

EL PACTO MUNDIAL POR UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR: UN INSTRUMENTO DE SOFT LAW PARA UNA GESTIÓN DE LA MIGRACIÓN QUE RESPETE LOS DERECHOS HUMANOS

THE GLOBAL COMPACT FOR A SECURE, ORDERED AND REGULAR MIGRATION: A SOFT LAW INSTRUMENT FOR MANAGEMENT OF MIGRATION RESPECTING HUMAN RIGHTS

TERESA FAJARDO DEL CASTILLO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MODALIDADES DE NEGOCIACIÓN DEL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN. III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN. IV. LOS PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DEL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular fue adoptado el pasado 11 de Diciembre de 2018 por 163 Estados en la Conferencia intergubernamental de Marrakech y, días más tarde, fue endosado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 73/195. Este Pacto, junto con el Pacto por los Refugiados, afronta una acción normativa de baja intensidad a través del *soft law* con la que los Estados quieren adoptar unas “reglas” comunes para la “movilidad humana en el Siglo XXI”, al tiempo que preservar su soberanía. Este instrumento de *soft law* ha de servir de referencia para el ejercicio de las competencias soberanas en aspectos hasta ahora pertenecientes al *domaine réservé* del Estado, como los relativos a la gestión de las migraciones regulares aunque igualmente regule su reverso con el control de la migración (in)segura, (des)ordenada e irregular. También guiará la cooperación multilateral en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional de las Migraciones. Este artículo analizará el alcance y la naturaleza jurídica de este instrumento así como su capacidad de generar un modelo para la gestión de los flujos migratorios que al mismo tiempo preserve los derechos humanos.

ABSTRACT: The Global Compact for a Secure, Ordered and Regular Migration was adopted on December 2018 by 163 States at the Intergovernmental Conference of Marrakech and some days later, it was endorsed by General Assembly of the United Nations in its Resolution 73/195. This Pact together with the Pact for Refugees faces normative action through soft law to adopt common "rules" for "human mobility in the 21st

Fecha de recepción del trabajo: 4 de julio de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 8 de noviembre de 2019.

* Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, fajardo@ugr.es Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación “*España, Seguridad y Fronteras Exteriores Europeas en el Area del Estrecho*” (Ref. DER2015-68174-R), dirigido por los profesores Alejandro del Valle Gálvez e Inmaculada González García y financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Century". However States proclaim their sovereignty on the subject. This instrument of soft law should serve as a reference for the exercise of sovereign competences in aspects that until now belonged to domaine réservé and for the adoption of a framework for the management of regular migration, although it also marks the reverse of the management of (un) safe, (un) ordered and irregular migration. It will also guide multilateral cooperation within the Organization of the United Nations and the International Organization of Migration. This article will deal with the scope and legal nature of this instrument and its capacity to trigger a model of management of migration while preserving human rights.

PALABRAS CLAVE: *Soft Law*, Pacto mundial, migración (des)ordenada, (in)segura, (ir)regular, estado de derecho, derechos humanos.

KEYWORDS: *Soft law*, *Global compact*, (un)safe, (dis)orderly and (ir)regular migration, rule of law, human rights.

I. INTRODUCCIÓN

El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular¹ fue adoptado el pasado 11 de Diciembre de 2018 por 163 Estados en la Conferencia intergubernamental de Marrakech, para sorpresa de muchos que habían considerado su adopción una misión imposible.² Una semana más tarde, lo endosaría la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 73/195 adoptada por 153 votos a favor, 5 votos en contra y 12 abstenciones.³ Este Pacto, junto con el Pacto Mundial por los Refugiados, afronta una acción normativa de baja intensidad a través del *soft law*, con la que los Estados quieren preservar su soberanía y al mismo tiempo adoptar unas “reglas” comunes⁴ para la gestión de los grandes desplazamientos que caracterizan hoy la “movilidad humana en el Siglo XXI”.⁵ Este instrumento ha de servir de referencia para la adopción de políticas nacionales, regionales y globales de gestión de las migraciones regulares aunque también marcará su reverso con el control de la migración (in)segura, (des)ordenada e irregular.

¹ Su título abreviado en inglés “Global Compact for Migration” utiliza el adjetivo global si bien las traducciones francesa y española lo sustituyen por mundial. El título completo en inglés es *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, y en español es Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular. La versión abreviada que se utiliza por las instituciones internacionales es Pacto mundial para la migración o sobre la migración. Véanse las distintas versiones del Pacto que se encuentran disponibles en la Web en <https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact>, consultada por última vez el 15 de mayo de 2019.

² Véanse las primeras reacciones que suscitó su adopción: ODI, “163 States just approved the Global Compact for Migration. Now what?”, 11 de Diciembre de 2018, disponible en Internet en <https://www.odi.org/comment/10712-163-states-just-approved>

³ Resolución A/RES/73/195 aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018, disponible en Internet en <https://undocs.org/es/A/RES/73/195>

⁴ Su adopción en sí misma se considera un éxito a pesar de que sus disposiciones sólo sean un mínimo común denominador de reglas y buenas prácticas, así se pronuncia NEWLAND, K., “The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement”, *International Journal of Refugee Law*, 2019, Vol XX, No XX, pp. 1-4.

⁵ Véase la intervención final de la Representante especial del Secretario General de Naciones Unidas para la migración internacional, ARBOUR, L., Statement by Louise Arbour, Special Representative of the Secretary-General for International Migration, disponible en la Web de la Conferencia intergubernamental en <https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact>, consultada por última vez el 22 de mayo de 2019.

Este instrumento también guiará la cooperación multilateral en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU o Naciones Unidas en adelante) y de la Organización Internacional de las Migraciones (OMI en adelante).

Este Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular (Pacto Mundial para la Migración, en adelante) ha sido considerado como el primer instrumento en abordar de manera comprensiva todos los aspectos relativos a la movilidad mundial del ser humano, si bien es necesario señalar que las primeras propuestas que se lanzaron desde la Asamblea General dos años atrás y que se condensaron en la Declaración de Nueva York sobre Refugiados e Inmigrantes de 19 de Septiembre de 2016,⁶ habían sumado igualmente los aspectos relativos a los movimientos de refugiados. Estos últimos finalmente fueron separados en las negociaciones universales y regionales debido a las inevitables diferencias que harían imposible alcanzar un acuerdo sobre inmigrantes y refugiados, a pesar de que ambos grupos comparten problemas y vulnerabilidades al igual que derechos y garantías que son responsabilidad de los Estados como se reconocería en dicha Declaración. Así, en su apartado 5, se dice que los Estados :

“Reafirmamos los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Reafirmamos también la Declaración Universal de Derechos Humanos y recordamos los principales tratados internacionales de derechos humanos. *Reafirmamos, y protegeremos plenamente, los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes, independientemente de su condición; todos son titulares de derechos.* En nuestra respuesta respetaremos plenamente el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos y, cuando proceda, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario”.⁷

En la propuesta posterior de dos Pactos, la división entre estos grupos de beneficiarios quedaría marcada por los que serían sus marcos jurídicos de referencia de manera que:

“Si bien los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales, que deben respetarse, protegerse y cumplirse en todo momento, constituyen dos grupos distintos que se rigen por marcos jurídicos separados. Solo los refugiados tienen derecho a una protección internacional específica, definida en el derecho internacional de los refugiados. El presente Pacto Mundial se refiere a los migrantes y propone un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones”.⁸

Dada esta distinción entre marcos normativos,⁹ el Pacto Mundial sobre los Refugiados es un instrumento de *soft law* para el desarrollo de la Convención de las Naciones Unidas

⁶ Véase la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, UN Doc. A/RES/71/1, 3 de Octubre de 2016, disponible en Internet en refugeesmigrants.un.org/declaration.

⁷ *Ibid.*

⁸ Apartado 4 del Pacto Mundial para la Migración.

⁹ Así Lilita Jubilit considera que “In the past, separating twin initiatives has been used as a strategy when political and ideological scenarios failed to offer alternatives – as in the case of the International Covenants

sobre el Estatuto del Refugiado que se negociaría bajo el liderazgo del Alto Comisariado para los Refugiados de la ONU y que tendría como principal objetivo acordar principios y reglas para el reparto equitativo de refugiados.¹⁰ En el caso del Pacto Mundial para la Migración, no se menciona un instrumento normativo de referencia sobre la migración sino un marco genérico para la cooperación en su gestión. Ello pone en evidencia la posición de los Estados que consideran la gestión de la migración como una de sus competencias soberanas y sobre la cual sólo estarían dispuestos a acordar vías de cooperación para la gestión de la movilidad transfronteriza. Sin embargo, esta cooperación interestatal e institucional debe llevarse a cabo en el marco común del Derecho internacional general, lo que supone la asunción del estándar mínimo de derechos otorgados a los nacionales de terceros estados y apátridas así como los derechos básicos reconocidos en los principales instrumentos en materia de derechos humanos tal y como se recogían en la Declaración de Nueva York.¹¹ En cualquier caso, el Pacto Mundial para la Migración obedece a la existencia de lagunas normativas y una enorme fragmentación de los instrumentos normativos que contemplan los derechos humanos de los migrantes que se intentan salvar con un instrumento de *soft law* ante la imposibilidad de que los Estados asuman un ejercicio normativo de mayor intensidad.¹²

En ambos casos, pero especialmente en el caso del Pacto Mundial para la Migración, la elección de un instrumento de *soft law* ha sido la única fórmula posible para abordar un acuerdo cuya ambición es doble en la medida en que persigue la articulación de la cooperación multilateral así como la adopción de un conjunto de directrices para el ejercicio de las competencias soberanas en aspectos hasta ahora pertenecientes al

on Human Rights. Nevertheless, this might lead to unwanted results, such as the diminishment of the documents' effectiveness and comprehensiveness. Providing intersections between the two compacts could, in fact, enhance the protection of all migrants, including refugees". Véase JUBILUT, L.L., "Global Compacts on Migration and on Refugees: how they should intersect", World Economic Forum, 12 de Diciembre de 2017, disponible en Internet en <https://www.weforum.org/agenda/2017/12/compacts-for-migrants-and-refugees-can-be-separate-but-must-reflect-what-they-share/>

¹⁰ La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados presentó el Borrador cero del Pacto a finales del mes de enero de 2018, para iniciar su discusión en febrero y su adopción se llevó a cabo en el mes de noviembre para ser posteriormente adoptado por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de Diciembre de 2018, 181 votos a favor, dos en contra -los de Estados Unidos y Hungría- y tres abstenciones, las de la República Dominicana, Eritrea y Libia. Sin embargo, las críticas que recibió su propuesta son importantes ya que ponían en evidencia importantes carencias del texto, por ejemplo, que en él no se incorpore el principio de *non-refoulement* en tanto que principio fundamental para abordar la cuestión de los rechazos de los demandantes de asilo. En su lugar, el texto opta por referirse a un concepto indefinido como es el de la repatriación voluntaria. Tampoco aborda el acceso a derechos tan fundamentales como son la educación, el alojamiento o la cobertura sanitaria de refugiados y demandantes de asilo. Véase sobre el borrador, AA.VV., "Expert Views: How Promising Is the Global Refugee Compact Zero Draft?", disponible en Internet en <https://www.newsdeeply.com/refugees/articles/2018/02/09/expert-views-how-promising-is-the-global-refugee-compact-zero-draft>

¹¹ Véase el ya citado apartado 5 de la Declaración de Nueva York.

¹² Ya se habría recurrido en numerosas ocasiones al *soft law* en los distintos ejercicios de regulación de las cuestiones migratorias como se analiza detalladamente en la Parte III, "Soft Law and Global Migration Governance", de la obra de referencia en esta materia, CHETAIL, V., *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 280-392. Véase igualmente el estudio que ya en 2010 recomendaba el uso del *soft law* para proponer un sistema para la protección de los migrantes en posición más vulnerable, BETTS, A., "Soft law and the protection of vulnerable migrants", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 24, 2010, p. 533.

domaine réservé del Estado –lo que los Estados intentan preservar en las declaraciones de aceptación del Pacto y en sus explicaciones de voto ante la Asamblea General como examinaré posteriormente- y que difícilmente habrían podido someterse a las obligaciones de una norma convencional canónica que impusiera condiciones sobre cómo un Estado ha de gestionar la inmigración y sus fronteras.

También en ambos Pactos, y en defensa del instrumento de *soft law* que adoptan, estaríamos ante lo que puede calificarse de *políticas públicas mundiales*¹³ en dos sectores que necesitan de una acción coordinada que aún no puede adoptarse bajo la forma de un instrumento vinculante. La fragilidad del consenso sobre la cuestión no ha impedido, sin embargo, que la necesidad de actuar se articulara a través de un instrumento *soft* multilateral cargado de propuestas y disposiciones para inspirar la gestión migratoria en el marco de políticas nacionales y de la cooperación internacional.

La imposibilidad de alcanzar el consenso de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas que inicialmente se había logrado en la Declaración de Nueva York, se ha debido al rechazo que han mostrado algunos países en la fase final de adopción del Pacto Mundial para la Migración y que llevaría al abandono de estados que se habían sumado inicialmente al Borrador cero y al Borrador plus del Pacto. En Marrakech el Pacto para la Migración fue adoptado por un consenso menguado, el de los 164 Estados participantes. La Resolución 73/195 de la Asamblea General sería sometida a votación a petición de los Estados Unidos para que los votos en contra y las abstenciones debilitaran el valor del Pacto. Este rechazo ha sido, sin embargo, una reacción lógica a las posibilidades inherentes de un instrumento de *soft law* cuyo valor reside en las expectativas normativas que es capaz de generar. Es este un *pacto de contrahendo* que una vez empieza a desarrollarse puede llegar a desencadenar una acción normativa desde las instituciones internacionales que influirá en la práctica nacional así como en la práctica y la jurisprudencia de las principales instituciones internacionales. No es de extrañar por ello que la adopción del Pacto influyera en la opinión pública de los Estados inicialmente adherentes en un momento en que los movimientos populistas han hecho bandera del rechazo de la migración y ello les ha dado entrada a parlamentos y gobiernos. Por ello también, el Pacto Mundial para la Migración está llamado a ser el legado de políticos como Angela Merkel que durante la Conferencia de Marrakech afirmó que era un pacto por el que valía la pena luchar y que posiblemente sea uno de sus últimos grandes logros como líder europea.¹⁴

¹³ He de agradecer al Profesor Ángel Rodrigo por su inspiración de este enfoque tras un debate sobre su trabajo RODRIGO FERNÁNDEZ, A., “La constitución invisible de la comunidad internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 34, 2018, pp. 51-85. En él, el Prof. Rodrigo cita a WIERNER, A., *The Invisible Constitution of Politics. Contested Norms and International Encounters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 13-18, para destacar que la ‘constitución invisible de la política’ está integrada por «los aspectos intangibles (emocionales, culturales, interpretativos o asociativos) y por su influencia en las decisiones políticas en un mundo de políticas que se extienden más allá de las fronteras de los estados nación modernos», en p. 53.

¹⁴ La Canciller alemana Angela Merkel adoptaría un enfoque desde los derechos humanos en su discurso en el que reiteraría “our conviction that universal human rights apply to every individual in every country of the earth”, «Speech by Federal Chancellor Dr Angela Merkel at the Intergovernmental Conference to Adopt the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration in Marrakech on 10 December 2018»,

A pesar de su adopción, quedan pendientes muchas cuestiones respecto a cual sea el alcance político y jurídico de este texto que ha sido objeto de sonados rechazos por países como Estados Unidos desde una fase temprana,¹⁵ o por Brasil, Italia, Austria, Hungría, República Checa, Suiza o Bélgica, donde, además, condujo a la dimisión de su Primer ministro y a la ruptura de la coalición de gobierno.¹⁶ Todo ello evidencia que las consecuencias de un texto de *soft law* pueden ser mayores a las inicialmente esperadas y aproximarse más a las consecuencias temidas. Por otra parte, las expectativas normativas han de dimensionarse en el ámbito regional donde las derivaciones de su inaplicación pueden ser mayores para un Estado miembro de la Unión Europea, de lo que serían para los Estados Unidos, que han dado la espalda a cualquier compromiso internacional de cooperación multilateral y cuyo Presidente persiste en su decisión de construir un muro como solución última a la migración regional y a lo que considera problemas de seguridad nacional.¹⁷

Por todo ello, en este estudio abordaré en primer lugar la fase final del proceso de negociación que ha llevado a la adopción del Pacto Mundial para la Migración en la Conferencia intergubernamental final de Marraquech y finalmente a su adopción por la Resolución 73/195 de la Asamblea General de Naciones Unidas. En segundo lugar, examinaré la estructura y la naturaleza jurídica del Pacto en tanto que instrumento de *soft law* así como los principios que subyacen en él. También analizaré y clasificaré los objetivos del Pacto y las acciones con las que los Estados deben alcanzarlos, distinguiendo aquellos que se refieren a la gestión migratoria y aquellos que se refieren al respeto de los derechos humanos. Por último, examinaré los compromisos institucionales asumidos que pueden llevar a la adopción de mecanismos de seguimiento y promoción del cumplimiento del Pacto en los que las Naciones Unidas y la OMI están llamadas a desempeñar un importante papel. En las conclusiones, valoraré desde la óptica del *soft law* cuáles son los posibles desarrollos futuros que pueden esperarse del Pacto Mundial para la Migración.

p. 1, disponible en Internet en <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-en/>

¹⁵ Estados Unidos abandonó el proceso de negociación el 2 de Diciembre de 2017. Véase United States Mission to the United Nations, “United States Ends Participation in Global Compact on Migration”, disponible en Internet en <https://usun.state.gov/remarks/8197> , consultado por última vez el 1 de Abril de 2019.

¹⁶ Así Wouters y Wauters se preguntan cómo un instrumento de *soft law* pudo desencadenar una crisis de gobierno y finalmente el colapso del gobierno belga a finales del mes de diciembre de 2018, siendo el primer caso de un gobierno que colapsaría como consecuencia de un instrumento no vinculante de las Naciones Unidas, véase WOUTERS, J., WAUTERS, E., “The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Some Reflections”, *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper N° 210*, Febrero de 2019, p. 4.

¹⁷ Así Gladstone considera que el abandono del Pacto es una vuelta a las políticas de aislacionismo y excepcionalismo de Estados Unidos en el seno de las Naciones Unidas; véase GLADSTONE, R., “U.S. Quits Migration Pact, Saying It Infringes on Sovereignty”, *N.Y. TIMES* (Dec. 3, 2017), disponible en Internet en <https://www.nytimes.com/2017/12/03/world/americas/united-nations-migration-pact.html?ref=collection%2Fsectioncollection%2Fworld>.

II. LAS MODALIDADES DE NEGOCIACIÓN DEL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN

En su día, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes fue adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 71/1 por todos los Estados de la organización, con el objetivo último de abordar la gestión de los desplazamientos masivos, ya fueran estos de refugiados o migrantes.¹⁸ El consenso que esta resolución alcanzó, dotó al instrumento de un especial valor que alimentaría el impulso de las posteriores negociaciones que no se librarían, sin embargo, de la necesaria segregación por competencias soberanas y por liderazgo en el Pacto Mundial para la Migración y en el Pacto Mundial para los Refugiados. Como ha destacado la OIM,¹⁹ las negociaciones del Pacto Mundial para la Migración han estado marcadas principalmente por los Estados, en la medida en que han sido éstos los que han llevado el timón del proceso y las instituciones onusianas han estado al servicio de su desempeño. Respecto a las competencias soberanas, en el caso del Pacto Mundial para la Migración el protagonismo sólo podía recaer en los Estados en la medida en que sus objetivos últimos de gestión transnacional de las migraciones harían necesario conciliar la soberanía del Estado con la obligación de prevenir los daños y las violaciones de los derechos de las personas que emigran y a los que se ven expuestas por los peligros y amenazas que afrontan en el *iter* migratorio.²⁰

Las modalidades de negociación que se recogen en la Resolución 71/280 adoptada el 6 de Abril de 2017 por la Asamblea General marcaban los límites del objeto de la conferencia intergubernamental que tendría lugar en Marrakech, así como las distancias con el Pacto Mundial para los Refugiados, al disponerse con claridad que los dos procesos serían “separados, distintos e independientes”.²¹ Por otra parte, la Resolución 71/280 de la Asamblea General también señalaba que sería a través de “principios, compromisos y entendimientos entre los Estados”, con los que se alcanzaría su objetivo de inspirar los intentos de gestión de la migración mundial teniendo en cuenta los aspectos humanitarios, de cooperación y los derechos humanos. También se abundaría en los objetivos ya consensuados en conferencias y planes previos.²² Y en cualquier caso, se debía adoptar un documento final negociado y convenido a nivel intergubernamental, titulado “Pacto

¹⁸ Véase sobre ella GENINA, V., “Proposals for the Negotiation Process on the United Nations Global Compact for Migration”, *Journal on Migration & Human Security*, Vol. 5, 2017, p. 682.

¹⁹ La asistencia y asesoría sobre los aspectos técnicos y normativos sería encargada a la OMI en la Resolución 70/296 y posteriormente reiterada en la Resolución 71/280.

²⁰ Si bien la existencia de esta obligación de proteger a las personas que afrontan riesgos y peligros durante el proceso migratorio está aún por establecer como discuten KOSINSKA, A. M., MIKOLAJCZYK, B., “Does the Right to Migration Security Already Exist: Considerations from the Perspective of the EU’s Legal System”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 21, Issue 1, 2019, pp. 83-116.

²¹ Véase la Resolución 71/280 aprobada por la Asamblea General el 6 de abril de 2017 sobre las Modalidades para las negociaciones intergubernamentales del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular, Doc. A/RES/71/280, 17 de abril de 2017.

²² Tales como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible adoptada por la Resolución 70/1, la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Resolución 69/313, anexo, y se basaría en la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, aprobada en octubre de 2013, Resolución 68/4.

mundial para una migración segura, ordenada y regular”, cuyo alcance se define en el anexo II de la Resolución 71/1 por la que se adopta la Declaración de Nueva York.

También en la Resolución 71/280 se recomendaba crear la figura del Representante especial del Secretario General para la migración internacional, para la que sería finalmente nombrada la canadiense Louise Arbour,²³ el 9 de abril de 2017. De igual modo, se encomendaba al Presidente de la Asamblea General el nombramiento de dos facilitadores para promover las consultas periódicas y el proceso de negociación entre Estados y grupos regionales con el requisito de que “las consultas y las negociaciones deb[ían] ser abiertas, transparentes e inclusivas a fin de promover y fortalecer la implicación de los Estados Miembros”.²⁴ Finalmente serían nombrados Juan José Gómez Camacho de México y Jürg Lauber de Suiza. También el liderazgo ejercido por los presidentes de la Asamblea General ha sido subrayado durante todo el proceso –primero, durante el 72º período de sesiones, el de Miroslav Lajčák, de Eslovaquia,²⁵ y después el de María Fernanda Espinosa Garcés de Ecuador durante el 73º período de sesiones-.

Las negociaciones se desarrollaron en tres fases que se iniciarían con una fase de consultas en Abril de 2017.²⁶ A esta primera fase le seguiría una fase de recapitulación que se iniciaría en Diciembre de 2017 y que llevaría ya a la tercera fase de negociaciones intergubernamentales en las que se adoptarían el Borrador Cero de 5 de Febrero de 2018, el Borrador Cero Plus de Abril de 2018 y la última versión de Julio de 2018,²⁷ que sería la adoptada en la Conferencia intergubernamental celebrada en Marraquech.

En la fase de consultas, se llevó a cabo una división del trabajo preparatorio atendiendo a aspectos temáticos y también de especialización de las instituciones onusianas. En el marco de la Asamblea General, se crearon paneles de expertos teniendo en cuenta el equilibrio geográfico así como a los países de origen, tránsito y destino de las migraciones.²⁸ También se abordaría la dimensión regional y subregional de las migraciones a través de una consulta a las Comisiones económicas regionales.

²³ Como se destaca en su perfil en la web oficial de la Oficina ejecutiva del Secretario General, la canadiense Louise Arbour ya había desempeñado las funciones de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Fiscal Principal de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda. Con anterioridad, había sido juez del Tribunal Supremo de Canadá y de la Corte de Apelaciones de Ontario.

²⁴ Apartado 5 de la Resolución 71/280.

²⁵ Finalmente dimitiría como Ministro de Asuntos Exteriores de su país, cuando su parlamento no aprobara la adhesión al Pacto, véase <https://www.reuters.com/article/us-un-migrants-slovakia/slova>

²⁶ Así en la Resolución 71/280 se establece una agenda con tres fases: a) Fase I (consultas): abril a noviembre de 2017; ^{SEP}b) Fase II (balance): noviembre de 2017 a enero de 2018; ^{SEP}c) Fase III (negociaciones intergubernamentales): febrero a julio de 2018.^{SEP}

²⁷ Proyecto de documento final de la Conferencia, Nota de la Presidencia de la Asamblea General, Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular Marrakech (Marruecos), 10 y 11 de diciembre de 2018 Tema 10 del programa provisional, Documento final de la Conferencia A/CONF.231/3, 30 de julio de 2018.

²⁸ Estos paneles estarían moderados por un Estado miembro, que sería nombrado por el Presidente de la Asamblea General. Véase la resolución 72/244 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de diciembre de 2017, sobre las modalidades para la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular. Disponible en Internet en

Asimismo, en cada una de las oficinas de las Naciones Unidas, sus recursos se pondrían a disposición de la reflexión en razón de su especialización. Así en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra se abordarían las cuestiones de carácter general pero con gran contenido político al fijar conceptos y el marco de discusión para abordar los derechos humanos de todos los migrantes, la migración irregular y por vías regulares, y la cooperación internacional y la gestión de la migración y de las fronteras en todas sus dimensiones.²⁹ En la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York se abordarían los aspectos sociales y económicos con una clara conexión con la dimensión de desarrollo que debía quedar claramente establecida en el texto final y, en especial, su vinculación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible que se adoptaron en 2015. En la Oficina de las Naciones Unidas para las drogas y el crimen organizado (UNODC) en Viena se tratarían cuestiones tales como el tráfico de migrantes, la trata de personas y las formas contemporáneas de la esclavitud, por su experiencia y especialización en la aplicación de la Convención de Palermo sobre el crimen organizado transnacional y sus protocolos.³⁰

En esta primera fase de las negociaciones, a los Estados se les consultaría especialmente sobre aspectos de carácter transversal. Al mismo tiempo, con su implicación se intentaría cumplir con el objetivo de inspirar sus políticas nacionales a través del debate y también pedirles una posición respecto a cómo abordar estas cuestiones a través de la cooperación internacional. Así, se les invitaría a que “[u]vieran] en cuenta sus perspectivas respecto a la compleja relación que existe entre la migración y el desarrollo sostenible, así como entre la migración y todos los derechos humanos, la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, las necesidades de los migrantes en situaciones vulnerables y las perspectivas de los niños y los jóvenes migrantes, en particular, los niños migrantes no acompañados, a fin de promover una comprensión amplia de la cooperación internacional y la gobernanza de la migración en todas sus dimensiones”.³¹ Sin embargo, se dejaron fuera cuestiones de gran importancia y trascendencia para los derechos humanos y el bienestar de los grupos más vulnerables, como la espinosa cuestión de la detención de los menores no acompañados y las alternativas que deberían contemplarse a dicha detención.³²

http://www.un.org/es/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/72/244

²⁹ Así se discutiría la agenda sobre:

- i) Los derechos humanos de todos los migrantes, la inclusión social, la cohesión y todas las formas de discriminación, incluidos el racismo, la xenofobia y la intolerancia (abril/mayo de 2017); ^[1]_[SEP]
- ii) La migración irregular y por vías regulares, incluido el trabajo decente, la movilidad laboral, el reconocimiento de las aptitudes y cualificaciones y otras medidas pertinentes (octubre de 2017); ^[1]_[SEP]
- iii) La cooperación internacional y la gobernanza de la migración en todas sus dimensiones, como en las fronteras, en tránsito, la entrada, el retorno, la readmisión, la integración y la reintegración (junio de 2017).

³⁰ El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

³¹ Véase el apartado 20 de la Resolución 71/280.

³² En este sentido, Marta Foresti critica que el Pacto “falls short of doing the right thing on something as important as child detention – where states could not agree to simply end detaining children, but rather to “ensuring availability and accessibility of a viable range of alternatives to detention in non- custodial contexts, favouring community-based care arrangement”, véase FORESTI, M., “Long Live Multilateralism: Why the Global Compact for Migration Matters”, *Refugees Deeply*, disponible en la Web

La segunda fase de recapitulación o balance se iniciaría en Diciembre de 2017 en la conferencia preparatoria que, con la financiación del anfitrión, se llevaría a cabo en Méjico, en Puerto Vallarta. Esta recapitulación se realizaría a partir de la documentación preparada por los facilitadores para la adopción del borrador preliminar y con el informe elaborado por el Secretario General en consultas con la OMI, titulado “Conseguir que la migración funcione para todos”.³³ En ellos, se encuentran las recomendaciones y los datos necesarios que se presentaron a los Estados como prueba de la necesidad de alcanzar un compromiso en la conferencia intergubernamental de Marraquech.³⁴

Como ya hemos señalado, en la Conferencia intergubernamental de Marraquech se alcanzó la aprobación por consenso del texto presentado. Sin embargo, este consenso ya se encontraría menguado por la participación sólo de los 163 estados convencidos y adheridos a la propuesta acordada. Algunos de los Estados no asistentes se convertirían en sus opositores una semana más tarde, cuando solicitaron su votación en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde el Pacto para la Migración sería adoptado por 153 votos a favor, 5 votos en contra y 12 abstenciones en su Resolución 73/195. Son las expresiones de apoyo y de rechazo que se hicieron en el seno de la Conferencia intergubernamental de Marraquech³⁵ y luego en el Asamblea General en el momento de la votación de esta Resolución las que han de servir para valorar la naturaleza jurídica del Pacto Mundial para la Migración, cuestión que abordaré en los siguientes apartados.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN

Como ya hemos señalado, la Declaración de Nueva York contenía un mandato de adopción de dos instrumentos de *soft law* cuyos objetivos y alcance se definirían en sus anexos. Se había optado entonces por un instrumento sin valor jurídico vinculante y que, sin embargo, se negociaría como si fuese un tratado,³⁶ en el seno de una conferencia

<https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2018/07/19>, consultado por última vez el 23 de marzo de 2019

³³ Secretario General, “Conseguir que la migración funcione para todos”, *Doc. A/72/643* de 12 de Diciembre de 2017, disponible en Internet en <https://undocs.org/es/A/72/643>

³⁴ El mandato sería de presentar “un informe que incluya datos y cifras, así como problemas y oportunidades, sobre la base de toda la gama de aportaciones de que se disponga entonces y proporcione recomendaciones a los Estados Miembros antes del comienzo de la fase III”.

³⁵ En la Resolución 72/244 de la Asamblea General sobre las Modalidades para la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, en su párrafo 11, se “*Decide además* que las declaraciones que se hagan en la sesión plenaria de apertura, el día 10 de diciembre, y en la sesión plenaria de clausura, el día 11 de diciembre, se formularán con arreglo a las propuestas que figuran en los párrafos 11 y 12 de la nota del Secretario General”. En dicha nota del Secretario General se da cuenta del orden de precedencia de las intervenciones, su duración y demás aspectos formales. Véase Nota del Secretario General sobre la Propuesta de organización de los trabajos de la conferencia intergubernamental encargada de aprobar un pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular, *A/72/271*, 1 de Agosto de 2017.

³⁶ Ciertamente, no se aplicaría el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados pero la Resolución 72/244 de la Asamblea General sobre las Modalidades para la Conferencia Intergubernamental encargada

intergubernamental. Sin embargo, este instrumento contendría una serie de “principios, compromisos y entendimientos entre los Estados”,³⁷ sobre un comportamiento esperado que vendría a referirse a la gestión de la migración en el respeto de los derechos humanos básicos. Así el compromiso debía plasmarse, antes que en nuevas obligaciones, en un entendimiento de que la cooperación es la única vía para hacer posible este tipo de gestión:

“Reafirmando que el pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular establecerá una serie de *principios, compromisos y entendimientos* entre los Estados Miembros sobre la migración internacional en todas sus dimensiones, será una contribución importante a la gobernanza mundial y mejorará la coordinación en lo que concierne a la migración internacional, ofrecerá un marco para la cooperación internacional amplia respecto de los migrantes y la movilidad humana, abordará todos los aspectos de la migración internacional, incluidos los humanitarios, de desarrollo y de derechos humanos, entre otros, seguirá la senda marcada por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo y se basará en la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo aprobada en octubre de 2013”.³⁸

Así, el Pacto Mundial para la Migración en tanto que instrumento de *soft law* tenía encomendada la misión de articular las bases de una gobernanza migratoria entendida como un conjunto de reglas, una *lex migrationis* que debía inspirar la cooperación multilateral así como la coordinación que deberían asumir las instituciones onusianas para una gestión de la movilidad humana en el respeto de los derechos humanos.

1. El Pacto Mundial para la Migración como instrumento de *soft law*.

El recurso al *soft law* y al amplio repertorio que comprende de instrumentos no obligatorios -pero no por ello carentes de carácter jurídico-, se ha convertido en la opción más frecuente cuando el consenso no puede alcanzarse y el consentimiento se presta condicionado a la previsión de un amplio margen de discrecionalidad del Estado que le permita preservar el interés nacional.³⁹ El instrumento de *soft law* se convierte en esos casos en el equivalente funcional a los tratados internacionales. Por ello, se apuesta por un instrumento de *soft law* en los procesos de negociación en los que se prevé una limitación de la soberanía a través de la propuesta de medidas que implican un desarrollo progresivo del Derecho internacional o que han de ser desarrolladas en el ordenamiento jurídico interno. Estas condiciones se dan en los numerosos instrumentos de *soft law* que

de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular son extremadamente detalladas sobre cómo debía realizarse el proceso de negociación y adopción de este instrumento no vinculante.

³⁷ Como venía establecido en el mandato de la Resolución 71/280 de la Asamblea General, p. 1. Esta Resolución habría sido adoptada por consenso.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Véase sobre el *soft law*, FAJARDO DEL CASTILLO, T., “Soft Law”, *Oxford Bibliographies*, Oxford University Press, 2014, p. 1-40.

se han adoptado en el ámbito de las migraciones en las dos últimas décadas, desde que las Naciones Unidas asumieron el desafío de articular una respuesta global, primero, fundada en el binomio migración y desarrollo y, posteriormente, desde la cooperación multilateral para su gestión. En el caso del Pacto Mundial para la Migración, el instrumento de *soft law* concilia la afirmación de la soberanía de los Estados para establecer sus políticas nacionales de gestión de la migración, con el compromiso de prevenir los daños que sufren las personas migrantes, a través de la cooperación multilateral y transnacional complementaria para la gestión de la movilidad.

Por otra parte, cabe preguntarse a la luz de la naturaleza de *soft law* del Pacto Mundial para la Migración cuales son sus efectos jurídicos a la luz del Derecho Internacional general y particular, así como su capacidad para generar la *opinio iuris* necesaria en el proceso de formación de normas consuetudinarias. El *soft law* ofrece una vía normativa sin obligaciones primarias y sin consecuencias derivadas de su incumplimiento, pero creando expectativas normativas que pueden derivar en expresiones de mayor intensidad jurídica en el futuro. En última instancia, la intensidad normativa depende de la intención de los Estados partes, de manera que si su intención es cumplir con las recomendaciones del Pacto, éste puede adquirir una naturaleza normativa a través de su incorporación en el derecho interno, o en el derecho internacional particular, como es el desarrollado por la Unión Europea en cuyos procesos normativos el *soft law* se transmuta en norma exigible.

De igual modo cabe preguntarse cuales son las funciones propias del *soft law* que le han sido atribuidas al Pacto o cuales se han visto excluidas a la luz de las Declaraciones de los Estados adherentes al Pacto en la Conferencia Intergubernamental de Marrakech⁴⁰ y en razón de las explicaciones de voto en el seno de la votación en la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁴¹ Desde este punto de vista, estas declaraciones nos trasladan la idea de que el Pacto sólo ha conseguido poner las bases de una política de cooperación informada por el estándar mínimo de derechos antes que un plantel de normas

⁴⁰ Todas las declaraciones realizadas se encuentran recopiladas en la Web de la Conferencia Intergubernamental en <https://www.un.org/en/conf/migration/statements.shtml>, consultada por última vez el 17 de Mayo de 2019.

⁴¹ Sobre el valor de estas declaraciones, Wouters y Wauters consideran que “Every State that participated in the Intergovernmental Conference of Marrakech or in the discussion that culminated in the UNGA’s endorsement resolution, was free to produce such a statement. This could take the form of a position statement (‘explanation of position’) or an explanation of vote. The procedural rules of the Intergovernmental Conference provided for the possibility of making a short explanation of vote before or after the vote, and this possibility is also provided for in the procedural rules of the UNGA. As such, this is not the same as an ‘interpretative declaration’: that concept refers to a statement made by a State signing or ratifying a treaty, which reflects the view of that State on the interpretation of a specific treaty provision. The following can be noted with regard to the status of the type of statements as made by Belgium in the UNGA. From an *international* legal perspective, such statements form a relevant element for the assessment of State practice and the *opinio iuris* of States as part of the investigation into the existence of rules of customary international law. However, an explanation of position or vote to a treaty would not lead to fewer obligations under that treaty for the State concerned, as it does not constitute (in principle) a reservation. At the *domestic* level, such statements can be taken into account by national courts as relevant interpretative information that may help them to determine the extent of the international commitment entered into by their country.”, WOUTERS, J., WAUTERS, E., *loc. cit.*, p. 13.

emergentes. Estas declaraciones expresan no sólo matices interpretativos sino también claras objeciones respecto a las futuras derivas cristalizadoras de las promesas normativas que muchos de ellos verían en el texto.⁴² Por ello, ante los potenciales efectos que el Pacto Mundial para la Migración puede llegar a desplegar y, en particular, su influencia sobre la definición futura de las competencias soberanas, los Estados han hecho hincapié en sus declaraciones, en aquellos aspectos competenciales que no pueden verse afectados por él y que han de ser preservados como parte de un núcleo esencial de su soberanía. Por ello, cabe distinguir y agrupar las declaraciones según la función del *soft law* que pretenden inhibir o potenciar.

En primer lugar, en cuanto a la función de promoción de expectativas normativas y de ejercer de precursor de normas consuetudinarias que desempeña el *soft law*, los Estados han emitido declaraciones con las que han dejado claro que el Pacto no tiene vocación de establecer tales normas y que tampoco enajena el derecho del Estado a decidir quién entra en su territorio del mismo modo que tampoco otorga a las personas un derecho a decidir donde vivir o un derecho a emigrar y aún menos, que la migración constituya un derecho humano en sí misma.⁴³ El Pacto tampoco crearía categorías jurídicas que distingan entre distintos tipos de migrantes y que les otorguen beneficios en función de ello.⁴⁴

En segundo lugar, el *soft law* sirve para apoyar las normas preexistentes a través de una interpretación *secundum legem* o *praeter legem* con la que fijar el alcance de las normas convencionales y consuetudinarias.⁴⁵ Sin embargo, la posición de los Estados es claramente contraria a esta tendencia que se ha promovido y apoyado desde la academia y las instituciones para hacer uso del *soft law* para clarificar el contenido de los derechos humanos de las personas migrantes. De ahí el rechazo por parte de los Estados a que sea a través del *soft law* con el que se fije la extensión y la comprensión de cómo han de aplicarse y respetarse los derechos humanos de los migrantes porque consideran que es contrario al principio de soberanía, que otros Estados o los órganos de las organizaciones internacionales en las que participan les impongan una interpretación que no compartan o a cuya adopción no han contribuido.

Ello, no obsta a que en las negociaciones intergubernamentales se alcanzara un entendimiento sobre el alcance y la interpretación de las normas consuetudinarias que conforman el estándar mínimo de derechos, lo que es en sí mismo un logro valioso, en la medida en que los intentos de adoptar una interpretación de estos derechos por parte de los Comités vinculados a los instrumentos convencionales de derechos humanos no siempre han tenido una buena acogida por parte de los Estados que consideran que es a

⁴² Anne Peters “The text will thereby enjoy a much higher prominence than ordinary General Assembly resolutions. Still, the process does not give a decisive clue on the legal status of the resulting text” , PETERS, A., “The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?”, *EJIL: Talk!*,^[1]^[SEP] Noviembre de 2018, disponible en Internet en <https://www.ejiltalk.org/the-global-compact-for-migration-to-sign-or-not-to-sign/> , consultado por última vez el 15 de Mayo de 2019.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ En este sentido la Declaración de Finlandia, disponible en Internet en <http://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/finland.pdf>

⁴⁵ En este sentido se manifiesta Dinamarca en su Declaración, p. 4, disponible en Internet en <https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/denmark.pdf>

ellos y sólo a ellos a quienes corresponde todo ejercicio normativo e interpretativo que afecta a sus competencias. Y por ello hay que destacar las declaraciones a favor del estándar mínimo de derechos en el sentido de que éste debe proteger a todo ser humano con independencia de donde se encuentre, sin que ello suponga, que exista un derecho humano a la migración allí donde se desea.⁴⁶

En tercer lugar, se considera que el *soft law*, con independencia de la intensidad normativa que se le atribuya, puede servir para la resolución de disputas y controversias entre los Estados, cualquiera que sea el medio elegido para ello,⁴⁷ y en este sentido, el Pacto Mundial para la Migración habrá de servir para superar las diferencias existentes entre los países de origen, tránsito y destino respecto al cumplimiento de obligaciones tan problemáticas y discutidas como las vinculadas al retorno de los nacionales a sus países de origen.⁴⁸

Nada se dice de la función que puede desempeñar el *soft law* en tanto que criterio de autoridad a partir del cual los Estados pueden alcanzar un entendimiento común o adoptar un instrumento normativo en un momento posterior. Esta ha sido una práctica que ha dado buenos resultados en el pasado. Así en el caso de la Unión Europea, los *20 Principios para el Retorno Voluntario* adoptados por el Consejo de Europa fueron utilizados por las instituciones europeas y por sus Estados miembros para negociar y adoptar la Directiva sobre el Retorno.⁴⁹ Y el Pacto Mundial para las Migraciones podría utilizarse como criterio de autoridad para los acuerdos de readmisión futuros o los acuerdos de asociación y de cooperación al desarrollo en los que se promueva una política de reintegración de inmigrantes legales e irregulares.

⁴⁶ Véase en este sentido la Declaración de Dinamarca que señala que “Every human being has human rights. But migration is not a human right”, *loc. cit.*, p. 2.

⁴⁷ Es esta una función que atribuye al *soft law* Gruchalla-Wesierski, que lo caracteriza como “legal or non-legal obligations which create the expectation that they will be used to avoid or resolve disputes. They are not subject to effective third party interpretation, and their subject matter and formation are international in nature”, GRUCHALLA-WESIERSKI, T., “A Framework for Understanding ‘Soft Law’”, *McGill Law Journal* 30 (1984-1985), pp. 37-88, en p. 44.

⁴⁸ En este sentido Gallagher destaca que “The Global Compact addresses some of the thorniest aspects of migration, marking out narrow but important areas of accord. The issue of return is one example. Subject to certain protections being in place, states are entitled to remove migrants who do not have a legal right to remain in their territory. But without cooperation from the country of origin, repatriation is invariably slow and often hostile. The Global Compact identifies the complementary responsibilities of countries of destination and countries of origin to “facilitate[e] safe and dignified return and readmission, as well as sustainable reintegration”. By doing this, it creates a framework that can be the basis of a genuine partnership. This won’t solve the problem of return and reintegration, but it’s much better than what we have now.” Véase GALLAGHER, A., “3 reasons all countries should embrace the Global Compact for Migration”, World Economic Forum, Agosto 2018, disponible en Internet en <https://www.weforum.org/agenda/2018/08/3-reasons-all-count>, consultado por última vez el 15 de Mayo de 2018.

⁴⁹ Véanse “*Los Veinte principios directores sobre el retorno forzado*”, CM(2005) 40 final, de 9 de mayo de 2005, adoptados por el Comité de Ministros y preparados por el Comité *ad hoc* de expertos sobre los aspectos jurídicos del asilo territorial, de los refugiados y los apátridas y cómo serían utilizados como criterio de autoridad por la Comisión Europea en el trólogo que llevaría a la adopción de la Directiva Retorno, FAJARDO DEL CASTILLO, T., “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 13, Nº 33, 2009, pp. 453-499, en p. 454.

En cualquier caso, la práctica de los Estados adherentes al Pacto será la que en última instancia determine su naturaleza jurídica última ya en el plano internacional, regional o doméstico, y como señalara Dupuy en lo que se refiere a instrumentos de *soft law* es necesario observar el grado de discrepancia entre lo que los Estados aceptan y su práctica posterior.⁵⁰ Además, como mencionaron algunos estados en sus declaraciones, en el caso del Pacto su éxito se medirá en función del crecimiento de la cooperación internacional.⁵¹

2. Las Objeciones al Pacto

El rechazo al Pacto Mundial para la Migración de aquellos Estados que han participado en algún estadio de su negociación ha de considerarse a la luz del Derecho Internacional en tanto que objeción a la emergencia de una potencial norma consuetudinaria.

Estados Unidos es el claro referente de objetor al Pacto Mundial para la Migración pero no ha sido el único que formalmente se ha considerado como tal, si bien ha marcado la tendencia en las formas con las que llevar a cabo la objeción, por la claridad con la que la ha expresado. Asimismo, su abandono de las negociaciones puede considerarse desde distintos enfoques que trasladan el análisis también a lo que serían las normas y principios que rigen los procesos de celebración de tratados internacionales y que pueden aplicarse *mutatis mutandis* al proceso de celebración del *soft law*. De manera que este temprano abandono del proceso negociador también puede considerarse una manifestación de su respeto al principio de buena fe que rige en la fase de negociación de un instrumento internacional aunque sea de *soft law*, y en la medida en que Estados Unidos adoptaría con posterioridad a su salida una posición beligerante frente al Pacto.⁵²

La declaración que Estados Unidos realizó en el momento de abandonar el proceso de negociaciones cumple canónicamente los aspectos de una objeción pero es mucho más

⁵⁰ Así Dupuy considera que “an accumulation of programmatic soft law instruments may help in the progressive affirmation of the emergence of a binding norm”, pero llega a la conclusión de que las “expressions of *opinio iuris* that are not sufficiently sustained by practice do not take us particularly far in terms of customary, and thus general, law-making”, sobre todo cuando se aprecian discrepancias entre lo que el Estado dice y luego hace, p. 459. DUPUY, P-M., “Formation of Customary International Law and General Principles”, en BODANSKY, D., BRUNNÉE, J. y HEY, E. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, p. 459.

⁵¹ Así en la declaración de Bosnia-Herzegovina, su Embajador Milos Prica señalaría que “...the success of Global Compact will be measured by its implementation on the ground. The more international on migration governance is seen, the higher percentage of migration will be safe, orderly and regular and the success in this field will be greater. But the long-lasting improvement and solution could be made only if the main causes of migration in countries of origin are successfully resolved, in the world assists least developed and developing countries in their economic development and technological transformation, post-conflict peacebuilding, if we reverse the process of climate change. Thus, we see the Global Compact on migration only as a first step in tackling this so important global challenge”, p. 3, disponible en Internet en <https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/bosniaandherzegovina.pdf>, consultado por última vez el 15 de Mayo de 2019.

⁵² Como ya habría hecho el Presidente Bush respecto al abandono del proceso de negociación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, véase sobre esta cuestión MCLAURIN, L. A., “Can the President “Unsign” a Treaty? A Constitutional Inquiry” *Washington University Law Review*, Volumen 84, 2006, pp. 1941-1982.

que una mera objeción.⁵³ Es también un inventario de algunas de las objeciones que Estados Unidos ha hecho al derecho internacional de los derechos humanos⁵⁴ al destacar los convenios que no ha ratificado⁵⁵ así como su interpretación restrictiva de los derechos que en ellos se contemplan.⁵⁶ La defensa de su soberanía no sólo le ha llevado a rechazar el Pacto y su proyecto de gobernanza mundial de la migración sino también a menoscabar la Declaración de Nueva York al afirmar que:

⁵³ Así, su primer apartado dice: “The United States did not participate in the negotiation of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration (“the Compact”), objects to its adoption, and is not bound by any of the commitments or outcomes stemming from the Compact process or contained in the Compact itself. The Compact and the New York Declaration for Refugees and Migrants, which called for the development of the Compact and commits to “strengthening global governance” for international migration, contain goals and objectives that are inconsistent and incompatible with U.S. law, policy, and the interests of the American people,” véase National Statement of the United States of America on the Adoption of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration, de 7 de Diciembre de 2018, disponible en Internet en <https://usun.state.gov/remarks/8841>, consultada por última vez el 20 de Mayo de 2019.

⁵⁴ Simplemente recordar que el Pacto se abre señalando que se basa en los propósitos y principios de la Carta así como en “la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los demás tratados fundamentales de derechos humanos; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, incluidos el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; la Convención sobre la Esclavitud y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África; el Acuerdo de París; y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre la promoción del trabajo decente y la migración laboral, así como en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 y la Nueva Agenda Urbana”, apartados 1 y 2 del Pacto Mundial para la Migración.

⁵⁵ Así, Estados Unidos destaca que el “The Compact’s references to a range of international instruments that many countries have not signed or ratified creates a false sense of implicit international support and recognition for such documents. For instance, the United States has not signed or ratified many of the instruments cited, including the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, the Convention on the Rights of the Child, and several International Labor Organization (ILO) conventions (e.g., promoting decent work and labor migration)”, Declaración de Estados Unidos, *loc. cit.*, p. 2.

⁵⁶ En particular, Estados Unidos critica que The Compact mentions a “right to family life” and other rights to privacy and legal identity. We are concerned that the way these terms are used throughout the Compact creates false representations of the actual rights represented in relevant international human rights instruments. For instance:

- *Right to Family Life*: There is no “right to family life” as such – only a right not to be “subject to arbitrary or unlawful interference with his ... family.” (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) Art. 17). *Right to Privacy*: There is no absolute “right to privacy” in international law. The ICCPR only protects against arbitrary or unlawful interference with privacy.
- *Right to a Legal Identity*: There is no “right to a legal identity” as such. However, there is a “right to recognition everywhere as a person before the law,” “right to a nationality” as articulated in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR Art. 15(1)) and an obligation under the ICCPR to register “every child...immediately after birth” (Art. 24(2) (regardless of nationality/immigration status). Declaración de Estados Unidos, *loc. cit.*, p. 3.

“Creemos que el Pacto y el proceso que llevó a su adopción, incluida la Declaración de Nueva York, representan un esfuerzo de las Naciones Unidas para promover la gobernanza mundial a expensas del derecho soberano de los Estados de gestionar sus sistemas de inmigración de conformidad con sus leyes, políticas e intereses nacionales. Si bien los Estados Unidos honran las contribuciones de los muchos inmigrantes que ayudaron a construir nuestra nación, no podemos respaldar un "Pacto" o proceso que impone o tiene el potencial de imponer pautas, estándares, expectativas o compromisos internacionales que puedan limitar nuestra capacidad de tomar decisiones en el mejor interés de nuestra nación y de nuestros ciudadanos”.⁵⁷

Sin embargo, Estados Unidos no ha sido el único objetor al Pacto sino que otros han seguido su ejemplo y lo han proclamado claramente, así Austria:

“... declara explícitamente que el Pacto Mundial para la Migración no es jurídicamente vinculante en virtud del derecho internacional. El Pacto Mundial para la Migración no se interpretará como *opinio iuris* ni como práctica de los Estados para dar lugar a derecho internacional consuetudinario, y no se derivará del mismo ningún principio general del derecho; en ese caso, tendría que considerarse a Austria como “objector persistente”. Austria no estará obligada por el derecho internacional a acatar ninguna disposición vinculante que pudiera crearse o adoptarse sobre la base del Pacto Mundial para la Migración.”⁵⁸

En el mismo sentido se habrían manifestado ante la Asamblea General la República Checa y Polonia que incidirían además en que el Pacto “tampoco debe servir a los tribunales nacionales o internacionales de punto de referencia para la interpretación de disposiciones legales en esta esfera”.⁵⁹ A lo que Polonia suma su oposición a la posibilidad de que se establezca ningún tipo de práctica de los Estados de *derecho indicativo consuetudinario* sobre la base del Pacto Mundial para la Migración.⁶⁰ En estas declaraciones, se aprecia más allá de toda duda el alcance de sus objeciones destinadas a minar cualquier consecuencia jurídica del Pacto que le pudiera ser exigible en virtud del principio del *estoppel*.

En otros casos, las razones que han argumentado los Estados para desvincularse del Pacto⁶¹ nada tienen que ver con su contenido o se basan en una interpretación sesgada de éste que lo condena por la creación de obligaciones inaceptables tales como la de recibir cuotas de migrantes –aunque éstas nunca se hubiesen planteado en las negociaciones por corresponder esta materia al dominio de la competencia soberana exclusiva del Estado.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ A/73/PV.60, p. 19.

⁵⁹ A/73/PV.60, p. 17.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sobre ellas Anne Peters considera que “These excuses for standing aside seem pre-textual. The Compact does not contain any language obliging participating states to admit migrants. Quite to the contrary, one of the Compact’s objectives is “to cooperate in facilitating a safe and dignified return and readmission” of migrants. The states of origin “commit to ensure that our nationals are duly received and readmitted” (objective 21, para. 37).”, *loc. cit.*, p. 2.

Tampoco, dentro de las declaraciones cargadas de demagogia política cabe encontrar los elementos de una objeción sino que este tipo de declaración entraría dentro del plano de la política, y no precisamente de la política internacional, sino de la política nacional a través de la cual ciertos líderes buscan salidas a problemas internos. Así, entre los argumentos utilizados para rechazar el Pacto Mundial para la Migración se encontraría el efecto llamada que éste podría tener en los países que lo suscribieran o los motivos de seguridad bajo la larga sombra del populismo que tanto han proyectado países como Hungría.⁶² En este último caso es más probable que su negativa esté dirigida a bloquear cualquier desarrollo normativo que el Pacto pudiera tener dentro de la Unión Europea, lo que de manera clara revertiría en una naturaleza jurídica distinta para los compromisos adquiridos a la luz del derecho europeo y cuyas obligaciones y consecuencias jurídicas serían las que Hungría intentaría evitar.

IV. LOS PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DEL PACTO MUNDIAL DE LA MIGRACIÓN

1. Los Principios y los Enfoques del Pacto Mundial para la Migración

Los principios del Pacto Mundial para la Migración se encuentran recogidos en el preámbulo que inicialmente propuso la OMI⁶³ así como en uno de sus principales apartados bajo la rúbrica *Visión y Principios rectores*. El preámbulo se remite a los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas así como a los principales convenios y declaraciones en materia de derechos humanos que conforman un cuerpo de normas convencionales y consuetudinarias de carácter general del que se extrae el estándar mínimo de derechos que protege a toda persona. Este preámbulo también incorpora los principios que se derivan de los compromisos que ya habían asumido los Estados en la Declaración de Nueva York de 2016 y en la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible. A todos estos principios hay que sumar además los principios emergentes derivados del *soft law* adoptado en las dos últimas décadas en materia migratoria.

Dependiendo de su grado de adhesión a las propuestas del Pacto Mundial para la Migración, los Estados han optado entre los términos “principios” y “enfoques” para dejar constancia que cuando estamos en presencia de un enfoque significa que la naturaleza jurídica del principio en el que se basa se encuentra cuestionada. Por ello, las referencias realizadas en el Pacto a los principios provenientes de la Carta de las Naciones Unidas y de los principales convenios en materia de derechos humanos y del derecho humanitario, constituyen una reafirmación de todos aquellos principios aceptados y consolidados que derivan de un proceso de abstracción de normas preexistentes de derecho convencional y

⁶² Véase al respecto la Nota de Prensa de 6 de Noviembre de 2018 del Ministro de Asuntos Exteriores y Comercio de Hungría, “The UN Global Compact for migration is endangering the security of the Hungarian people”, disponible en Internet en <http://www.kormany.hu/en/ministry-of-foreign-affairs-and-trade/news/the-un-global-compact-for-migration-is-endangering-the-security-of-the-hungarian-people>

⁶³ Véase International Organization for Migration, Input to the UN Secretary General’s Report on the Global compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Septiembre de 2017, disponible en Internet en https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ODG/GCM/Input1-IOM-Input-to-SG-Report-Structure-and-Elements.pdf, consultado por última vez el 25 de Mayo de 2019.

consuetudinario y que conforman no sólo el núcleo del estándar mínimo de derechos sino también lo que podría denominarse una *lex migrationis* entendiendo como tal el conjunto de normas de distinta intensidad normativa que abordan el fenómeno migratorio. Los principios propios de esta *lex migrationis* tendrían además que completarse con los principios sistémicos con los que articular las necesarias relaciones con los regímenes normativos en potencial conflicto o en potencial sinergia, como serían el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario o el derecho de la cooperación al desarrollo.

El apartado del Pacto sobre la *Visión y Principios Rectores* reúne diez principios que “son transversales e interdependientes”⁶⁴ y que sin responder a la definición que hemos utilizado de principios, vienen a englobar los principios y enfoques consolidados y emergentes que informan la gestión migratoria. Su enumeración por letras y con un orden ambiguo al igual que su formulación, muestran que son el resultado de una adición de recomendaciones y líneas directrices de carácter político que adquieren una mayor fuerza cuando interactúan con los principios generales del derecho internacional así como con los del derecho internacional de los derechos humanos. Así, con la letra a, se introduce el principio rector de que el Pacto se centra en las personas y que como tal es una recomendación que informa al Pacto en su conjunto. La letra b se refiere a la cooperación multilateral en tanto que el Pacto se convierte en su forma de manifestación y a través de su expresión se intenta casar el carácter no vinculante del Pacto con su autoridad para guiar la cooperación:

“El Pacto Mundial es un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que reconoce que ningún Estado puede abordar la migración en solitario por ser esta un fenómeno intrínsecamente transnacional que requiere cooperación y diálogo a nivel internacional, regional y bilateral. Su autoridad dimana de su carácter consensuado, su credibilidad, su titularidad colectiva y el hecho de que su aplicación, seguimiento y examen sean conjuntos”.

Es necesario añadir además que el Pacto Mundial para la Migración ha supuesto la confirmación del principio de la cooperación multilateral no sólo como expresión del apoyo al multilateralismo en el seno de las Naciones Unidas sino también como aceptación pragmática de que ésta es la única forma de abordar el fenómeno mundial de la migración. Este principio, se habría visto completado además con el principio de la responsabilidad compartida por los países de origen, tránsito y destino tras las posiciones

⁶⁴ Véase el Pacto Mundial para la Migración, párrafo 15, p. 5.

promovidas por Francia⁶⁵ y también por el Consejo de Derechos Humanos⁶⁶ en su Resolución 35/17 “*Protección de los derechos humanos de los migrantes: el pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular*” que sería adoptada sin ser sometida a votación.⁶⁷ Sin embargo, esta responsabilidad compartida también sería objeto de un sonoro rechazo por parte de Rusia por considerar que son sólo los Estados responsables de injerencias en el pasado los que deberían asumir esta responsabilidad.⁶⁸ Todo ello viene a suscitar el problema de la aplicación y práctica posterior de los Estados que estará condicionada a su capacidad. Durante el proceso de votación en la Asamblea General está sería una cuestión suscitada abiertamente por Singapur que afirmaría que sólo podría cumplir con las iniciativas del Pacto en función de su capacidad y sus recursos.⁶⁹ Por otra parte, hay estados -como España- que en lugar de utilizar el término

⁶⁵ Así el Secretario de Estado, Jean Baptiste Lemoyne, habría declarado que “Nous sommes tous concernés par le phénomène migratoire, que nous le voulions ou non: nous sommes tous, à un titre ou à un autre, pays d’origine, de transit ou de destination, parfois tout cela à la fois. C’est une illusion de penser que chaque Etat peut traiter seul le défi des migrations. C’est ce qu’affirme ce Pacte, fondé sur le principe de la responsabilité partagée entre pays d’origine, de transit et de destination –principe promu par le gouvernement français depuis 2017, et que la France a tenu à voir clairement figurer dans le Pacte. En endossant ce texte, nous affirmons l’utilité d’une coopération internationale efficace et d’une concertation permanente entre les Etats concernés à tous les titres”, véase la Declaración francesa, de 10 de Diciembre de 2018, pp. 2-3, disponible en Internet en <https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/france.pdf>.

⁶⁶ Así diría *Exhorta también* a todos los Estados a que apliquen un enfoque general e integrado a las políticas de migración, faciliten la migración y la movilidad seguras, ordenadas, regulares y responsables de las personas, cooperen a nivel internacional sobre la base de la responsabilidad compartida para aprovechar plenamente el potencial económico y las oportunidades culturales y sociales que representa la migración, y resuelvan de manera eficaz sus problemas de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos; Resolución del Consejo de Derechos Humanos 35/17, apartado 13, disponible en Internet en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G17/168/37/PDF/G1716837.pdf?OpenElement>

⁶⁷ Propuesta de resolución presentada por los estados miembros del Consejo Alemania, Bélgica, Filipinas, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Suiza, así como por los siguientes Estados no miembros proyecto de resolución Bosnia y Herzegovina, Chile, Chipre, Haití, Honduras, México, Perú, Rumania, Suecia, Turquía, Ucrania, *A/HRC/35/L.28*, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en 35º periodo de sesiones del 6 a 23 de junio de 2017 para tratar el Tema 3 de la agenda sobre la Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

⁶⁸ Así Rusia habría manifestado en la votación en la Asamblea General que “Queremos reiterar que no aceptamos el concepto de responsabilidad compartida, que en su forma actual solo implica trasladar la responsabilidad de acoger a los migrantes forzosos a Estados que con frecuencia no tienen nada que ver con las causas de la migración masiva de las poblaciones. No estamos a favor de transferir la carga a otros cuando la compleja situación migratoria es en gran medida el resultado de una injerencia irresponsable en los asuntos internos de los Estados soberanos en el Oriente Medio y África del Norte. En ese sentido, los países que participaron activamente en esa injerencia deben asumir la responsabilidad primordial y mayor de sus consecuencias, incluidas las relacionadas con la migración”, *A/73/PV.60*, p. 19.

⁶⁹ Así respecto a las iniciativas del Pacto, el Reino Unido afirmaría que “solo podremos respaldarlas dentro de las limitaciones de nuestras circunstancias nacionales. La realidad es que Singapur es un país pequeño y uno de los Estados insulares más densamente poblados del mundo, lo cual crea restricciones y circunstancias especiales para nosotros. Consideramos que todos los países tienen el derecho soberano de determinar las condiciones bajo las cuales los migrantes pueden ingresar, residir y acceder a un empleo en sus territorios de conformidad con el derecho internacional, incluidas las obligaciones aplicables en materia de derechos humanos. También estimamos que los Estados tienen el derecho soberano de decidir si van a aplicar y cómo van a aplicar los principios de funcionamiento y las opciones de política que se enumeran en los objetivos del Pacto Mundial. A medida que la comunidad internacional trata de abordar los problemas

de “principio” han preferido utilizar el término “enfoque” para referirse a “un enfoque multidimensional, de responsabilidad compartida y de solidaridad”, en un afán de diluir el potencial obligacional que pudiera tener el principio de cooperación multilateral.

Con la letra c, se introduce el Principio de Soberanía nacional si bien se mencionan tantos límites que su formulación explica que los Estados hayan llevado a cabo sus propias interpretaciones de lo que este principio significa en sus declaraciones en el proceso de votación de la Resolución 73/195. Así se dice que:

“El Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, *de conformidad con el derecho internacional*. Dentro de su jurisdicción soberana, los Estados podrán distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular, incluso al *decidir con qué medidas legislativas y normativas* aplicarán el Pacto Mundial, teniendo en cuenta sus diferentes realidades, políticas y prioridades, y los requisitos para entrar, residir y trabajar en el país, *de conformidad con el derecho internacional*; (cursiva añadida)

Por límites a las prerrogativas soberanas del Estado nos referimos a la afirmación de que el ejercicio de éstas se hará *de conformidad con el derecho internacional* y de que además el Pacto será aplicado a través de la adopción de medidas legislativas sobre lo que se abunda además en la letra d) al referirse al estado de derecho y a las garantías procesales.⁷⁰

Con la letra e) se introduce como principio el desarrollo sostenible y lo vincula a la consecución de la Agenda 2030 y a los Objetivos del Desarrollo Sostenible dejando constancia así del vínculo existente entre migración y desarrollo y el papel que éste debe desempeñar a la hora de alcanzar los objetivos del Pacto Mundial para la Migración.

Es en la letra f) donde se hace del derecho internacional de los derechos humanos no sólo un límite para el ejercicio de la soberanía sino también una fuente de obligaciones para los Estados. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos se convertirá en el parámetro de legalidad y de legitimidad incontestable a la hora de examinar la aplicación del Pacto y emitir un juicio sobre los resultados alcanzados de conformidad a los compromisos asumidos, porque esta letra f) se formula de manera más prescriptiva que el resto de principios al afirmar que:

“El Pacto Mundial se basa en el derecho internacional de los derechos humanos y defiende los principios de no regresión y no discriminación. La aplicación del

subyacentes que afectan el movimiento seguro, ordenado y regular de las personas, debemos reconocer y tener en cuenta los diferentes contextos, realidades, capacidades y niveles nacionales de desarrollo de los Estados Miembros y respetar sus políticas y sus prioridades nacionales”, A/73/PV.60, p. 14.

⁷⁰ Así véase la letra d) “*Estado de derecho y garantías procesales*. El Pacto Mundial reconoce que el respeto del estado de derecho, las garantías procesales y el acceso a la justicia son fundamentales para todos los aspectos de la gobernanza migratoria. Esto significa que el Estado y las instituciones y entidades públicas y privadas, así como las propias personas, están sujetas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, y son compatibles con el derecho internacional”.

Pacto Mundial asegurará el respeto, la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración. También reafirmamos el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes y sus familias, como el racismo, la xenofobia y la intolerancia”.

Las letras g) sobre la perspectiva de género y h) sobre la perspectiva infantil tienen por fin ampliar los contenidos de ese derecho internacional de los derechos humanos aunque disminuyendo ya el carácter prescriptivo de su formulación salvo en lo que respecta al interés superior del menor.

Las letras i) y j) sobre los enfoques “pangubernamental” y “pansocial” hacen de estos enfoques una forma de aproximarse al fenómeno migratorio que incorpora no sólo todos los niveles de gobierno del Estado sino también todos los sectores sociales implicados en los movimientos migratorios de los que se ocupa el Pacto Mundial para la Migración.

No se encuentra entre estas letras ninguna que se refiera al principio de non-refoulement como un principio propio del Pacto Mundial para la Migración y ello es así porque sólo se aborda su respeto en el marco de la devolución y la expulsión como un objetivo entre los que los Estados decidirán elegir. Y esta afirmación se deriva porque China, aunque haya apoyado el Pacto y haya votado a su favor, expresamente objetaría la aplicación del principio de non-refoulement a los movimientos migratorios. Por ello, el Objetivo 21 y el primero apartado en el que se desarrolla queda diluido por los posicionamientos de los Estados aunque en él se hubiesen comprometido a:

“...a facilitar el regreso en condiciones de seguridad y dignidad y cooperar al respecto, y a garantizar el debido proceso, la evaluación individual y vías de recurso efectivas, respetando la prohibición de la expulsión colectiva y la devolución de los migrantes cuando corran un riesgo verdadero y previsible de morir o sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, u otros daños irreparables, de conformidad con nuestras obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos”.⁷¹

2. Los Objetivos del Pacto Mundial para la Migración

El Pacto Mundial para la Migración contiene 23 objetivos que se complementan con actuaciones factibles -“*actionable*”- y que se consideran buenas prácticas que los Estados pueden llevar a cabo incorporándolas en sus políticas nacionales así como en su cooperación multilateral e institucional. Sin embargo, este conjunto de propuestas adolece de una enorme heterogeneidad en la medida en que con estos objetivos se persigue cartografiar los aspectos más problemáticos de los movimientos migratorios sin que pueda percibirse claramente un compromiso para la acción concertada institucional que garantice su consecución.

⁷¹ Véase el Objetivo 21 y el apartado 37 del Pacto Mundial para la Migración.

A estos 23 objetivos ya se le han aplicado distintas clasificaciones que vamos a presentar al tiempo que haremos una propuesta de clasificación propia. Para ello, partiremos de los 23 objetivos del Pacto que reproducimos a continuación:

1. Recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica.
2. Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen.
3. Proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración.
4. Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada.
5. Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular.
6. Facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente.
7. Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración.
8. Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos.
9. Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes.
10. Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional.
11. Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada.
12. Aumentar la certidumbre y previsibilidad de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación.
13. Utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas.
14. Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio.
15. Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos.
16. Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social.
17. Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración.
18. Invertir en el desarrollo de aptitudes y facilitar el reconocimiento mutuo de aptitudes, cualificaciones y competencias.
19. Crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países.
20. Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes.
21. Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible.
22. Establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas.
23. Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular.

Así, Vincent Chetail los distingue en 5 grupos atendiendo a los siguientes criterios:

- Objetivos que abordan los motivos de la migración e invierten en el desarrollo sostenible (2, 19 y 20).
- Objetivos relativos a la gestión de fronteras para facilitar los movimientos transfronterizos seguros y regulares para prevenir la migración irregular (Objetivos 4, 5, 9, 10, 11, 12 y 21).
- Objetivos relativos a la protección de los derechos humanos de los migrantes y que promueven su inclusión en los estados de acogida (Objetivos 6, 7, 8, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 22).
- Objetivos que persiguen el fortalecimiento de la cooperación internacional y asociaciones globales (Objetivo 23).
- Objetivos relativos a la mejora de los datos y de la información (Objetivos 1 y 3).

A partir de su clasificación y de su análisis, Chetail considera que con ellos se ha llevado a cabo una recopilación y un ejercicio de consolidación de los objetivos de los principales instrumentos de *soft law* sin que se pueda considerar que se hayan incorporado nuevos, más allá de llevar a cabo propuestas de medidas nacionales.⁷²

Por su parte, Kathleen Newland agrupa los objetivos en tres cestos en razón del desafío que estos representan, así:

- El primer cesto estaría compuesto de las “medidas específicas y relativamente poco controvertidas, como mejorar los datos de migración (Objetivo 1), garantizar que los migrantes tengan pruebas de su identidad legal (Objetivo 4), mejorar los servicios consulares para los migrantes (Objetivo 14) y facilitar las transferencias de remesas (Objetivo 20)”.
- El segundo se ocuparía de los “temas específicos pero controvertidos, como abrir vías legales más amplias para los migrantes”.
- El tercero englobaría los “objetivos muy amplios y ambiciosos, tales como reducir los motores negativos de la migración (Objetivo 2), abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración (Objetivo 7), empoderar a los migrantes y las sociedades para la inclusión y cohesión social completa (Objetivo 16) y eliminar todas las formas de la discriminación y la promoción del discurso público basado en la evidencia (Objetivo 17)”.⁷³

Mi propuesta de clasificación entronca directamente con la naturaleza de *soft law* del Pacto Mundial para la Migración y del hecho de que muchos de estos objetivos tengan por fin último determinar cómo ha de ejercerse la soberanía en el marco nacional y, en particular, sobre cómo ha de realizarse el diseño de políticas públicas de gestión de la migración y de las fronteras. Por ello, propongo una clasificación en tres bloques en función de que los objetivos lleven a la adopción de políticas públicas mundiales, a la adopción de políticas y medidas nacionales y por último, en función de que los objetivos tengan una naturaleza transversal que les conecte con la protección de los derechos

⁷² CHETAİL, V., *op. cit.*, p. 333 y ss.

⁷³ NEWLAND, K., *loc. cit.*, p.4.

humanos y la promoción del desarrollo sostenible. Así, por tener los objetivos un destino nacional es necesario distinguir los objetivos que tienen una clara vocación de ser desarrollados en el ordenamiento interno, de aquellos objetivos que enmarcan y desarrollan la cooperación multilateral. También es necesario añadir un tercer bloque de objetivos de naturaleza transversal y que abordan las cuestiones migratorias desde su impacto directo en los derechos humanos así como las causas últimas que llevan a la movilidad transnacional.

A) Objetivos para la formulación de Políticas públicas mundiales de gestión migratoria. (Objetivos 1, 3, 7, 8, 9, 10, 14, 23)

Atendiendo a la necesidad de gestionar los flujos migratorios, los Objetivos pueden agruparse en función de que promuevan políticas públicas mundiales de gestión migratoria que en una segunda fase han de desarrollarse a través de la adopción de políticas públicas nacionales. Además, para formular estas políticas de manera adecuada se ha de contar con la información necesaria. Así el Objetivo 1 contribuye a generar la información y los datos necesarios para articular una política mundial mientras que el Objetivo 3 destinado a proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración también cumpliría esta función aunque de igual modo se pretende que tenga una función preventiva y disuasoria de la migración irregular. Los Objetivos 7, 8, 9 y 10 abordarían los peligros, amenazas y daños que pueden sufrir los migrantes como consecuencia del tráfico ilícito de migrantes o la trata de seres humanos.⁷⁴ El Objetivo 14 promueve la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio en un intento de desarrollar buenas prácticas y con la esperanza puesta en la adopción futura de una convención sobre la materia.

El corolario de las medidas destinadas a adoptar una política pública mundial para la gestión migratoria sería el Objetivo 23 que prevé “fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular” aunque haya de interpretarse más allá para igualmente abordar el reverso de lo que persigue y evitar sus efectos negativos. Y por efectos negativos, nos referimos a que la formulación de políticas públicas mundiales restrictivas de la migración regular necesariamente conducirán al crecimiento de la migración insegura, desordenada e irregular ante la falta de vías legales abiertas para la migración no deseada.⁷⁵ Es por ello, que en el tercer bloque son

⁷⁴ Véase el discurso de la Canciller alemana: “We cannot allow human traffickers and smugglers to decide on whether someone from one country should enter another, robbing poor people of their money in the process. Ultimately, this money is then used for drug trafficking or the purchasing of weapons, which in turn makes these countries even more unsafe”.

⁷⁵ Así Thomas considera que “Yet the international legal order does not simply react to the phenomenon of irregular labor migration, but may also help to create it. In part, irregular labor migration can be seen as an epiphenomenon of dynamics of economic integration set into motion by international law itself, through liberalization of economic life generating effects of dislocation and displacement” y para ello apunta a la existencia de normas sobre migración regular en los Acuerdos de Libre Comercio de Norteamérica y Centroamérica que limitan la migración, THOMAS, Ch., “Mapping Global Migration Law, or the Two Batavias”, *AJIL Unbound*, Vol. 111, 2017-2018, pp. 505 y 506. En el mismo sentido, Costello critica que “Moreover, carrier sanctions are largely absent from the Compacts, a striking omission, given their central role in rendering refugees’ flight and mobility dangerous”, véase COSTELLO, C., “Refugees and (Other)

imprescindibles los objetivos que persiguen subsanar este problema fomentando el desarrollo sostenible en las comunidades de origen.

B) Objetivos que deben alcanzarse a través de la adopción de políticas públicas y medidas nacionales (Objetivos 4, 5, 6, 15, 16, 17, 18, 19)

Las políticas públicas migratorias mundiales deben desarrollarse a través de la adopción de medidas nacionales a través de la formulación de políticas específicas que contemplen aspectos como la migración regular y la integración de los migrantes legales en las sociedades de acogida. Ese sería el caso de los Objetivos 5, 6, 15, 16, 17, 18 y 19 que son un claro ejemplo de las medidas que conformarían que sería una *política pública de integración de la migración*, de la que sería muestra el “Plan estratégico de ciudadanía e integración” que menciona el Presidente Sánchez en la intervención de España en la Conferencia intergubernamental y que se propone adoptar con el fin de “impulsar políticas activas de integración de los migrantes, que contribuyan a crear sociedades más cohesionadas e inclusivas”.⁷⁶

Entre las prácticas que debieran adoptarse a través de medidas nacionales, estarían las que requieren que todas las personas cuenten con documentos de identidad (Objetivo 4) lo que permitiría alcanzar resultados en materia de migración legal, control de la migración irregular así como aspectos relativos al control de la seguridad interior y en frontera, lo que también se conseguirá a través de las medidas nacionales del segundo bloque.

De igual modo, y en virtud del principio de la soberanía del Estado, a los Estados les corresponde gestionar de manera segura sus fronteras al tiempo que garantizar procedimientos migratorios “para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación” (Objetivos 11 y 12), lo que siguiendo a los principios, deberá hacerse de conformidad con el derecho internacional.

C) Objetivos que tienen una naturaleza transversal y que se refieren a la protección de los derechos humanos, la cooperación al desarrollo y al desarrollo sostenible (Objetivos 2, 13, 19, 20, 21 y 22).

Como ya he señalado, este tercer bloque de objetivos desempeña una función fundamental no sólo por lo que se evidencia como un deseo de respetar y preservar los derechos básicos de todos los migrantes sino también y especialmente, los de aquellos a los que se les denegará el estatus de migrante legal, al asumir una política restrictiva de la migración regular por considerarse ésta necesaria para la gestión adecuada en razón de las capacidades de los Estados de destino y de las necesidades de su mercado laboral. Por

Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, Vol XX, No XX, 1–7, p. 2.

⁷⁶ Intervención del Presidente del Gobierno, Conferencia Intergubernamental sobre el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, Marraquech, 10 de diciembre de 2018, p. 2, disponible en la Web, <https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/spain.pdf> consultada por última vez el 17 de Mayo de 2019.

ello, atendiendo a la necesidad de preservar los derechos humanos de quienes participan en los flujos migratorios pero no podrán beneficiarse de las vías de la migración legal, el Objetivo 2 promueve la mejora de las condiciones para que las personas no abandonen sus hogares, el 13 las condiciones de las personas que serán detenidas para también se busquen alternativas a la detención y los Objetivos 19, 20, 21 y 22, aunque también se puedan referir a migrantes regulares, abordan los vínculos de los inmigrantes irregulares con sus estados y comunidades de origen a los que regresarán expulsados, y con el estigma del fracaso, para lo que se intentará “facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible”^[17] (Objetivo 21). Sin embargo, el problema del fomento del retorno voluntario no se ha abordado de una manera distinta a lo que lleva haciéndose en las últimas décadas y que ha fracasado. Las palabras de Louise Arbour, representante especial del Secretario General para la migración internacional, si bien son esperanzadoras, no contienen una fórmula nueva ni promesas de un cambio:

“Y para los millones que han abandonado su tierra natal, ya sea recientemente o hace mucho tiempo, la mayoría de ellos en pleno cumplimiento de la ley, tenemos mucho más que ofrecer: la oportunidad de regresar a casa, después de años en el extranjero, volviendo con sus habilidades y los frutos de su trabajo, o una posibilidad mayor de ver a sus hijos tener un futuro mejor en un país del que estarán orgullosos de llamar hogar”.⁷⁷

Hasta cierto punto, con los objetivos transversales se aborda el hecho de que las causas de la migración desordenada, insegura e irregular se encuentran tanto en los problemas de desarrollo⁷⁸ como en las medidas restrictivas de la migración regular que han impuesto los países desarrollados. Por eso, desde el inicio de la negociación del Pacto, estos objetivos estarían marcados por su relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible así como con la Agenda 2030.⁷⁹

Por último quisiera señalar que estos objetivos transversales han sido objeto de críticas diversas por parte de los Estados que votaron en contra o se abstuvieron pero también por aquellos que votaron a favor y quisieron mostrar su discrepancia sobre el tipo de medidas propuestas para la consecución de los objetivos, por considerar que excedían sus capacidades e iban más allá de las responsabilidades que estaban dispuestos a asumir. Por

⁷⁷ Así ARBOUR dirá en su discurso final en Marraquech que “And to the millions who have left their homeland, either recently or a long time ago, most of them in full compliance with the law, we have much more to offer: whether an opportunity to return home, after years abroad, taking back with them their skills and the fruits of their labour, or whether an increased chance to see their children having a better future in a country that they will be proud to call their home”, disponible en Internet en <https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/GCM-Statements/closingremarksarbour.pdf> consultado por última vez el 18 de Mayo de 2019.

⁷⁸ Así, Anne Peters critica que “the responsibilities of the states of origin to improve living conditions so as to forestall the desire or need for migration are not mentioned in the Compact; neither is overpopulation”, PETERS, A., *loc. cit.*, p.2.

⁷⁹ Véase en este sentido GUILD, E., “The UN’s Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration”, *German Law Journal*, Vol.18, N°7, 2017, p. 1780.

ello y reivindicando el amplio margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de determinar su nivel de compromiso, el Reino Unido manifestaría que “incumbe a cada Estado decidir si y cómo van a seguir esos ejemplos al elaborar sus políticas nacionales”.⁸⁰

| Objetivos | Políticas públicas mundiales | Políticas públicas nacionales | Cuestiones transversales |
|--|------------------------------|-------------------------------|--------------------------|
| 1. Recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica | * | | |
| 2. Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen | | | * |
| 3. Proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración | * | | |
| 4. Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada | | * | |
| 5. Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular | | * | |
| 6. Facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente | | * | |
| 7. Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración. | * | | |
| 8. Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos ^[11] _[SEP] | * | | |
| 9. Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes ^[11] _[SEP] | * | | |
| 10. Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional ^[11] _[SEP] | * | | |
| 11. Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada ^[11] _[SEP] | | * | |
| 12. Aumentar la certidumbre y previsibilidad de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación ^[11] _[SEP] | | * | |
| 13. Utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas ^[11] _[SEP] | | | * |
| 14. Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio ^[11] _[SEP] | * | | |
| 15. Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos ^[11] _[SEP] | | * | |
| 16. Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social ^[11] _[SEP] | | * | |
| 17. Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración ^[11] _[SEP] | | * | |
| 18. Invertir en el desarrollo de aptitudes y facilitar el reconocimiento mutuo de aptitudes, cualificaciones y competencias ^[11] _[SEP] | | * | |
| 19. Crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países ^[11] _[SEP] | ** | | * |
| 20. Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes ^[11] _[SEP] | ** | | * |
| 21. Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible ^[11] _[SEP] | ** | | * |

⁸⁰ A/73/PV.60, p. 23.

| | | | |
|--|----|--|---|
| 22. Establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas ^[11] _[SEP] | ** | | * |
| 23. Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular ^[11] _[SEP] | * | | |
| * Objetivos que responden a una de las categorías expuestas. ^[11] _[SEP] ** Objetivos de naturaleza transversal que podrían también inspirar políticas públicas mundiales desde sectores normativos como el Derecho internacional de los derechos humanos o el Derecho internacional de la cooperación al desarrollo | | | |

V. UN SISTEMA INSTITUCIONAL *SOFT* PARA EL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN

Acorde con la naturaleza de *soft law* del Pacto Mundial para las Migraciones, el sistema institucional que lo ha de acompañar también tendrá una naturaleza blanda, sustentada sobre las sinergias institucionales que se espera que se desarrollen a través de una acción conjunta e intersectorial de la ONU y de la OMI así como de un sistema de cumbres que se celebrarán cada 4 años para evaluar los resultados alcanzados. Será en este sistema de cumbres donde, en palabras del representante de los países de África, “la aplicación y el examen del Pacto serán de dirección y titularidad estatales”.⁸¹

Este sistema institucional también salva una laguna⁸² respecto a la coordinación y reparto de mandatos y competencias en gestión migratoria de las instituciones internacionales y que solventan la Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial para la Migración al haber atribuido a la OIM el protagonismo en la gestión de las cuestiones más relevantes en la cooperación sobre movilidad, mientras que el papel del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados con su estructura consolidada se reflejaría en el Pacto Mundial para los Refugiados.

1. El Papel de la Organización Internacional de las Migraciones

La OIM se habría unido al grupo de las organizaciones internacionales pertenecientes a la familia de las Naciones Unidas precisamente en Julio de 2016,⁸³ con motivo de la adopción de la Declaración de Nueva York y con el propósito de convertirse en uno de sus organismos especializados y comandar el futuro del Pacto Mundial para la Migración. La cooperación de la ONU y de la OMI se habría sellado a través de la Resolución 70/296 y con ella se estrecharía la relación jurídica y de trabajo entre ambas, al tiempo que se reconocería a la OMI su condición de organismo principal a escala mundial en el ámbito

⁸¹ Véase la explicación del voto a favor del Representante de Comoras y de los países de Africa en la 60ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de 19 de Diciembre de 2018, p.

⁸² Hace años Betts habría criticado esta laguna al señalar que “there is a lack of clear division of responsibility among international organisations for protection of vulnerable migrants, especially on an operational level. These gaps pose problems both because they lead to unfulfilled protection needs and to a lack of guidance for states on how to respond to these protection needs”, BETTS, A., *loc. cit.*, pp. 335-336.

⁸³ Véase GUILD, E., GRANT, S. & GROENENDIJK, K., “IOM and the UN: Unfinished Business”, *School of Law Legal Studies Research Paper* No. 255/2017, Queen Mary University of London, 2017.

de la migración.

Ahora, esta organización que se encuentra dirigida por el antiguo Comisario de Asuntos de Interior de la Comisión Europea, Antonio Vitorino, será además la responsable de conformar la Red de las Naciones Unidas sobre la migración, la UN Migration Review Network, a la que servirá como Secretaría. En esta Red, estados y organizaciones deberán abordar las cuestiones transversales y aspectos de gestión. La experiencia que ha desarrollado la OIM a lo largo de su existencia será fundamental para ello y se pondrá al servicio de esta Red para coordinarla de manera eficaz, evitando la duplicación de esfuerzos y trabajando de forma sinérgica con el sistema de las Naciones Unidas para el desarrollo.⁸⁴

No deja de sorprender, sin embargo, que no se haya atribuido un mayor papel a la Organización Internacional del Trabajo y que tampoco se haya hecho un reconocimiento mayor tanto a sus instrumentos convencionales sobre la migración regular como a los instrumentos de *soft law* ya adoptados por esta organización⁸⁵ y que pudieran haber servido de referencia necesaria para ciertas cuestiones relativas a la integración de los migrantes en el mercado laboral. Una posible explicación vendría dada por la necesidad de articular una solución unitaria desde el plano institucional frente la fragmentación que existe en el plano de las normas que abarcan el fenómeno migratorio⁸⁶ y que alcanza a normas de tratados sobre derechos humanos, derecho humanitario, derecho del trabajo o derecho penal internacional. Así se espera que a través de la acción institucional de la OMI y de las estructuras que se deriven del Pacto se abordarán los problemas de fragmentación institucional que supondría tener que repartir tareas a cada una de las instancias internacionales competentes en ámbitos transversales específicos. Esta cuestión tendrá que encontrar respuesta en la práctica, y en el modo en que la OIM abordará los aspectos relativos a los derechos humanos de los migrantes que habrían sido hasta ahora analizados por los órganos de los instrumentos convencionales tales como el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial o también el Alto Comisionado para los Derechos Humanos.⁸⁷

Por otra parte, los Estados también han expresado sus expectativas sobre la OIM al mencionar en sus Declaraciones en Marraquech y en sus explicaciones de voto en el seno de la Asamblea General lo que esperan de ella: desde Hojas de ruta hasta un mayor papel en la gestión de las crisis que se produzcan.⁸⁸ También esperan que:

“la OIM actúe como coordinadora y secretaria de todos los componentes de la Red. Esperamos que la Red funcione de manera transparente e inclusiva. En

⁸⁴ 60ª Sesión, A/73/PV.60, p. 15.

⁸⁵ Véase por ejemplo ILO, “ILO Multilateral Framework on Labour Migration: Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration”, 2006.

⁸⁶ Sobre la cuestión de la fragmentación normativa en el campo migratorio, véase THOMAS, Ch., *loc. cit.*, p. 504, y SPIRO, P. J. “The Possibilities of Migration Law”, *AJIL Unbound*, Vol. 111, 2017-2018, p. 3.

⁸⁷ Véase OHCHR and Migration, <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/>

⁸⁸ Véase en este sentido la Declaración de Luxemburgo.

cuanto a la cuestión de su funcionamiento, la Red debe tener en cuenta las opiniones y preocupaciones de los Estados Miembros y aprovechar plenamente los conocimientos especializados y las capacidades de sus miembros de las Naciones Unidas, respetando en todo momento sus diversos mandatos.”⁸⁹

Por otra parte, los Estados participantes en el proceso de negociación del Pacto Mundial para la Migración mostraron con la suficiente claridad su deseo de no desarrollar mecanismos tradicionales que condujeran a la evaluación de sus comportamientos⁹⁰ y por ende a la responsabilidad derivada de ellos, lo que constituye el precio a pagar por un Pacto que tiene por fin último influir en el modo en que los estados ejercerán sus competencias internas en materia migratoria. Es por ello, que ya en la sede de la Asamblea General, se pondría la creación del Foro de Examen de la Migración Internacional.

2. El Foro de Examen de la Migración Internacional

Tras la aprobación en Marrakech del Pacto Mundial para la Migración, en la Asamblea General se decidiría igualmente contribuir al proceso de su seguimiento. Así se concretaría el párrafo 49 a) del Pacto señalando que, “habida cuenta de que la migración internacional requiere un foro a nivel mundial en el cual los Estados Miembros puedan examinar los progresos de su aplicación y orientar la labor de las Naciones Unidas, los Jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes decidirán que el diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo que está programado para celebrarse cada cuatro períodos de sesiones de la Asamblea General se replantee y pase a denominarse “Foro de Examen de la Migración Internacional”, comenzando en 2022”.⁹¹ Hasta que llegue ese momento, aún quedan muchas cosas pendientes de decidir ya que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 54 del Pacto Mundial, se solicitará a la Presidencia de la Asamblea General que inicie y concluya en 2019 consultas intergubernamentales abiertas, transparentes e inclusivas para establecer las modalidades y aspectos concretos de la organización del Foro de Examen de la Migración Internacional y determinar la manera en que los exámenes regionales y otros procesos pertinentes contribuirán a las deliberaciones del Foro, como medio para seguir aumentando la eficacia y coherencia general de las actividades de seguimiento y examen indicadas en el Pacto Mundial.⁹²

⁸⁹ Véase la explicación de voto de Bangladesh, *A/73/PV.60*, p. 20.

⁹⁰ El Embajador D. Donoghue enfatizaría que “From the negotiations on the GCM, and also on the preceding New York Declaration, it is clear that in certain parts of the world there is little appetite for international scrutiny and accountability in relation to migration policy and commitments. This is a political reality with which we must live, and Marrakech provided renewed evidence of it. The UN will have a delicate task to perform as it tries to support states in their implementation of the GCM, treading a line between respecting national sensitivities and maintaining a clear focus on the many commitments entered into by states in this agreement”, *Ibidem*.

⁹¹ Véase el Acta de la Sesión plenaria de la Asamblea General celebrada el 19 de Diciembre de 2018, *A/73/PV.60*, p. 2.

⁹² Por ello, una vez se adopten las decisiones sobre las modalidades, el formato y la organización de los foros en 2019, de conformidad con el párrafo 54 del Pacto Mundial, el Secretario General presentará los costos correspondientes de tales requisitos, en cumplimiento del artículo 153 del reglamento de la Asamblea General.

En el año 2022, cuando se reúna por primera vez, será la hora de la verdad para el Pacto Mundial para la Migración, porque el Foro examinará la información que periódicamente habrán debido de aportar los Estados sobre su puesta en práctica. Será entonces y gracias a ello, cuando los Estados como jueces últimos del proceso se constituirán como Foro intergubernamental donde discutirán y expondrán los progresos conseguidos en la aplicación de todos los aspectos del Pacto y donde identificarán las mejores prácticas en los distintos niveles de su aplicación: a nivel local, nacional, regional y mundial. También ese será el momento para “detectar oportunidades de aumentar la cooperación”.⁹³ Será en esta plataforma mundial donde se ponga en evidencia que en el Pacto no se prevén mecanismos de sanción sino tan sólo vías de promoción del cumplimiento extremadamente blandas y al gusto de los Estados, sin responsabilidad y sin sanciones. Cualquier intento de conseguir que los Estados asuman la responsabilidad de sus acciones será en razón de su grado de cumplimiento con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que sí les serán exigibles en el marco del ejercicio de su soberanía nacional que siempre deberá realizarse “*de conformidad con el derecho internacional*”.

V. CONCLUSIONES

No ha sido el altruismo o el humanismo sino el egoísmo del interés nacional⁹⁴ el que ha llevado a aceptar una propuesta de Pacto Mundial para la Migración, impensable si no fuera por el contexto de crisis migratoria mundial, que no puede ser abordado a través de respuestas individuales o unilaterales como las que quiere Estados Unidos. Con enormes diferencias distanciando las posiciones de los Estados que lo han adoptado, el Pacto se convierte en la fuente de las nuevas reglas del juego para la gestión de un problema que las fórmulas pasadas no han hecho más que empeorar. Estas diferencias se salvan gracias a los principios que si bien se incardinan en la Carta de las Naciones Unidas y en el Derecho internacional de los derechos humanos ahora se intentan redefinir desde la afirmación del multilateralismo y “el enfoque de la responsabilidad compartida y la solidaridad”. De esta manera, tanto los países de destino, como los países de origen de las antiguas colonias de África, Pacífico y Caribe o los de Asia o los de América Latina que siempre habían querido ver un reconocimiento del pasado en las políticas migratorias, han aceptado un marco de referencia del que escoger fórmulas consensuadas con las que resolver los problemas comunes.

Es por ello que el proceso de negociación del Pacto Mundial para la Migración ha sido en sí mismo un logro de los Estados soberanos, guiados por la ONU y por la OMI. Y de este proceso ha surgido un entendimiento sobre lo que debe ser la gobernanza migratoria mundial, en tanto que cooperación multilateral para la gestión de los flujos migratorios

⁹³ Véase el párrafo 49 del Pacto Mundial para la Migración.

⁹⁴ Así, por ejemplo, la Canciller alemana señalará que el interés de Alemania se ciñe a los trabajadores cualificados que necesita, diciendo que “So we will be reliant on legal migration as far as qualified experts are concerned and will need to talk to other countries about what is in our interests”, *loc. cit.*

masivos a través de una política pública global inspirada en “principios, entendimientos y compromisos” que garanticen el respeto del estándar mínimo de derechos de todos los migrantes, de conformidad con el Derecho internacional general. Este entendimiento común servirá para que a través de la práctica de los Estados se consolide una *lex migrationis*, que en las últimas décadas se ha venido conformando a partir de los numerosos instrumentos normativos y de *soft law* que de manera fragmentaria se han adoptado en las distintas instancias internacionales.

Desde un punto de vista jurídico, esta *lex migrationis* aunque formulada en un documento de *soft law* no carece de ambición, antes bien, será el horizonte normativo para la cooperación entre estados, así como el modelo para la reformulación de conceptos fundamentales para toda política migratoria nacional por muy aislada que se pretenda mantener de la influencia jurídica de convenciones y normas consuetudinarias. Porque el Pacto Mundial para la Migración incorpora conceptos, estándares, principios que potencialmente tienen la capacidad de redefinir las competencias soberanas, haciendo de ellas la expresión de una soberanía más humanizada. Por ello, los Estados han querido prevenir tales efectos reafirmando sus derechos soberanos a establecer sus políticas migratorias. Por eso, una de las novedosas aportaciones del Pacto consiste en adoptar un enfoque de *bottom-up* en el que se parte de la propuesta de cada uno de los Estados y que debe ser respetuosa con el principio de soberanía del Estado en virtud del cual, éste reivindica su competencia exclusiva para desarrollar sus políticas nacionales de gestión de la migración y de sus fronteras, si bien, “de conformidad con el Derecho internacional”.⁹⁵

El *Estado de Derecho*⁹⁶ en el marco del Pacto Mundial para la Migración cobra un nuevo significado en la medida en que consagra un límite a la soberanía del Estado que ya no encuentra contestación, como es el de las garantías procesales debidas a toda persona con independencia del estatuto jurídico que la asista. De esta manera, explicitando su valor, las garantías procesales son los únicos límites aceptados por los Estados en el ejercicio de su soberanía y son además la sustancia del estándar mínimo de derechos que se reconoce a toda persona.

Con el Pacto Mundial para la Migración también se han dan los primeros pasos para conformar también una estructura institucional *soft*, una nueva arquitectura de la cooperación institucional e interestatal que liderará la OMI y que ésta contribuirá a diseñar y consolidar. Criticar la gobernanza *soft* que establece el Pacto Mundial para la Migración cuando antes no existía ninguna de tal naturaleza conduce necesariamente a un juicio negativo sobre la debilidad institucional del multilateralismo. Sin embargo, ha sido siempre a través de fórmulas *soft* como se han sentado las bases de lo que con el tiempo se conformarían como mecanismos de promoción y control del cumplimiento

⁹⁵ Como recordaría el Presidente Pedro Sánchez en su declaración al señalar que “Los Estados tienen derecho a definir sus propias políticas migratorias y defender sus fronteras pero no a violar los derechos humanos reconocidos internacionalmente”, p. 2.

⁹⁶ Sobre el concepto de Estado de Derecho en el Derecho internacional y europeo véase como obra de referencia LIÑÁN NOGUERAS, D.J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. (Dirs.), *Estado de derecho y Unión Europea* Tecnos, 2018.

multilaterales, salvando intentos unilaterales o regionales de hacer prevalecer una visión. Los logros que se han alcanzado en la Conferencia de Marrakech y en la Asamblea General de las Naciones Unidas deben ahora afianzarse con el desarrollo en los próximos años de unos órganos de control con los que se alcance la cohesión y la continuidad que no ha sido posible conseguir a través de los múltiples foros regionales que una y otra vez se han sucedido y donde nunca se han llegado a alcanzar resultados sobre una estructura institucional adecuada. Estos mecanismos *soft* de control del cumplimiento del Pacto se basarán en una acción voluntaria y concertada en el Foro de Examen de la Migración Internacional de diverso perfil donde se seleccionarán buenas prácticas e historias con éxito que, además de evitar cualquier responsabilidad o enjuiciamiento por los fracasos, pondrán en valor los compromisos que sean alcanzados.⁹⁷

Como afirmara Louise Arbour, “el trazado de líneas en los mapas nunca ha sido suficiente para confinar a las personas cuyas necesidades, ambiciones, sueños y oportunidades expandieron sus horizontes”.⁹⁸ Sin embargo, una de las cuestiones que no se han abordado es la relación de causa y efecto sobre la migración irregular de la disminución creciente de las vías de migración legal.⁹⁹ Durante la crisis económica muchos países y entre ellos España, dejaron a cero la cuota de mano de obra inmigrante. Es por ello, que en el futuro, la puesta en práctica del Pacto Mundial para la Migración ha de mitigar la formulación de políticas públicas mundiales restrictivas de la migración regular que necesariamente conducirán al crecimiento de la migración insegura, desordenada e irregular ante la falta de vías legales abiertas para la migración no deseada. Será entonces cuando se deberá demostrar que el objetivo último del Pacto Mundial de la Migración no es la contención de los flujos migratorios sino su gestión humanizada de conformidad con el Derecho internacional.

⁹⁷ El Embajador Daniel Donoghue habría expresado al respecto que “Monitoring a non-binding agreement with no agreed benchmarks or targets is, of course, challenging. However, in addition to the four-yearly International Migration Review Forum, there will be a number of other processes that will enable us to keep track of implementation on an on going basis. The Global Forum on Migration and Development will provide space for informal exchanges. Regional platforms and processes will have a role to play (bearing in mind that most migration takes place within regions). And fora such as IOM's International Dialogue on Migration will also make an important contribution, helping to disseminate best practices and innovative approaches. Altogether these fora will, I hope, facilitate detailed monitoring and evaluation of the steps being taken by states to implement the GCM. The emphasis should be on mutual support, lesson-learning and partnership”, “The UN system needs to rise to the challenge”, in ODI, *loc.cit.*

⁹⁸ ARBOUR, L., “Statement by Louise...”, *loc.cit.*

⁹⁹ En este sentido, FORESTI, M., *loc. cit.*, p. 2.