detención administrativa fuera del sistema de justicia penal, a menudo no se benefician de las garantías procesales fundamentales, como la posibilidad de contar con los servicios de un intérprete y un asesor letrado y el derecho a contar con un recurso legal efectivo y a una revisión periódica; como consecuencia de ello, esos migrantes suelen permanecer deliberadamente en un “limbo” jurídico sin perspectivas realistas de liberación o medidas alternativas, y sin medios prácticos para influir en el proceso o en su duración. En otros contextos, en los que la entrada no autorizada está tipificada como delito, a menudo se impone de forma automática la prisión preventiva hasta la conclusión de las actuaciones judiciales, lo que suele conducir a la privación de libertad prolongada, cuando no indefinida. En ambos casos, cuando los migrantes están acompañados por miembros de la familia, suelen ser separados de sus cónyuges e incluso de sus hijos, por lo general bajo el pretexto de reglamentos administrativos, con la retirada de sus solicitudes y su retorno “voluntario” como única perspectiva realista de liberación y reunificación familiar. Además, en muchos contextos de todo el mundo, los niños migrantes son detenidos rutinariamente, tanto individualmente como junto con sus familias. Una forma de privación de libertad relacionada con la migración que combina esos elementos y resulta especialmente traumática es el confinamiento a largo plazo en islas aisladas o en enclaves extraterritoriales.

4. La arbitrariedad de la reclusión basada únicamente en la condición migratoria

21. De la misma manera que cualquier otra forma de privación de libertad, la reclusión de migrantes deberá justificarse como lícita, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias de cada caso y, cuando se trate de detención administrativa o prisión preventiva, revisarse periódicamente a medida que se prolonga en el tiempo²⁵. Siempre que se cumplan esas condiciones genéricas a título individual, los solicitantes de asilo que entran ilegalmente en el territorio de un Estado parte pueden ser privados de libertad durante un breve período inicial con el fin de documentar su entrada, dejar constancia de sus alegaciones, y determinar su identidad si hay dudas sobre ella. Prolongar su privación de libertad mientras se resuelven sus alegaciones sería arbitrario de no existir razones particulares específicamente relacionadas con la persona en cuestión, como una probabilidad concreta de fuga, el peligro de que cometa un delito contra otras personas, o el riesgo de que lleve a cabo actos contra la seguridad nacional. La decisión deberá: tener en cuenta los factores pertinentes de cada caso y no basarse en una norma obligatoria aplicable a una categoría amplia de personas; considerar la posibilidad de utilizar medios menos invasivos para alcanzar el mismo fin, como la obligación de presentarse periódicamente en un lugar, la imposición de una fianza u otras condiciones para evitar la fuga; y ser objeto de reevaluación periódica y de revisión judicial. La incapacidad de un Estado parte para llevar a cabo la expulsión de una persona no justifica que se prive de libertad al interesado de forma indefinida²⁶.

22. En cuanto a la cuestión concreta de la privación de libertad de niños por motivos relacionados con la migración, cabe señalar que las infracciones relativas a la entrada o estancia irregulares no pueden tener consecuencias similares a las que se derivan de la comisión de un delito. Por consiguiente, la posibilidad de detener a niños como medida de último recurso, que puede aplicarse en otros contextos como la justicia penal de menores, no es aplicable en los procedimientos relativos a la inmigración, ya que estaría en

²⁵ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017) relativa a la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22, párr. 12.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 35, párr. 18.

contradicción con el principio del interés superior del niño y su derecho al desarrollo²⁷. En consecuencia, se ha determinado que la privación de libertad de niños por motivos relacionados únicamente con su condición de migrantes en situación irregular o con la de sus padres es arbitraria (A/HRC/39/45, anexo, párr. 40)²⁸.

23. En términos más generales, las infracciones de las leyes de inmigración son esencialmente de carácter administrativo y no constituyen delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional que puedan justificar o exigir sanciones que entrañen la privación de libertad²⁹. Además, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe expresamente que se castigue a los solicitantes de asilo por haber infringido las normas de inmigración a fin de obtener acceso a la protección del Estado territorial.

24. En resumen, por lo tanto, los márgenes de permisibilidad de las privaciones de libertad relacionadas con la migración son estrechos, tanto en términos de justificación sustantiva como de duración, y el mero hecho de que la legislación nacional autorice la reclusión no excluye su arbitrariedad en virtud del derecho internacional. En opinión del Relator Especial, la reclusión penal o administrativa basada únicamente en la condición migratoria excede los intereses legítimos de los Estados en la protección de su territorio y la regulación de la migración irregular, y debe considerarse arbitraria (A/HRC/39/45 anexo párr. 10).

5. Relación entre la arbitrariedad y la tortura o los malos tratos

25. Aunque no todos los casos de reclusión arbitraria, equivalen automáticamente a tortura o malos tratos, existe un vínculo innegable entre ambas prohibiciones. Hace ya más de 30 años, la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a los *Estados Unidos de América c. la República Islámica del Irán* (fallo de 24 de mayo de 1980), sostuvo que “privar de manera ilícita de su libertad a seres humanos y someterlos a coerción física en condiciones difíciles es en sí mismo manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Además, la experiencia demuestra que toda forma de reclusión arbitraria expone a los migrantes a un mayor riesgo de tortura y malos tratos.

26. El Comité de Derechos Humanos ha considerado reiteradamente que la combinación del carácter arbitrario de la privación de libertad de los migrantes, su duración prolongada o indefinida, la negativa a facilitarles información, la privación de sus derechos procesales y las difíciles condiciones de reclusión son factores que se acumulan y les causan un grave daño psicológico, y constituyen un trato contrario al artículo 7 del Pacto³⁰. De hecho, se ha demostrado que la experiencia de ser sometido a una privación de libertad que no es necesaria ni proporcionada, especialmente en conjunción con su duración prolongada y potencialmente indefinida y con la ausencia de un recurso legal efectivo, añade un estrés psicológico y emocional considerable a la ya de por sí extremadamente vulnerable situación de los migrantes irregulares, lo que da lugar a muchos casos de autolesiones, trastorno por estrés posttraumático, ansiedad y depresión. Así pues, incluso los factores que no necesariamente equivalen a malos tratos cuando se aplican como medida aislada y durante un período de tiempo muy limitado —como la privación de libertad injustificada, el retraso en el acceso a los derechos procesales o las molestias físicas de carácter moderado— pueden traspasar el umbral pertinente si se aplican de manera acumulativa y/o durante un período de tiempo prolongado o ilimitado.

²⁷ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párr. 10.

²⁸ Véase la opinión consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de agosto de 2014, párr. 154.

²⁹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, observación general núm. 2 (2013) relativa a los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, párrs. 5 y 24; véase también A/HRC/23/46, párr. 47.

³⁰ *F. J. y otros c. Australia* (CCPR/C/116/D/2233/2013), párr. 10.6.

27. Cuanto más dure una situación de reclusión arbitraria y condiciones inadecuadas, y cuanto menos puedan hacer los detenidos para influir en su propia situación, más intenso será el sufrimiento mental y emocional y mayor la probabilidad de que se vulnere la prohibición de los malos tratos. En determinadas circunstancias, ese umbral puede alcanzarse muy rápidamente, cuando no inmediatamente, como sucede con los migrantes que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, entre ellos los niños, las mujeres, las personas de edad, las personas que padecen discapacidad, problemas de salud o traumas ocasionados por la tortura, o los miembros de minorías étnicas o sociales, como las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero o intersexuales. En particular, la privación de libertad de niños migrantes causada únicamente por la situación de migración de los padres nunca respeta el interés superior del niño, supera el requisito de necesidad y proporcionalidad y, aun en caso de privación de libertad a corto plazo, puede equivaler a malos tratos (A/HRC/28/68, párr. 80)³¹.

28. La privación de libertad basada únicamente en la situación migratoria puede incluso equivaler, como tal, a tortura, en particular cuando se imponga o perpetúe deliberadamente con fines como disuadir, intimidar o castigar a los migrantes en situación irregular o a sus familias, coaccionarlos para que retiren sus solicitudes de asilo, renuncien a la protección subsidiaria u otra permanencia, acepten la repatriación voluntaria, proporcionen información o huellas dactilares, o extorsionarlos pidiéndoles dinero o favores sexuales, o por motivos basados en cualquier tipo de discriminación, incluida la discriminación por su situación migratoria³².

D. El tráfico y la trata de migrantes

29. Es mucho lo que puede decirse de las condiciones de vida, a menudo duras y arduas, a las que están expuestos millones de migrantes en los Estados de tránsito y de destino de todo el mundo, especialmente aquellos que se encuentran en situación irregular. Las dificultades y amenazas que sufre este grupo de población particularmente vulnerable y desfavorecido pueden ir desde las leyes discriminatorias, la obstrucción administrativa y el acceso inadecuado a los servicios y recursos públicos, hasta la corrupción, las amenazas, la violencia o la indiferencia por parte de los funcionarios públicos, y desde el acoso y la agresión por parte de la población local hasta el abuso y la explotación sistemática por parte de grupos delictivos, a menudo en connivencia con los funcionarios públicos. A los efectos del presente informe, el Relator Especial examina a continuación dos esferas de importancia práctica especialmente trágicas para la prohibición de la tortura y los malos tratos, a saber, la tortura y los malos tratos infligidos en relación con las actividades de las redes de tráfico ilícito de migrantes y, respectivamente, en relación con la trata de personas, incluida la que se realiza para obtener un rescate.

1. La tortura y los malos tratos en relación con el tráfico ilícito de migrantes

30. En el curso de sus consultas y visitas a los países, el Relator Especial recibió numerosas denuncias formuladas por migrantes acerca de la extorsión y el abuso por parte de los guardias de fronteras y los delincuentes, de los que son víctimas en todas las regiones del mundo. En particular, cuando no disponen de vías seguras y regulares, los migrantes recurren cada vez más a los servicios de las redes de traficantes, muchas de las cuales supuestamente actúan en connivencia con la guardia de fronteras. Según la pauta más común notificada, los guardias de fronteras que actúan como cómplices hacen la vista gorda ante las entradas clandestinas a cambio de una parte del dinero pagado por los migrantes a los traficantes. Según ese modelo comercial, los migrantes que intentan cruzar la frontera sin tener un acuerdo con los traficantes son rechazados o, cuando son sorprendidos tratando de cruzar la frontera clandestinamente, son duramente golpeados, despojados de sus pertenencias y devueltos por la fuerza al otro lado de la frontera, sin que se evalúen sus necesidades de protección. Si bien inicialmente suele permitirse la entrada irregular de

³¹ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.F. and Others v. Bulgaria*, demanda núm. 8138/16, sentencia de 7 de diciembre de 2017.

³² Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 14.

aquellos migrantes que han pagado a los traficantes, posteriormente muchos de ellos son detenidos por patrullas de policía que los esperan territorio adentro, en “puntos de encuentro” acordados con las redes de traficantes, y a continuación son devueltos a la frontera y expulsados inmediatamente —una vez más, sin que se evalúen sus necesidades de protección.

2. Trata de personas, incluida la dirigida a obtener un rescate

31. Uno de los mayores riesgos que corren los migrantes, especialmente los niños no acompañados, las mujeres solas y los hombres vulnerables, es el de la trata de personas. En cualquier etapa de su viaje, los migrantes pueden convertirse en víctimas de la trata para una amplia variedad de propósitos, como el trabajo forzoso, la esclavitud o la servidumbre, todas las formas de explotación sexual, la adopción forzada, el reclutamiento de niños soldados, la mendicidad, y las actividades delictivas, sin olvidar la obtención de un rescate. Los niños representan aproximadamente el 28 % de las víctimas de la trata en todo el mundo; los niños migrantes son especialmente vulnerables a la violencia, el abuso y la esclavitud³³.

32. Las mujeres y las niñas migrantes suelen ser víctimas de abusos sexuales, en particular cuando viajan solas. En algunos contextos, la probabilidad de que las mujeres y las niñas migrantes sean víctimas de abusos sexuales alcanza el 75 %; esos abusos van desde los actos sexuales que se exigen como “pago” por el pasaje, los alimentos, el agua o el alojamiento, hasta las violaciones colectivas, la esclavitud sexual y la prostitución forzada (A/HRC/31/57, párr. 31). Los migrantes que pertenecen al colectivo de personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales también son especialmente vulnerables a la discriminación, la violencia, el abuso sexual y la humillación. En muchos contextos, los migrantes en situación irregular son secuestrados para pedir rescate. Los rehenes pueden verse privados de alimentos, agua o sueño, o ser sometidos a trabajos forzados, abusos sexuales o torturas hasta que sus familiares paguen un rescate cuantioso, a menudo tras ser obligados a ser testigos, por teléfono, de los abusos que sufren sus seres queridos³⁴. En el contexto de la trata, esos abusos se practican sistemáticamente con fines de explotación, incluida la dirigida a obtener un rescate. Los migrantes también suelen ser víctimas de la trata de personas con fines de extracción de órganos para trasplantes médicos. El tráfico de órganos humanos y la trata de personas con fines de extracción de órganos son actividades orientadas hacia un mercado negro mundial controlado por redes delictivas transnacionales, con la colaboración de profesionales de la salud especializados y de hospitales y laboratorios locales de trasplantes, que pueden ser estatales y cómplices de los delitos, o privados y parte de la red de tráfico ilícito, con estrechos vínculos con la policía o la delincuencia organizada³⁵.

33. Todos los tipos de trata de personas entrañan causar intencionalmente dolores o sufrimientos mentales o físicos intensos. Si bien la finalidad principal de la trata de personas es la explotación, siempre se recurre a infligir dolor y sufrimiento como instrumento para lograr fines intermedios, como la coerción, el amedrentamiento, el castigo o la discriminación, todos los cuales son elementos definitorios de la tortura. Si falta uno de esos elementos, la trata de personas generalmente alcanza el umbral de otros malos tratos. Por lo tanto, cuando los funcionarios públicos u otras personas que actúan a instancia de ellos o con su consentimiento o aquiescencia llevan a cabo la trata de personas, ese acto es constitutivo de tortura y malos tratos en virtud del derecho de los derechos humanos³⁶. En la práctica, entre los autores de actos de tortura y malos tratos contra los migrantes no solo

³³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Organización Internacional para las Migraciones, *Harrowing Journeys: Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking-and-exploitation*, septiembre de 2017, págs. 9 y 21.

³⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, Viena, pág. 62.

³⁵ UNODC, *Assessment Toolkit: Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal*, Viena, 2015, págs. 30 a 37.

³⁶ Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, *Trafficking in Human Beings Amounting to Torture and other Forms of Ill-treatment*, Viena, 2013, págs. 20 a 27; véase también A/HRC/7/3, párrs. 56 a 58.

se cuentan los contrabandistas y los traficantes, sino también los guardias de fronteras, las milicias y la policía; y en diversos contextos hay pruebas de la corrupción y la colusión entre los funcionarios públicos y los traficantes.

3. Relación con las políticas estatales de disuasión y penalización

34. Los modelos comerciales de trata y las redes de tráfico ilícito han propiciado un aumento considerable del grado de violencia que sufren los migrantes en todas las regiones del mundo. No obstante, el Relator Especial no puede dejar de subrayar que esa tendencia es consecuencia directa de las leyes, políticas y prácticas migratorias cada vez más restrictivas, punitivas y disuasorias adoptadas por los Estados, que han privado a millones de migrantes de vías de migración seguras y regulares y los han empujado a la ilegalidad, impidiendo así de manera eficaz que denuncien esos abusos a las fuerzas del orden y que busquen protección.

35. Por lo tanto, para poner fin a los sufrimientos causados por la trata y el tráfico ilícito de migrantes no es suficiente que los Estados sigan luchando contra la corrupción y la delincuencia, que pueden ser síntomas del problema subyacente, pero no su causa fundamental. En opinión del Relator Especial, la única manera definitiva de dismantelar los modelos comerciales de tratantes y traficantes ilícitos de migrantes es proporcionar vías de migración segura y regular, y velar por la protección efectiva de los derechos humanos, tanto en teoría como también en la práctica.

E. No devolución

36. En el derecho consuetudinario y el derecho de los tratados, la prohibición de la tortura y los malos tratos se concreta en el principio de no devolución, que prohíbe a los Estados “expulsar”³⁷ a una persona a la jurisdicción de otro Estado o a cualquier otro territorio cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura o malos tratos³⁸. La vulneración que supone la devolución radica en que el Estado que expulsa toma medidas que “sabía o debería haber sabido”³⁹ que expondrían a la persona en cuestión a un riesgo “previsible, personal, presente y real” de ser sometida a tortura o malos tratos en un territorio y por parte de autores que escapan a su control, independientemente de que se trate de funcionarios públicos de otro Estado o de agentes no estatales⁴⁰.

37. La protección contra la devolución, específicamente contra el riesgo de tortura y malos tratos, es absoluta e irrevocable y se aplica en todas las situaciones, entre ellas la guerra o el estado de emergencia, a todos los seres humanos sin discriminación alguna y, en particular, independientemente de su derecho a la condición de refugiado. Si bien la protección contra la devolución en virtud del derecho de los refugiados se aplica únicamente a las personas que pueden acogerse a la condición de refugiado y permite excepciones en función de motivos de seguridad nacional o pública, ese límite o excepción no es admisible cuando la expulsión podría exponer a una persona a un riesgo real de

³⁷ El término “expulsión” hace referencia a cualquier traslado de personas desde la jurisdicción de un Estado sin su verdadero consentimiento, plenamente informado y válido, como en el caso de la expulsión propiamente dicha, la extradición, la devolución por la fuerza, el traslado por la fuerza, la entrega, el rechazo en la frontera y la devolución “en caliente” o cualquier otra medida similar. Véase también Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 4.

³⁸ Convención contra la Tortura, art. 3, párr.1; véanse también Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017); Comité de Derechos Humanos, observaciones generales núm. 20 (1992) relativa a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, párr. 9, y núm. 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 12.

³⁹ Véase *Agiza c. Suecia* (CAT/C/34/D/233/2003), párr. 13.4; véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, solicitud núm. 27765/09, sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 131.

⁴⁰ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párrs. 11 y 30. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *J.K. and Others v. Sweden*, demanda núm. 59166/12, sentencia de 23 de agosto de 2016, párr. 80.

tortura o malos tratos. Como componente intrínseco de la prohibición imperativa de la tortura, la prohibición de la devolución no solo prevalece sobre las leyes nacionales de inmigración, sino también sobre las obligaciones internacionales contrarias, como las de los tratados de extradición⁴¹.

38. Por consiguiente, los Estados deben informar a los migrantes afectados de cualquier decisión relativa a la expulsión en un plazo oportuno y permitir que comparezcan en persona ante un órgano judicial o administrativo competente, independiente e imparcial, para que puedan impugnar la decisión de expulsión y buscar “protección internacional”⁴² antes de la expulsión prevista, en un procedimiento individualizado, rápido y transparente que ofrezca servicios de interpretación y todas las demás garantías procesales fundamentales, incluido el efecto suspensivo del recurso⁴³. Las expulsiones colectivas sin ese examen individual son irreconciliables con la prohibición de la devolución⁴⁴. Lo mismo se aplica a las identificaciones “aceleradas” que llevan a cabo funcionarios de fronteras no especializados en el punto de interceptación en tierra o en el mar y sin la presencia de un asesor jurídico ni la posibilidad de un recurso efectivo.

39. Para determinar si existe un riesgo real de tortura o malos tratos en un caso concreto, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos⁴⁵. Por lo tanto, antes de expulsar a una persona, los Estados deben examinar todas las pruebas disponibles y hacer una evaluación individual, teniendo en cuenta tanto una gama más amplia de factores personales como la situación general de los derechos humanos en el Estado o territorio de destino. A los efectos de la no devolución, la tortura o los malos tratos a los que la persona interesada o sus familiares estuvieron expuestos en el pasado o estarían expuestos en el momento de la expulsión constituyen un indicio de que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura⁴⁶.

40. Para que la necesaria evaluación de los riesgos sea eficaz, debe tener en cuenta las vulnerabilidades, en particular los daños psicológicos previos, que pueden afectar a la capacidad de una persona para colaborar eficazmente con los procedimientos habituales. Ello reviste especial importancia en los casos en que el procedimiento de asilo y otras evaluaciones similares de los riesgos se basan en evaluaciones de credibilidad, que han demostrado producir falsos negativos cuando se aplican a las personas que han sufrido daños psicológicos. Cuando el solicitante presente un caso defendible de tortura sufrida en el pasado, el Estado tendrá que examinar su pretensión de conformidad con las normas forenses reconocidas, como las previstas en el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul).

41. La mera existencia de leyes nacionales o la ratificación de tratados de derechos humanos no refuta el riesgo de tortura o malos tratos⁴⁷; los criterios decisivos para determinar ese riesgo serán siempre las circunstancias particulares y las perspectivas de la persona afectada. Eso no significa que la fuente del riesgo deba ser individualizada, como la estigmatización personal o la afiliación a un partido político, grupo étnico o minoría

⁴¹ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 25.

⁴² Se entiende por “protección internacional” en este contexto no solo la protección en virtud del derecho de los refugiados, sino también la que guarda relación con el derecho de los derechos humanos y, cuando proceda, con el derecho internacional humanitario.

⁴³ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 13; véase también *Alzery c. Suecia* (CCPR/C/88/D/1416/2005), párr. 11.8.

⁴⁴ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 13. Véanse ACNUDH, “Expulsions of aliens in international human rights law”, documento de debate, septiembre de 2006 (puede consultarse en www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf), pág. 15; y Protocolo núm. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art 4.

⁴⁵ Convención contra la Tortura, art. 3, párr. 2.

⁴⁶ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párrs. 28 y 29.

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, demanda núm. 27765/09, sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 128.

social, sino que también puede encontrarse en una situación general de violencia que exponga a la persona a un riesgo real de sufrir malos tratos⁴⁸. Del mismo modo, se han determinado deficiencias sistémicas que dan lugar a un riesgo de devolución “indirecta” (también llamada “devolución en cadena”), por la cual el Estado receptor expulsaría a su vez a la persona en cuestión a otro Estado o territorio sin una evaluación suficiente del riesgo prevalente en el lugar de destino final⁴⁹.

42. Los Estados deben interpretar y aplicar de buena fe el principio de no devolución; por lo tanto, no pueden promulgar leyes o reglamentos, adoptar políticas o prácticas o concertar acuerdos con otros Estados o con agentes no estatales que puedan socavar o frustrar su objeto y finalidad, consistente en que los Estados se abstengan de toda conducta o acuerdo que, según sepan o deberían saber, en tales circunstancias, sometería o expondría a los migrantes a actos o al riesgo de tortura o malos tratos por parte de autores de delitos que se encuentren fuera de su jurisdicción y control (A/HRC/25/60, párrs. 40 a 58). Si bien la prohibición de la devolución es clara y directa, varias prácticas introducidas por los Estados como parte de las recientes políticas migratorias indican una erosión deliberada del cumplimiento de buena fe de esta piedra angular de la protección contra la tortura y los malos tratos.

1. Condiciones de acogida deliberadamente duras

43. Los Estados someten cada vez más a los migrantes a condiciones de acogida innecesarias, desproporcionadas y deliberadamente duras, diseñadas para obligarlos a regresar “voluntariamente” a su país de origen, sin tener en cuenta su necesidad de protección contra la devolución. Este enfoque puede incluir medidas como la penalización, el aislamiento y la privación de libertad de los migrantes en situación irregular, la privación de cuidados médicos, servicios públicos y condiciones de vida adecuadas, la separación deliberada de los miembros de la familia y la denegación o la prolongación excesiva de la determinación de su condición o del procedimiento de *habeas corpus*. Esas prácticas deliberadas pueden constituir una “devolución disfrazada” y son incompatibles con el principio de buena fe.

2. Acuerdos de readmisión

44. Los acuerdos de readmisión son acuerdos bilaterales que permiten a los Estados devolver a los migrantes a un país “seguro”, el cual, a su vez, está obligado a aceptar (readmitir) a los repatriados. Los acuerdos de readmisión establecen de antemano un procedimiento que permite la expulsión de los migrantes sin llevar a cabo una evaluación personalizada de los riesgos basada en las circunstancias imperantes en ese momento. Por lo tanto, por definición, los acuerdos de readmisión eluden el derecho a las debidas garantías procesales y no están a la altura de las precauciones procedimentales que deben adoptar los Estados para garantizar que los repatriados no sean expuestos a la tortura o los malos tratos. Además, en la práctica, los Estados suelen hacer evaluaciones generales poco realistas, como cuando equiparan automáticamente a los países democráticos con países “seguros”, o cuando celebran acuerdos de readmisión con Estados de los que se sabe que practican la devolución en cadena, o incluso a la tortura y los malos tratos. A falta de una evaluación personalizada de los riesgos para cada migrante, las decisiones de expulsión adoptadas sobre la base de acuerdos de readmisión equivalen a la expulsión colectiva, lo cual resulta incompatible con la prohibición de la devolución.

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ergashev v. Rusia*, demanda núm. 49747/11, sentencia de 16 de octubre de 2012, y *Sufi and Elmi v. UK*, demandas núms. 8319/07 y 11449/07, sentencia de 28 de junio de 2011, párr. 217.

⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, demanda núm. 30696/09, sentencia de 21 de enero de 2011, párrs. 357 a 359. Véanse también Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 12, y Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 12.

3. Garantías diplomáticas

45. Las garantías diplomáticas son instrumentos de política bilateral en virtud de los cuales el Estado que expulsa recibe las garantías del Estado receptor de que las personas expulsadas no serán sometidas a tortura o malos tratos, o transferidas a otro país en el que correrían el riesgo de sufrir esos abusos. Las garantías diplomáticas generalmente suelen adoptar la forma de memorandos de entendimiento no vinculantes. Incluso en los casos en que esas garantías son vinculantes y proporcionan derechos de seguimiento y verificación al Estado que expulsa, el principal interés de ese Estado suele ser continuar con las expulsiones en el futuro, lo que hace que sea muy improbable la identificación de las violaciones o la adopción de medidas coercitivas. En la práctica, la aplicabilidad o el carácter obligatorio de las garantías diplomáticas depende por completo de los intereses mutuos de los Estados participantes, a la luz de las relaciones concretas que mantengan en los ámbitos político, económico o militar.

46. El hecho de que las garantías diplomáticas sean utilizadas como un resquicio legal que socava el principio de no devolución ha sido objeto de muchas críticas por parte de, entre otros, el anterior titular del mandato (véase A/70/303, párr. 69), el Comité contra la Tortura⁵⁰ y la sociedad civil⁵¹. Asimismo, las propias garantías son sumamente cuestionables, tanto desde el punto de vista jurídico como desde la perspectiva política. En primer lugar, las garantías diplomáticas no pueden eximir al Estado que expulsa de llevar a cabo una evaluación personalizada y rigurosa de los riesgos. Ese procedimiento debe tener en cuenta que, en la práctica, la utilización de las garantías diplomáticas predomina en los casos en que el Estado que expulsa alberga la profunda preocupación de que el Estado receptor no respete la prohibición de la tortura y los malos tratos, que es precisamente el criterio decisivo para prohibir terminantemente las expulsiones a ese Estado. Por lo tanto, en general, el uso previsto de las garantías diplomáticas en un caso particular va en contra de la permisibilidad de esa expulsión y hace prácticamente imposible que el Estado que expulsa pueda refutar de manera concluyente el “riesgo real” de tortura o malos tratos.

47. En segundo lugar, aunque el Estado receptor aplique fielmente las garantías diplomáticas, estas reflejan tanto la expectativa de que el Estado receptor solo cumplirá de manera selectiva la prohibición de la tortura y los malos tratos como la aquiescencia del Estado que expulsa, lo que pone en grave peligro una de las normas más fundamentales del derecho internacional y se opone frontalmente a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. En el mejor de los casos, esta práctica podría dar lugar a un sistema de dos niveles de protección contra la tortura y los malos tratos, con arreglo al cual apenas un selecto grupo se beneficiaría de una protección “reforzada” *de facto* conforme a las garantías diplomáticas, regidas por razones políticas, económicas o militares, mientras que la protección de la gran mayoría de conformidad con las normas aplicables del derecho de los tratados y el *ius cogens* iría convirtiéndose progresivamente en facultativa, lo que debilitaría considerablemente la prohibición universal de la tortura y los malos tratos y, en última instancia, el estado de derecho.

48. En resumen, el Relator Especial expresa su alarma por la complacencia y la aquiescencia implícitas expresadas por el uso de garantías diplomáticas para el cumplimiento meramente selectivo de la prohibición de la tortura y los malos tratos. Además, cuando existen razones fundadas para creer que la persona correría peligro de ser sometida a tortura o malos tratos a su regreso, las garantías diplomáticas, incluso combinadas con mecanismos de seguimiento posterior al retorno, resultan intrínsecamente incapaces de proporcionar la protección necesaria.

⁵⁰ Véase *Agiza c. Suecia* (CAT/C/34/D/233/2003), párr. 13.4, y Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 20.

⁵¹ Véanse Amnistía Internacional, *Acuerdos peligrosos: Europa acepta “garantías diplomáticas” contra la tortura*, Londres, 2010, y Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, 2005.

4. Prevención de las llegadas directas: “devoluciones en caliente” y cierre de fronteras

49. Las medidas de prevención de las llegadas directas, aplicadas por el Estado de destino, pueden tener carácter activo (“devoluciones en caliente”) o pasivo (cierre de fronteras). Las devoluciones en caliente son operaciones proactivas encaminadas a impedir físicamente que los migrantes alcancen, entren o permanezcan dentro de la jurisdicción territorial del Estado de destino, mediante el ejercicio directo o indirecto de un control efectivo de sus movimientos. En el mar, las devoluciones en caliente consisten esencialmente en la intercepción de los buques que transportan migrantes dentro o fuera de las aguas territoriales, seguida de la repatriación inmediata a su puerto de origen, sin que se efectúen controles a bordo, o realizando únicamente controles superficiales, para determinar las necesidades de protección. En tierra, las devoluciones en caliente son más probables en una frontera internacional o cerca de ella, y suelen conllevar la amenaza o el empleo efectivo de la fuerza por los guardias de fronteras para impedir que los migrantes se acerquen o crucen la frontera, y para intimidar a las personas que hayan cruzado la frontera antes de devolverlas al país del que salieron. También en este caso, el procedimiento de detección de las necesidades de protección será superficial o inexistente.

50. Ese mismo propósito, aunque con medios pasivos, se persigue cuando, para impedir el cruce no autorizado, se cierran fronteras por medio de obstáculos físicos como vallas, muros o trincheras, sin puertas o pasos razonablemente accesibles. Los cierres de fronteras deben distinguirse de las operaciones o instalaciones destinadas a gestionar o guiar a los migrantes por determinadas vías, zonas o cruces fronterizos y a velar por un tratamiento seguro, ordenado y regular, sin que se vulneren los derechos humanos de esos migrantes. En la práctica, los cierres de fronteras no son un medio eficaz para prevenir las llegadas, y tienden a fomentar el tráfico de migrantes, la delincuencia y la corrupción policial, así como a exponer a los migrantes en situación irregular a la extorsión, la violencia, el abuso sexual y el riesgo de trata.

51. Las fronteras internacionales no son zonas de exclusión o de exención de las obligaciones en materia de derechos humanos. En particular, tanto en el derecho de los refugiados como en el derecho de los derechos humanos, el principio de no devolución se aplica en todo momento, incluso cuando los Estados actúan o retienen extraterritorialmente a personas, especialmente en alta mar⁵². El principio prohíbe los rechazos en la frontera, así como otras medidas que puedan obligar a una persona a regresar o permanecer en un territorio en el que su vida, su integridad física o su libertad se verían amenazadas⁵³. Dado que las devoluciones en caliente y los cierres de fronteras tienen por objeto ejercer un control efectivo sobre el movimiento físico de los migrantes, aunque solo sea evitando directamente que se desplacen en una dirección determinada, cabe afirmar que esas medidas colocan a los migrantes afectados bajo la jurisdicción del Estado que las aplica a los efectos de la prohibición de la devolución.

52. Tanto las devoluciones en caliente como los cierres de fronteras constituyen medidas colectivas concebidas de tal forma o que son de tal naturaleza que privan a los migrantes de su derecho a solicitar protección internacional y a que su caso sea evaluado en un proceso individualizado que cuente con las debidas garantías y, por lo tanto, son incompatibles con la prohibición de la devolución. Al mostrar la más completa indiferencia ante los graves riesgos a los que pueden estar expuestos algunos de los migrantes afectados, las devoluciones en caliente y los cierres de fronteras niegan abiertamente la dignidad humana de esos migrantes de una manera que debería considerarse intrínsecamente degradante.

53. Por último, pero no por ello menos importante, las devoluciones en caliente suelen conllevar períodos de reclusión de corta duración, durante los cuales los migrantes se

⁵² ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, 26 de enero de 2007, párr. 43. Véase CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrs. 10 y 12.

⁵³ Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, art. 2, párr. 3. Véase también Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), párr. 4.

encuentran bajo el control físico de la guardia de fronteras y son sometidos a tortura o malos tratos, dispensados con la intención de lograr un efecto disuasorio mediante el castigo, la intimidación, la coacción o la discriminación. El Relator Especial ha recibido numerosas denuncias de devoluciones en caliente con golpes, ataques de perros y chorros de agua fría a temperaturas por debajo de cero grados. Incluso en ausencia de reclusión física, la devolución en caliente suele entrañar la amenaza o el uso innecesario, excesivo o arbitrario de la fuerza. Por lo general, el uso de la fuerza sin otro propósito que disuadir o impedir que las personas entren en el territorio de un Estado no puede considerarse lícito, necesario o proporcionado y, por lo tanto, también puede constituir malos tratos o incluso tortura (A/72/178, párr. 62 c)).

5. Prevención de las salidas/prevención indirecta de las llegadas (“retenciones”)

54. Las operaciones de “retención” están concebidas para impedir físicamente que los migrantes abandonen el territorio de su Estado de origen o de un Estado de tránsito (Estado de retención), o para devolverlos por la fuerza a ese territorio antes de que puedan llegar a la jurisdicción del Estado de destino. Las retenciones son llevadas a cabo por los Estados de retención o grupos armados locales, ya sea en interés de regímenes dictatoriales que tratan de impedir que los habitantes escapen (prevención de las salidas) o por instigación y en nombre de los Estados de destino que desean evitar las llegadas de migrantes sin tener que involucrar a sus propias autoridades fronterizas en operaciones ilícitas de devolución en caliente (prevención indirecta de las llegadas).

55. Por su propia naturaleza, las retenciones impiden que los migrantes ejerzan su derecho a salir de un país o territorio, a no ser detenidos arbitrariamente, a solicitar y obtener asilo, y a que se determinen sus derechos y obligaciones individuales en el marco de un proceso que cuente con las debidas garantías. Por otra parte, cuando las medidas de retención mantienen a los migrantes por la fuerza en situaciones en las que se ven expuestos a un riesgo real de tortura o malos tratos, la participación, el fomento o la asistencia prestada por los Estados de destino para esas operaciones es incompatible con la interpretación y la aplicación de buena fe de la prohibición de la tortura y los malos tratos, en particular del principio de no devolución⁵⁴. Como parte del *ius cogens*, estas disposiciones fundamentales prevalecen sobre todas las posibles justificaciones para la prevención de salidas y llegadas en virtud del derecho nacional o internacional, incluido el derecho del mar. Cabe destacar que, si bien los Estados de retención y los Estados de destino que los apoyan describen con frecuencia las retenciones como operaciones humanitarias destinadas a “rescatar” a los migrantes que se encuentran en peligro en el mar, hacinados en buques no aptos para navegar, para impedir que emprendan esas “peligrosas travesías” o para “acabar con el modelo comercial de los traficantes y tratantes”, la realidad bien documentada es que los migrantes interceptados suelen ser devueltos a su puerto de salida, donde con frecuencia son privados de libertad o expulsados a terceros Estados que no ofrecen las garantías de seguridad exigibles y, en ambos casos, se ven expuestos a un riesgo considerable de tortura y malos tratos, o incluso de muerte, sin tener acceso a una evaluación de sus necesidades de protección ni a cualquier otro recurso legal.

56. Los Estados son responsables de los hechos u omisiones internacionalmente ilícitos que se les pueden atribuir jurídicamente, ya sea mediante la imputación directa, la responsabilidad conjunta o la complicidad, e independientemente de la legalidad de tales hechos u omisiones en virtud de la legislación nacional. Así pues, los Estados no solo son responsables de las vulneraciones cometidas territorial y extraterritorialmente por sus propios funcionarios, o por contratistas y otros agentes no estatales bajo su instrucción y control, sino que también son responsables cuando ayudan, asisten, dirigen, controlan o coaccionan a sabiendas a otros Estados en la comisión de hechos internacionalmente ilícitos⁵⁵. En particular, los Estados que proporcionan intencionadamente instrucciones,

⁵⁴ Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 26 y 31, párr. 1. Véanse también la Carta de las Naciones Unidas, arts. 1, párr. 3, y 2, párr. 1, y Nora Markard, “The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries”, *European Journal of International Law*, vol. 27, núm. 3 (agosto de 2016), págs. 596, 597, 606, 607, y 614 a 616.

⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/56/10)*, arts. 1 a 11 y 16 a 19.

directivas, equipo, capacitación, personal, asistencia financiera o información de inteligencia en apoyo de operaciones ilícitas de disuasión o prevención de la migración llevadas a cabo por terceros Estados incurren en responsabilidad jurídica por esas vulneraciones. Este es también el caso cuando esas operaciones están a cargo de agentes no estatales bajo sus instrucciones y control.

57. En resumen, los Estados de destino no puede eludir sus propias obligaciones internacionales externalizando o delegando sus prácticas de control de las migraciones a otros Estados o agentes no estatales que escapan a su control jurisdiccional; por el contrario, con su instigación, apoyo o participación pueden incurrir en complicidad o responsabilidad conjunta en las operaciones de retención ilegal y en las consiguientes violaciones de los derechos humanos, incluidos la tortura y los malos tratos.

F. Consecuencias en virtud del derecho penal internacional

58. En todo el mundo, los migrantes son objeto de violaciones graves y generalizadas de los derechos humanos, lo que incluye no solo la tortura sino también el asesinato, la esclavitud, la expulsión y el traslado forzoso, la reclusión arbitraria, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y otras formas de violencia sexual, la persecución, la desaparición forzada de personas, el *apartheid* y otros actos inhumanos de carácter similar. En muchos casos, esas violaciones son el resultado directo o indirecto de las políticas y prácticas adoptadas por los Estados con miras a disuadir, castigar o controlar la migración irregular. En otros contextos, son obra de grupos delictivos o conductas agresivas de la población local. La mayoría de esas violaciones sigue un patrón programático que puede describirse como sistemático.

59. En vista de la magnitud y la gravedad de esas violaciones y de su relación causal con las políticas, las prácticas y las omisiones de los Estados, cabe recordar que las violaciones generalizadas o sistemáticas de los derechos humanos más fundamentales no solo entrañan la responsabilidad jurídica de los Estados, sino que también pueden dar lugar a responsabilidad penal individual por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra ante los tribunales internacionales y nacionales. Esos delitos están bien establecidos en el derecho internacional consuetudinario, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en muchos sistemas jurídicos nacionales⁵⁶.

60. Conviene señalar que la “intención” dolosa no exige que la tortura y los malos tratos sean el propósito o el resultado deseados de una ley, una política o una práctica. De conformidad con el artículo 30 del Estatuto de Roma, la intención queda establecida cuando los autores son conscientes de que “en el curso normal de los acontecimientos”, su conducta u omisiones expondrá a las personas a la tortura y los malos tratos, mientras que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, ese umbral es aún más bajo y solo exige que los autores sean conscientes de “una probabilidad sustancial” de que la tortura o los malos tratos serían consecuencia de su conducta⁵⁷. Además, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra no solo pueden cometerse mediante autoría personal, sino que también pueden mediar diversas formas de participación en la conducta de otros, como la coautoría, la complicidad, la instigación, la responsabilidad penal conjunta y la responsabilidad del superior jerárquico⁵⁸. Cuando las personas tienen la obligación legal de impedir la tortura y los malos tratos dentro de su ámbito de influencia y, de manera culposa, no lo hacen, su actuación puede conllevar la responsabilidad penal por omisión. Por último, pero no por

⁵⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, arts. 7, párr. 1, y 8. Véase una base de datos sobre la legislación nacional y la jurisprudencia pertinentes en www.legal-tools.org/.

⁵⁷ Véanse Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, *The Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch*, sentencia núm. 001/18-07-2007/ECCC/TC, de 26 de julio de 2010, párr. 481; Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Le Procureur c. Nahimana et al.*, causa ICTR-99-52-A, fallo de 28 de noviembre de 2007, párr. 479; y Tribunal Especial para Sierra Leona, *Le Procureur v. Brima et al.*, causa núm. SCSL-2004-16-A, fallo de 22 de febrero de 2008, párrs. 242 a 247.

⁵⁸ Véanse el Estatuto de Roma, arts. 25 y 28, y Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007) sobre la aplicación del artículo 2, párr. 26.

ello menos importante, ni el cargo oficial⁵⁹ ni las órdenes superiores⁶⁰ proporcionan inmunidad de enjuiciamiento, y tanto los crímenes de guerra como los de lesa humanidad están sujetos a la jurisdicción universal y son imprescriptibles⁶¹.

61. En el ámbito de la responsabilidad penal, esas observaciones incluyen a los funcionarios, los empleados, los contratistas o los particulares que infligen directamente torturas y malos tratos, y potencialmente también a los legisladores, los funcionarios encargados de las políticas, los funcionarios judiciales, los superiores militares y civiles y los gerentes de empresas responsables de formular, organizar, prestar asistencia, promocionar y aplicar las leyes, políticas y prácticas, así como de alcanzar acuerdos con otros Estados y agentes no estatales que generan o mantienen de forma consciente las circunstancias en que se cometen esas violaciones. Ello incluye también la omisión culposa de los superiores militares, civiles y empresariales que no adoptan todas las medidas necesarias y razonables para impedir, reprimir, investigar y enjuiciar los delitos que, según sabían o deberían haber sabido, estaban cometiendo o podían cometer sus subordinados.

III. Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

62. **Sobre la base de las observaciones y consideraciones formuladas y de amplias consultas con las partes interesadas, el Relator Especial, en la medida de su criterio y convicción personales, llega a las conclusiones que se exponen a continuación.**

63. **En los últimos tiempos, las violaciones generalizadas y cada vez más sistemáticas de los derechos humanos cometidas contra los migrantes por funcionarios públicos, delincuentes y ciudadanos particulares no solo se han convertido en un importante desafío para la gobernanza mundial, sino también en una de las mayores tragedias humanas de nuestro tiempo.**

64. **El Relator Especial celebra la amplia gama de esfuerzos individuales y colectivos asumidos por los Estados, las organizaciones internacionales, la sociedad civil y los ciudadanos particulares de todo el mundo para proteger los derechos humanos y la dignidad de los migrantes y aliviar su sufrimiento, sin discriminación.**

65. **Si bien reconoce que los Estados tienen la prerrogativa y la obligación de ejercer la jurisdicción sobre sus fronteras internacionales, el Relator Especial recuerda que deben hacerlo en plena conformidad con el derecho de los derechos humanos y, en particular, con el carácter absoluto y no derogable de la prohibición de la tortura y los malos tratos.**

66. **La causa principal de los abusos masivos que sufren los migrantes en todas las regiones del mundo, incluidos las torturas, las violaciones, la esclavitud, la trata de personas y los asesinatos, no es la migración ni la delincuencia organizada, ni tampoco la corrupción de los funcionarios, sino la creciente tendencia de los Estados a basar sus políticas y prácticas migratorias oficiales en la disuasión, la penalización y la discriminación más que en la protección, los derechos humanos y la no discriminación.**

67. **Las leyes, políticas y prácticas migratorias que, a sabiendas o deliberadamente, someten o exponen a los migrantes a actos o al riesgo previsible de tortura o malos**

⁵⁹ Estatuto de Roma, art. 27.

⁶⁰ Véanse *ibid.*, art. 33; Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 3; y Comité contra la Tortura observación general núm. 2, párr. 26.

⁶¹ Véanse el Estatuto de Roma, art. 29, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, y Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005), norma 160.

tratos o que, a sabiendas o deliberadamente, impiden que ejerzan otros derechos accesorios destinados a protegerlos frente a esos abusos son, por consiguiente, ilícitas y entrañan la responsabilidad del Estado por los daños resultantes, independientemente de la atribución directa de los actos de tortura o malos tratos en cuestión. Además, siempre que los Estados no actúan con la diligencia debida para proteger a los migrantes de las violaciones cometidas por entidades del sector privado, castigar a los responsables u ofrecer reparación, consienten o son cómplices en actos de tortura o malos tratos.

68. La participación personal de encargados de la formulación de políticas y otros funcionarios, administradores de empresas y ciudadanos particulares en la formulación, la promoción y la aplicación de esas políticas y prácticas puede equivaler a la coautoría, la complicidad u otra participación en crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra y, por lo tanto, puede dar lugar a responsabilidad penal universal en virtud del derecho consuetudinario y el derecho de los tratados.

69. Si bien las recomendaciones que figuran a continuación tienen por objeto ayudar a los Estados en la prevención de la tortura y los malos tratos en el contexto de la migración y garantizar el acceso a la protección, la reparación y la rehabilitación de las víctimas, los distintos Estados no pueden resolver por sí mismos los desafíos de la gobernanza mundial que plantean los movimientos migratorios de gran envergadura y complejidad; ello solo puede lograrse a través de la cooperación multilateral para garantizar la paz y la seguridad internacionales, los derechos humanos, el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y el estado de derecho, de conformidad con los Objetivos de Desarrollo Sostenible. La labor que se está llevando a cabo actualmente en pos de dos pactos mundiales sobre los refugiados y sobre una migración segura, ordenada y regular constituye una oportuna e importante ocasión para que la comunidad internacional logre un avance significativo en este sentido.

B. Recomendaciones

70. Además de las recomendaciones generales formuladas por el titular del mandato⁶², y reconociendo que no es posible proporcionar orientación detallada sobre cada aspecto pertinente de la política migratoria, el Relator Especial formula las recomendaciones que figuran a continuación con el fin de garantizar el cumplimiento de la prohibición de la tortura y los malos tratos, evitar los déficits de protección e impedir la impunidad de las violaciones en el contexto de la migración.

71. A fin de proteger a los migrantes de la explotación y los abusos, en particular a manos de delincuentes, funcionarios corruptos y ciudadanos particulares, los Estados deberían abstenerse de basar sus leyes, políticas y prácticas migratorias, sus comunicaciones públicas y sus acuerdos con otros Estados o agentes no estatales, incluidos los agentes empresariales, en la disuasión, la penalización y la discriminación. En lugar de ello, los Estados deberían centrarse en el desarrollo de vías sostenibles para una migración segura, ordenada y regular basada en la protección, los derechos humanos y la no discriminación.

72. Con respecto a la obligación de respetar y garantizar, los Estados deberían adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole necesarias para velar por que, como consecuencia de sus leyes, políticas, prácticas u omisiones, los migrantes no sean sometidos ni estén expuestos a actos o al riesgo de tortura o malos tratos, ni se les impida el ejercicio de los derechos accesorios destinados a protegerlos contra esos abusos, como los derechos a salir de un país o territorio, a solicitar y obtener asilo y otras formas de protección internacional, a no ser detenidos arbitrariamente, y a que sus derechos y deberes se determinen en un proceso que cuente con las debidas garantías.

73. Los Estados deberían abstenerse de aplicar políticas de privación de libertad obligatoria, prolongada o indefinida de los migrantes. Toda privación de libertad

⁶² Véase www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/recommendations.pdf.

relacionada con la migración debería seguir siendo una medida excepcional y estar físicamente separada de la privación de libertad relacionada con el sistema de justicia penal. Los migrantes, especialmente los niños, nunca deberían ser privados de libertad únicamente por su condición de migrantes en situación irregular o porque no pueden ser expulsados. La privación de libertad de los migrantes no debería usarse nunca como medio de disuasión, intimidación, coerción ni discriminación, sino que, dentro de los márgenes fijados por el derecho de los derechos humanos, debería estar sujeta a los mismos criterios que se aplican a los nacionales, incluidos los requisitos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y, en los casos excepcionales que justifiquen la detención administrativa o la prisión preventiva, la revisión periódica. Además, las condiciones de privación de libertad y el tratamiento deben respetar siempre las normas internacionales, en particular las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), teniendo debidamente en cuenta las vulnerabilidades personales debidas a factores como la situación migratoria, la edad, el género, la discapacidad, el estado de salud, los traumas sufridos anteriormente o la pertenencia a un grupo minoritario. Los mecanismos de seguimiento nacionales, internacionales y no gubernamentales independientes, incluidos la sociedad civil, los mecanismos nacionales de prevención, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Relator Especial y, en caso de conflicto armado, el Comité Internacional de la Cruz Roja, deberían tener pleno acceso a todos los lugares donde los migrantes puedan ser detenidos o alojados, incluidos los buques extraterritoriales, las instalaciones en alta mar y las zonas de tránsito.

74. Por lo que se refiere a los derechos a las debidas garantías procesales, los Estados deberían permitir que los migrantes soliciten protección internacional y puedan impugnar toda decisión relativa a su privación de libertad, trato o expulsión ante un órgano judicial o administrativo competente, imparcial e independiente, y en un procedimiento individualizado, rápido y transparente que cuente con las garantías procesales fundamentales, incluidos, inexcusablemente, servicios de interpretación precisos, fiables y objetivos.

75. Los Estados deberían velar por que los migrantes que hayan sufrido tortura o malos tratos sean identificados lo antes posible mediante un examen adecuado; tengan acceso a un examen médico independiente y a una evaluación psicológica de las alegaciones de traumas antiguos, de conformidad con el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul); tengan acceso a procedimientos adaptados para la determinación de la condición de refugiados, teniendo en cuenta sus daños psicológicos; reciban reparación, incluida una rehabilitación lo más completa posible; y no sean expulsados a un Estado o un territorio que no disponga o no garantice servicios de rehabilitación adecuados. La rehabilitación puede exigir la localización de sus familiares y la reunificación, en particular para los menores no acompañados o separados de su familia y para otras personas con vulnerabilidades específicas.

76. Los Estados y otras partes interesadas que trabajan con migrantes deberían desarrollar sistemas fiables de recopilación de datos representativos, con miras a promover una mejor comprensión de la prevalencia de las víctimas de la tortura y los malos tratos en las poblaciones migrantes, las causas y circunstancias de esos abusos, las necesidades específicas de las víctimas y su experiencia al regresar. Al hacerlo, los Estados deberían establecer sistemas que protejan eficazmente los derechos individuales, como los cortafuegos entre los datos reunidos con fines de identificación y protección y los datos recabados a los efectos del cumplimiento de la ley y la justicia penal.

77. Los funcionarios y otras personas encargadas de determinar la condición de refugiado y/o el derecho a la protección internacional subsidiaria deberían recibir la formación adecuada para la realización de las evaluaciones pertinentes y la detección y documentación de los indicios de tortura y malos tratos, y deberían ser conscientes de que la protección contra la devolución, concretamente contra el riesgo de tortura y malos tratos, es absoluta e irrevocable y se aplica a la totalidad de los migrantes,

independientemente de su derecho a la condición de refugiado, o de consideraciones de seguridad nacional o pública.

78. Los Estados deberían abstenerse de toda expulsión individual o colectiva, traslado o rechazo sumario de migrantes sin una evaluación personalizada de los riesgos, en particular mediante acuerdos de extradición o readmisión, garantías diplomáticas, cierres de fronteras u operaciones de devolución en caliente. Del mismo modo, los Estados deberían abstenerse de instigar, alentar, apoyar o facilitar de cualquier otro modo o participar en operaciones de retención realizadas por otros Estados o agentes no estatales, que vulneran el derecho de los migrantes a solicitar protección internacional.

79. Por lo que respecta a la obligación de prevenir, investigar y enjuiciar, los Estados deberían tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para impedir los actos de tortura y los malos tratos en todo territorio sometido a su jurisdicción, en particular en relación con el tráfico ilícito o la trata de migrantes, con independencia de si los autores son funcionarios públicos, delincuentes o ambos. A tal efecto, los Estados deberían investigar, enjuiciar y sancionar todo acto de tortura o malos tratos, incluidas las tentativas, la complicidad u otras formas de participación, y deberían cooperar en ese sentido con otros Estados y con las organizaciones y los mecanismos internacionales.

80. Más concretamente, los Estados y la Fiscal de la Corte Penal Internacional deberían examinar si las investigaciones de los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra están justificadas en vista de la magnitud, la gravedad y el carácter cada vez más sistemático de la tortura, los malos tratos y otras graves vulneraciones de los derechos humanos que sufren millones de migrantes en todas las regiones del mundo debido a la corrupción y la delincuencia, pero también como consecuencia directa o indirecta de las políticas y prácticas deliberadas de los Estados en materia de disuasión, penalización, prevención de las llegadas y devolución.
