



Antonio Vázquez/CICR

ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS Y OTRAS SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LAS AMÉRICAS



**ACCESO A LA JUSTICIA DE
LAS PERSONAS MIGRANTES,
REFUGIADAS Y OTRAS SUJETAS DE
PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN
LAS AMÉRICAS**

ÍNDICE

Preámbulo	8
Abreviaturas y siglas	10
Introducción: alianza en favor del acceso a la justicia de personas migrantes y sujetas de protección internacional. Aportes desde la sociedad civil	12
Nancy Pérez García, exdirectora general de Sin Fronteras, IAP, defensora de derechos humanos de personas migrantes y sujetas de protección internacional	
Capítulo 1: Consideraciones generales sobre el acceso a la justicia de personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional	16
1. Las barreras al acceso a la justicia de las personas en contexto de movilidad	17
– Felipe González Morales, Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas y profesor de la Universidad Diego Portales de Chile.	
2. El rol judicial y la protección de los derechos de las personas migrantes en México	23
– Juan N. Silva Meza, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, período 1995-2015.	
– Luna Mancini, abogada, ensayista y docente.	
3. El papel de las y los defensores de derechos humanos en el contexto de movilidad humana	30
– Sandra Elizabeth Álvarez Orozco, coordinadora de atención y servicios de Sin Fronteras IAP.	
4. La importancia del apoyo psicosocial en el litigio de casos de personas en el contexto de movilidad	37
– Carolina Carreño Nigenda, subdirectora de Agendas Emergentes de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México.	
5. Características de un recurso efectivo para personas migrantes	44
– Luis Xavier Carrancá Álvarez, asesor jurídico de la Clínica Jurídica para Refugiados Alaíde Foppa.	

Capítulo 2: El acceso a la justicia de personas migrantes y refugiadas en el derecho internacional	50
6. Sistema universal de derechos humanos; normas y estándares universales sobre personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas	51
- Álvaro Botero Navarro, miembro y vicepresidente del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de las Naciones Unidas y coordinador de la Unidad de Refugiados y Desplazamiento Forzado de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la Organización de los Estados Americanos (OEA).	
7. Acceso a la justicia: su importancia para la protección internacional de los refugiados	58
- Juan Carlos Murillo González, representante regional del ACNUR para el sur de América Latina.	
8. El acceso a la justicia de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas: estándares interamericanos	64
- Romina I. Sijniensky, secretaria adjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	
9. La protección de personas migrantes en el derecho internacional humanitario	70
- Mónica Oehler Toca, asesora jurídica para la Delegación Regional de México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja.	
10. El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular: un camino para garantizar el derecho al acceso a la justicia de las personas migrantes	78
- Anne Althaus, Reshma Mathews, Ghazzal Maydanchi, Gianna Sanchez Moretti, de la Unidad de Derecho Migratorio Internacional de la Organización Internacional para las Migraciones (IML Unit-OIM/ONU Migración).	
11. Derecho penal internacional y el acceso a la justicia de las personas desplazadas forzadas	85
- Álvaro Botero Navarro, miembro y vicepresidente del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de las Naciones Unidas y coordinador de la Unidad de Refugiados y Desplazamiento Forzado de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la Organización de los Estados Americanos (OEA).	
- Sarah Meneses Pajuelo, especialista de la Unidad sobre Refugiados y Desplazamiento Forzado del Departamento de Inclusión Social de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la OEA.	

12. La pandemia del COVID-19 y la protección de los derechos de las personas en el contexto de la movilidad humana	92
- Jessica Ramírez Moreno, abogada del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).	
- Marcela Martino Aguilar, subdirectora del Programa para Centroamérica y México Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).	
Capítulo 3: Análisis de las sentencias por temas	99
13. Estados de cosas inconstitucional en atención a las personas desplazadas: Colombia y El Salvador	100
- Iris Marín Ortiz, constitucionalista, experta en derechos de las víctimas y justicia transicional.	
14. El derecho a la libre circulación y residencia: una breve mirada al rol de la justicia constitucional en Ecuador	106
- Daniela Salazar, profesora del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador.	
- Daniel Caballero, profesor adjunto de la Universidad San Francisco de Quito y asesor en la Corte Constitucional.	
15. El derecho a buscar y recibir asilo: comentario a algunas sentencias adoptadas por tribunales de la región latinoamericana	112
-Mark Manly, Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México.	
- Uriel Salas, oficial asistente de enlace en la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México.	
16. El principio de no devolución	118
-Helen Kerwin, consultora independiente en temas de migración y derechos humanos.	
17. El derecho a la nacionalidad en tres sentencias constitucionales recientes	124
- Juan Ignacio Mondelli, oficial regional principal de protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.	
18. Derecho a no ser sujeto de expulsión arbitraria: un vacío legal de protección en el contexto colombiano	131

- Carolina Moreno, profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes de Colombia y directora de la Clínica Jurídica para Migrantes.

19. La prohibición de expulsiones colectivas en las Américas: desafíos y experiencias.....137

- Vicente Jiménez Guajardo, egresado de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile.

- Francisca Vargas Rivas, profesora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad de Diego Portales, Chile.

20. El rol judicial en la protección del derecho a la libertad personal de personas migrantes.....144

- Mónica Oehler Toca, asesora jurídica de la Delegación Regional para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja.

21. La portabilidad de derechos para personas migrantes desaparecidas y sus familias151

- Ana Lorena Delgadillo Pérez, directora ejecutiva y fundadora de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho (FJEDD).

- Eduardo Rojas Valdez, abogado en el área de defensa integral y litigio estratégico de la FJEDD y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

- Marisol Méndez Cruz, responsable de incidencia de la FJEDD.

22. La protección a la unidad familiar en casos de deportación y expulsión en América Latina158

- Helen Kerwin, consultora independiente en temas de migración y derechos humanos.

23. Jueces de derecho: esenciales en garantizar el derecho a la salud de las personas migrantes164

- Ivonne Garza, asociada del Instituto O'Neill para el derecho de salud nacional y global.

24. El derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes en las Américas: avances y vacíos de la jurisprudencia en la región.....170

- Lucía Ramírez Bolívar, coordinadora de investigaciones sobre Migración en el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

- Erin Formby, fellow en el área internacional de justicia.

- Rodrigo Uprimny, Dejusticia, socio fundador de Dejusticia, miembro de la Comisión Internacional de Juristas y del Comité DESC de Naciones Unidas.

25. Protección de personas LGBTI en contextos de movilidad humana177

- Gabriela Richard Rodríguez, jueza del Tribunal Administrativo Migratorio Costa Rica.

26. Protección de mujeres en contextos de movilidad humana183

- Lorena Cano, coordinadora jurídica del Instituto para las Mujeres en la Migración (IMUMI).

27. Los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de movilidad humana en la jurisprudencia latinoamericana: avances, retos, lagunas y restricciones189

- Pablo Ceriani, director de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), Argentina. miembro electo del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias (2022-2025).

28. El derecho a defender los derechos humanos de personas migrantes en México196

- Daniela Reyes, coordinadora de asilo de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos.

29. La reparación integral en los casos de personas en contexto de movilidad humana203

- Rosario Muñoz, secretaria de Primera Instancia y defensora pública coadyuvante de la Defensoría General de la Nación de la República Argentina en la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional.

El contenido de los artículos y las opiniones vertidas en la presente publicación son de responsabilidad exclusiva de sus autores y autoras y no representan o reflejan necesariamente las posiciones de las organizaciones que auspician esta compilación.

Editado por Mónica Oehler Toca, con el apoyo de Álvaro Botero y Ana Saiz para la construcción de contenidos de la publicación y reclutamiento de autores y autoras.

PREÁMBULO

La publicación *acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional en las Américas* tiene como objetivo describir y analizar el papel que ha tenido el poder judicial en la protección y garantía de los derechos humanos de las personas en el contexto de la movilidad humana. Esta iniciativa surge con motivo de los cinco años del Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia de Personas Migrantes, Refugiadas y otras Sujetas de Protección Internacional, ha logrado reunir un material muy valioso sobre resoluciones y sentencias que han utilizado los estándares más altos en materia de derechos humanos en donde el poder judicial ha tenido un poder protagónico en la protección de las personas en el contexto de la migración.

En este sentido, los artículos cortos que integran la presente publicación fueron escritos por expertos y expertas de las Américas con experiencias muy diversas como jueces y juezas, litigantes, defensores y defensoras de derechos humanos, académicos y personas que trabajan en organizaciones internacionales y regionales. Esto permite que la publicación cuente con diversas miradas, puntos de vista e interpretaciones sobre los retos en el acceso a la justicia, los avances que han existido en la región, así como los desafíos que siguen existiendo en esta temática. La variedad de nacionalidades de los autores y autoras nos ofrece un interesante análisis comparado de las principales temáticas resueltas por los tribunales en materia de movilidad humana y los retos que enfrentan diferentes países al resolver sobre los mismos asuntos.

La publicación inicia con una introducción sobre los antecedentes del Premio y el desarrollo que ha tenido esta iniciativa en estos cinco años y que permiten que esta publicación sea una realidad. Posteriormente, se encuentra una lista de abreviaturas comunes usadas a lo largo de la publicación con la intención de unificar, facilitar la lectura y reducir el tamaño de los artículos.

El capítulo primero aborda consideraciones generales sobre el acceso a la justicia de las personas migrantes y sujetas de protección internacional a través de artículos específicos que versan sobre las barreras al acceso a la justicia, la importancia del acompañamiento psicosocial en los casos de violaciones de derechos humanos y la necesidad de un recurso efectivo para el verdadero acceso a la justicia de esta población. Posteriormente, se analiza la importancia del rol que juegan en el acceso a la justicia los defensores y defensoras de derechos humanos, así como el papel judicial en la garantía de los derechos.

El capítulo segundo describe los derechos reconocidos para personas migrantes y sujetas de protección internacional en las distintas ramas del derecho internacional. Asimismo, ahonda en los estándares creados por organismos internacionales e interamericanos que han interpretado el contenido y alcance de dichos derechos. Los estándares más protectores en derecho internacional que se detallan en este capítulo pueden ser utilizados y replicados tanto por litigantes como por instancias nacionales para la protección de estas personas. En este sentido, esta sección cuenta con artículos especializados sobre derecho internacional de los derechos humanos (sistema universal e interamericano), derecho internacional humanitario, derecho penal internacional y derecho internacional de los refugiados.

Adicionalmente, incorpora un artículo sobre la importancia de los Pactos Mundiales para la Migración Segura, Ordenada y Regular y el Pacto Mundial sobre los Refugiados.

Finalmente, profundiza sobre lo resuelto en instancias nacionales de las Américas sobre derechos específicos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional. En este sentido, se presentan 17 artículos que abordan diferentes derechos de las personas migrantes, como el derecho a la libre circulación y residencia; a buscar y recibir asilo; el derecho a la no devolución; derechos económicos, sociales y culturales; reparación del daño, entre otros. Estos artículos ofrecen un análisis de los estándares específicos internacionales e interamericanos respecto a la temática que se aborda, así como un análisis de las sentencias en la región que han tratado sobre este tema.

A lo largo de la publicación se pueden encontrar diferencias y similitudes en los artículos que se presentan. En algunas de las temáticas abordadas se contaba con un material muy extenso de resoluciones judiciales, mientras que en otros fue difícil encontrar sentencias relevantes. Esto obedece a diversas razones, incluyendo las barreras al acceso a la justicia y a las temáticas que se han litigado en la región y han logrado llegar a sede judicial. Algunas sentencias son utilizadas en más de un artículo resaltando y haciendo énfasis en distintas partes o interpretaciones, esto ocurre debido a la interseccionalidad de los derechos humanos que permite que muchos de los temas se relacionen entre sí, como puede ser el caso de unidad familiar e interés superior del niño.

Este esfuerzo colectivo de reflexión y análisis en torno al acceso a la justicia de personas migrantes y sujetas de protección internacional es el primero en su tipo en las Américas y resulta fundamental, ya que permite conocer los estándares más altos que han sido reconocidos a nivel internacional, pero también a nivel nacional como derecho comparado. El conocimiento y la difusión de estos pronunciamientos invitan a una reflexión necesaria sobre los avances encontrados, pero también sobre los desafíos que siguen existiendo tanto para el acceso a la justicia como para el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional.

Lo anterior cobra relevancia dado que la movilidad humana seguirá siendo uno de los mayores retos humanitarios del siglo XXI. La migración es una realidad desde el inicio de la humanidad y los movimientos migratorios continuarán ocurriendo a pesar de la implementación de políticas restrictivas que privilegian un enfoque de seguridad nacional. Ante este escenario, los y las impartidoras de justicia tienen un papel fundamental, ya que, garantizando su independencia, pueden contrarrestar dichas políticas y garantizar que las personas migrantes gocen de manera efectiva de sus derechos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Art.: Artículo

Base de Datos Consuetudinaria CICR: Base de datos del CICR sobre Derecho Internacional Humanitario

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CAT: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

CCPR: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

CG: Convenios de Ginebra de 1949

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIPDF: Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

CIPTMF: Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

CIPST: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Convención de 1951: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

Corte-IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

DADDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Declaración de Cartagena: Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DIH: Derecho Internacional Humanitario

DIR: Derecho Internacional de los Refugiados

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

Estatuto de Roma: Estatuto de la Corte Penal Internacional

NNA: Niños, niñas y adolescentes

OACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

OIM: Organización Internacional para las Migraciones

PA: Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra

PIDESC: Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Premio Sentencias: Premio de Sentencias: Acceso a la Justicia de Personas Migrantes, Refugiadas y otras Sujetas a Protección Internacional.

Principios Interamericanos: Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, apátridas y las víctimas de la Trata de Personas.

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN: ALIANZA EN FAVOR DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. APORTES DESDE LA SOCIEDAD CIVIL

Nancy Pérez García¹

En las siguientes líneas se dará una pequeña introducción de los antecedentes de la presente publicación. Así, se relata el trabajo de Sin Fronteras en el acercamiento con el Poder Judicial en México hasta llegar a la creación del Premio Sentencias, que es inspiración para el contenido de este libro, puesto que utiliza varias de las sentencias que se han conocido y divulgado en la región a partir de esta experiencia.

Sin Fronteras es una organización que trabaja desde hace más de 25 años el tema de migración y protección internacional, en la Ciudad de México. Con su intervención contribuye a dignificar las condiciones de vida de la población migrante, refugiada y sus familiares a través de dos ejes de trabajo:

1) la atención directa a estas poblaciones a través de un modelo de intervención integral que promueve su autonomía; y 2) incidencia en los tres niveles y poderes de gobierno (desarrollo de documentos diagnósticos y técnicos; conducción de procesos de formación a diversos actores; procesos de articulación).

Dentro de su trabajo, **el eje de acceso a la justicia es prioritario, por ello en 2011 iniciamos una alianza estratégica y pionera de trabajo institucionalizado con la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN)**. Desde ese año, se ha logrado materializar una agenda de trabajo que ha ido fortaleciéndose.

El objetivo principal de esta alianza con el Poder Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México **en el mediano plazo consistía en involucrar y movilizar a los poderes judiciales de las Américas en torno a su responsabilidad frente a las agendas de migración y protección internacional, y contribuir mediante distintas acciones a garantizar los derechos de la población migrante, refugiada y sus familiares.**

Las discusiones de la agenda regularmente cuentan con participación de funcionarios de los poderes ejecutivo y legislativo, sin embargo, los procesos de incidencia y formación con el poder judicial no se realizaban con la misma intensidad desde la sociedad civil. Sin Fronteras identificó un área de oportunidad y una responsabilidad en abrir un espacio permanente de interlocución con el poder judicial mexicano, que diera pauta a un trabajo continuo con el poder judicial.

¹ Nancy Pérez García, exdirectora general de Sin Fronteras, IAP, defensora de derechos humanos de personas migrantes y sujetas de protección internacional.

Dentro de las acciones que Sin Fronteras ha impulsado e implementado durante más de 10 años en colaboración con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, destacan:

1. El trabajo con la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica (CCJ) de la SCJN. Procesos de formación en temas de migración y asilo dirigidos a impartidores de justicia mexicanos y actores locales a nivel nacional a través de las Casas de la Cultura Jurídica (CCJ) de la SCJN. Cubriendo a la fecha más del 80% del territorio mexicano. (El Programa inició en 2011 y tiene vigencia hasta la fecha). Ha sido fundamental el apoyo ininterrumpido de instituciones como el ACNUR (sede México) y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados de la Secretaría de Gobernación.

2. El desarrollo en 2012 del **Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional.**

En primer lugar, solicitamos a la SCJN incluir el tema de protección internacional, lo cual fue aceptado. En segundo lugar, dado que creíamos firmemente que las construcciones colectivas generan mejores resultados y alcances a más largo plazo, y debido a que se trataba de la primer herramienta en su naturaleza en el continente americano, desde Sin Fronteras se decidió conformar un consejo asesor para lograr la mejor herramienta posible que incluso desde su origen pudiera tener contenidos que fueran aplicables a otros países y convertirse así en un instrumento, de buena práctica para todo el continente.

Contamos con las valiosas contribuciones de las siguientes personas: Juan Carlos Murillo, asesor jurídico regional, Unidad Legal Regional del Buro de las Américas de la oficina de ACNUR, en Costa Rica; Álvaro Botero, abogado de la Relatoría sobre los Derechos de la personas Migrantes de la CIDH; Diego Morales, director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de estudios legales y sociales (CELS), de Argentina; Magistrado Salvador Mondragón, del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en México; Eileen Matus y José Roldán, investigadores del Centro de Investigación y docencia económica (CIDE); Fabienne Venet y Luis Enrique Graham del Patronato de Sin Fronteras.

Por supuesto, las contribuciones de todo el equipo del área legal de Sin Fronteras, en particular, las de Mónica Oehler, quien materializó de los contenidos, a partir de las intensas discusiones del Consejo. Los aportes brindados por el ACNUR (**Unidad Legal Regional del Buró de las Américas, Oficina del ACNUR en Costa Rica**) y la **Relatoría de Migrantes** fueron fundamentales para la buena conclusión y actualización de esta herramienta, así como para difundirla en México y otros países de la región.

El Protocolo contiene principios que, de acuerdo con los más altos estándares de protección de derechos humanos, deben regir la actuación de quien imparte justicia cuando debe garantizar derechos a una persona migrante o sujeta de protección internacional bajo jurisdicción del Estado mexicano. La herramienta está diseñada de tal forma que pueda ser útil y replicable en cualquier país de las Américas. Incluye tanto la normativa nacional aplicable como algunas de las mejores prácticas judiciales de la región. Ha tenido tres actualizaciones; la primera, en 2015; la segunda, en 2016; y la tercera, en 2021.

3. El desarrollo en 2013 del apartado de migrantes del **Protocolo Iberoamericano de actualización judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas**. En la reunión preparatoria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Guadalajara, México, se aprobó —por unanimidad— la realización del Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género.

Este Protocolo da continuidad a dos proyectos aprobados en ediciones anteriores de la Cumbre: la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, 2002) y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008).

Estos tres documentos tienen un denominador común; han sido elaborados con el interés de favorecer el acceso pleno a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad.

4. La creación del **Premio Sentencias: Acceso a la justicia de personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional arrancó en 2016 y tiene convocatorias anuales. Iniciativa innovadora y única en la Región**, que busca visibilizar, a través del reconocimiento, las mejores sentencias emitidas por jueces de la región en estas materias, que permitieran visibilizar los grandes retos que existen en cuanto al efectivo acceso a la justicia de estas poblaciones, pero también los pasos que se dan desde el poder judicial para avanzar en la protección y garantía de derechos de poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Esta iniciativa ha estado acompañada desde su origen por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Relatoría de los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ). Cada año se suman nuevos aliados que han dado su propia identidad al premio.

5. La coordinación general del **Foro Regional en materia de migración y protección internacional**, el cual se ha realizado anualmente desde 2015, auspiciado por la SCJN, y que ha sumado a instancias tan importantes como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Relatoría de los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de la Judicatura Federal, la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, entre otros.

6. En 2017 se formalizó una colaboración con la **Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal**. Las Jornadas de Discusión: las Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional ante el Sistema de Justicia Penal, impartidas en las Casas de Cultura Jurídica (CCJ) de la SCJN, cuyo objetivo fue el análisis de problemáticas y particularidades sustantivas y procesales involucradas en la judicialización de causas en las que están involucradas personas migrantes y refugiadas.

7. En julio de 2017 se firmó uno de los principales objetivos que teníamos proyectados realizar con el poder judicial mexicano. **Firmamos un Convenio Marco de Colaboración con el Instituto de la Judicatura Federal (IJF)** de la SCJN con duración de cuatro años. Iniciamos nuestra colaboración en octubre de 2017, impartiendo un curso sobre los temas de migración y protección internacional, dirigido a jueces y magistrados titulares del interior de la República Mexicana. Somos la única organización en México que ha firmado Convenio con el IJF en estas materias.

8. Finalmente, en 2018 se logró iniciar un proceso de formación a asesores y defensores del **Instituto Nacional de la Defensoría Pública**, consolidando así el trabajo con la SCJN.

Es importante el recuento de estos antecedentes porque el Premio Sentencias: Acceso a la justicia de personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional no nace como una iniciativa aislada, su éxito y crecimiento radica en que se ancla en una estrategia de largo plazo, trazada por una organización de la sociedad civil que, en alianza con diversas instituciones y personas clave, sumado a resultados y construcción de confianza, dando como resultado natural el nacimiento de iniciativas estratégicas, novedosas y permanentes en el tiempo y en las instituciones a pesar del cambio de quienes por tramos nos hemos ido sumando a ella.

El crecimiento en el número de países participantes así como el número de sentencias presentadas sin duda marcan un parteaguas ya que se comienza a colocar el tema en la agenda de los poderes judiciales, se genera discusión, se hace debate, se cuestiona, se propone y se siembra una semilla que esperamos pronto dé como resultado frutos en la emisión de criterios jurisprudenciales con enfoque de derechos humanos que se encaminan a consolidar el cambio del paradigma que criminaliza la migración por el que reconoce a las personas migrantes y sujetas de protección internacional como sujetas de derecho.

Cuando una gran idea surge, siempre hay grandes cómplices que suman creatividad y conocimiento, gracias, queridos Juan Carlos Murillo y Álvaro Botero, sin duda su confianza y acompañamiento fueron clave en el proceso en México. Pero sobre todo agradezco la linda amistad que también se cosecha de este tipo de procesos. Mi reconocimiento total a todos quienes han sido parte de este gran esfuerzo.

Cierro señalando la relevancia del trabajo de las organizaciones sociales y civiles, ya que gracias al trabajo constante y profesional de sus equipos de trabajo logran construirse iniciativas, proyectos, propuestas que permiten avanzar hacia agendas de una mayor justicia social. En este caso, a partir del trabajo que promueve Sin Fronteras a nivel nacional con la SCJN, **se busca contribuir en el mediano y largo plazo a que la población migrante y sujeta de protección internacional pueda tener un acceso efectivo a la justicia y a sus derechos económicos, sociales y culturales. Se pretende que, a partir del caso México, se pueda generar un precedente nacional que permita avanzar en movilizar a otros poderes judiciales de las Américas, ya se ha dado pasos en esta dirección.**

CAPÍTULO 1:

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS Y OTRAS SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

LAS BARRERAS AL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD¹

FELIPE GONZÁLEZ MORALES²

La llegada o entrada al territorio de un Estado resulta clave en la realización del acceso a la justicia de quienes migran o, más genéricamente, de quienes se hallan en situación de movilidad. En los últimos años, en muchos países y regiones del mundo se ha adoptado una serie de medidas —acuerdos de readmisión, excepciones de países seguros, operaciones de expulsión y no admisión, y la creación en territorio nacional de zonas de excepción legal en las que prevalece la presunción de no admisión— que debilitan o impiden el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes. Estas medidas, que tienen por finalidad facilitar la devolución de las personas migrantes de forma expedita, suelen privarlas de su derecho a buscar protección internacional y a que sus casos sean evaluados individualmente con respeto a sus garantías procesales, por lo que son incompatibles con el principio de no devolución.

Otro de los recursos que utilizan los Estados para limitar el acceso a la justicia en procedimientos migratorios y de expulsión es la adopción de excepciones basadas en la seguridad nacional, invocándolas para practicar expulsiones, en vez de en procedimientos de extradición sujetos a control judicial. En general, la definición de seguridad nacional, orden público o política pública de las leyes migratorias sobre la cual se basan las expulsiones suele ser extremadamente vaga, lo cual afecta al debido proceso y al principio de no devolución.

Las personas solicitantes de asilo se enfrentan a dificultades específicas para acceder a la justicia, tales como procedimientos de asilo expeditivos con menos garantías y con limitaciones al recurso de apelación respecto de denegaciones de asilo. La suspensión automática de la ejecución de una denegación de asilo en primera instancia y el consiguiente procedimiento de devolución, así como el derecho a permanecer en el país durante el tiempo necesario para presentar recurso de apelación y obtener una decisión sobre el mismo, constituyen una garantía fundamental para las personas solicitantes de asilo.

¹ Este artículo se basa en mi informe sobre acceso a la justicia de personas migrantes, presentado ante la Asamblea General de la ONU, A/73/178/Rev.1, 25 de septiembre 2018.

² Relator Especial de la ONU sobre derechos humanos de los migrantes; Profesor de la Universidad Diego Portales de Chile.

La población migrante trabajadora también se enfrenta a obstáculos en el efectivo acceso a la justicia laboral para reclamar prestaciones laborales, salarios, despidos discriminatorios u hostigamiento sexual, entre otros motivos. Los principales obstáculos son la falta de información y desconocimiento sobre sus derechos y cómo exigirlos en la vía judicial, la carencia de un estatus migratorio regular y el consiguiente temor de acudir a los tribunales de justicia, las limitaciones de tipo económico y temporal, la ausencia de asesoría legal gratuita y la desconfianza en el sistema de justicia.

El estatus migratorio marca una diferencia importante en el acceso a la justicia, de modo que quienes están en condición irregular muestran un acceso menor. Las personas migrantes trabajadoras temporales también encuentran barreras en su acceso a la justicia, dado que los programas de migración laboral temporal las retornan a sus países de origen, con la consiguiente barrera geográfica para reclamar sus derechos.

Una buena práctica de fortalecimiento de la protección de las personas migrantes en materia de contratación es la legislación adoptada por California (Estados Unidos) en 2014, que exige que la parte empleadora solo pueda utilizar agencias de contratación registradas en el Estado, prohíbe cobrar cuotas de contratación a las personas trabajadoras y estipula que a los trabajadores se les den contratos en el momento de la contratación.

Todo ello facilita la rendición de cuentas de los empleadores por abusos laborales. Otros abusos a los que se enfrentan las personas migrantes son la confiscación de documentos y la presencia de obstáculos al derecho a un intérprete.

En general, los hombres tienden a interponer más demandas en sede judicial que las mujeres trabajadoras migrantes. Esta brecha de género, que es mayor en zonas rurales, se atribuye principalmente a un menor empoderamiento de las mujeres y al poco acceso a información sobre sus derechos, así como a la falta de tiempo, en particular, en el caso de las trabajadoras domésticas.

El acceso a la justicia laboral de personas migrantes indígenas también es muy limitado, debido generalmente a las limitaciones del idioma y a las barreras culturales, así como a la falta de sensibilización y desconocimiento de las instituciones públicas sobre las especificidades de los pueblos indígenas y a la percepción de estos de que el sistema judicial está muy apartado de las propias tradiciones para la resolución de conflictos.

Los familiares de personas migrantes desaparecidas en la ruta migratoria también encuentran dificultades en su recurso a la justicia. Por ejemplo, en México, la falta de denuncia y de un mecanismo de respuesta coordinada entre México y los países de origen de las personas migrantes desaparecidas impide una estimación de la magnitud del fenómeno, aunque se cree que es masiva.

Las falencias institucionales que impiden el acceso a la justicia y reparación de los familiares son, entre otras, la falta de coordinación entre países de origen, tránsito y destino, la demora en la realización de diligencias de investigación y búsqueda de las personas desaparecidas, y la ausencia de investigaciones transnacionales. En respuesta, los familiares se han organizado en comités de familiares de migrantes desaparecidos en El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua.

Los familiares también sufren las consecuencias traumáticas de la falta de diligencia en la identificación forense de sus seres queridos.

Las personas migrantes también son víctimas de delitos de odio, por discriminación racial y xenofobia, entre otros. En estos casos, su acceso a la justicia se ve restringida por una falta de denuncias debido al miedo y la falta de confianza que profesan hacia la policía.

Las personas migrantes víctimas de trata muestran una profunda falta de confianza en el sistema de justicia, que perciben como corrupto, y tienen miedo a la policía. En consecuencia, buscan ayuda en otras personas migrantes o sus familias. Las agencias de contratación a menudo están involucradas en la trata y explotación, por lo que las víctimas perciben que actúan con impunidad gracias a la corrupción. Además, muchas agencias de contratación operan desde un tercer país, con el fin de eludir la jurisdicción laboral del país donde trabajan las personas migrantes. Por ello, las víctimas de trata casi no acuden al sistema de justicia o prefieren aceptar cantidades menores de compensación.

Las barreras institucionales también son múltiples. Aunque la identificación de la condición de víctima constituye el primer paso para poder acceder a la justicia, resulta difícil debido a la falta de conocimientos especializados de las autoridades, la falta de conciencia de estos y del público en general, y las deficiencias de las instituciones y servicios que proporcionan asistencia.

Como resultado, muchas víctimas de trata son tratadas como personas migrantes indocumentadas y deportadas. La falta de información y conocimientos (por ejemplo, sobre las consecuencias legales de ser consideradas víctimas) por parte de víctimas y autoridades, la falta de asistencia legal accesible (por ejemplo, en zonas rurales o remotas), y la duración y costo de los procedimientos penales también constituyen barreras que dificultan el acceso a la justicia de las personas migrantes víctimas de trata. En África Occidental y Central, una de las principales dificultades de las víctimas rescatadas es la falta de un ambiente y lugar seguro mientras reciben asistencia legal.

Asimismo, obtener compensación constituye un gran reto. En general, resulta más fácil obtenerla en la jurisdicción laboral que en la penal por delitos de trata. La jurisdicción laboral es más rápida, permite el pago de compensación directa a la persona migrante, y la sanción de los responsables, así como que lo que se considera explotación es más amplio (por ejemplo, no hay obligación de probar la intención).

Sin embargo, en muchos casos los montos disponibles son completamente inadecuados en relación con el daño causado, al contrario de lo que se estipula en las leyes contra la trata, que también permiten la compensación por daños inmateriales.

Muy pocas víctimas de trata han conseguido compensación en los procedimientos penales, debido a las dificultades de investigar casos transnacionales y a la falta de apoyo suficiente a las víctimas durante el proceso. La lentitud y la falta de seguimiento efectivo de los procedimientos por parte de los consulados, incluso cuando hay sentencias favorables, también dificultan el acceso efectivo a la justicia y reparación por parte de las personas migrantes que retornan a sus países de origen.

Según algunos estudios, los factores que facilitarían la salida de las personas migrantes de situaciones de abuso y explotación para acceder a la justicia son la posibilidad real de regularización de su estatus de residencia, la proporción de servicios de apoyo adaptados, las posibilidades reales de recibir compensación, y la facilitación del acceso y participación de las víctimas en los procedimientos penales.

En cualquier caso, los Estados no deberían imponer a las personas migrantes víctimas de trata la obligación de cooperar con la justicia a cambio de asistencia.

Niñez migrante

Los niños, niñas y adolescentes constituyen uno de los eslabones más débiles dentro de un flujo migratorio, en especial si no están acompañados por sus padres, familiares o un adulto responsable y de confianza que los proteja de abusos, violencia y explotación, entre otros riesgos.

Si a esto se suma la falta de información que pueden tener los niños, niñas y adolescentes respecto a los mecanismos de denuncia y las instituciones a las cuales acudir en caso de sufrir una vulneración, el no saber leer ni escribir, o incluso encontrarse en una sociedad que no valora sus opiniones debido a su corta edad, el derecho de acceso a la justicia y su protección por parte de los Estados adquiere especial relevancia.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, y el derecho a un juez imparcial (art. 37). El Comité de Derechos del Niño ha establecido que una de las primeras decisiones del Estado respecto a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen debe ser el nombramiento de un tutor, asesor y representante legal a la brevedad, pues es el mecanismo más efectivo para proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y garantizar su acceso a la justicia.

Además, establece como elemento esencial el contar con “unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica”³.

Cuando se trata de los niños, niñas y adolescentes, el acceso a la justicia debe entenderse bajo la óptica del interés superior, lo que obliga a remover los obstáculos que tienen para acceder a la justicia como la falta de mecanismos de denuncia asequibles y adaptados, el lenguaje técnico, la desconfianza en las personas adultas o el no saber escribir o leer, entre muchos otros.

Los niños migrantes no acompañados se enfrentan a numerosas dificultades a la hora de acceder a la justicia, tales como la falta de acceso a guardianes, asistencia y asesoramiento legal, así como el acceso a la información, la falta de procedimientos para la determinación del interés superior del niño, y problemas relacionados con los procedimientos de determinación de edad. El primer paso para poder aplicar leyes y políticas de protección de menores es su identificación como tales.

³ Comité de Derechos del Niño, Observación General N.º 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 92.

A pesar de estándares establecidos sobre procedimientos justos y apropiados de determinación de la edad, muchos Estados recurren a métodos invasivos (como exámenes médicos o rayos X), cuya fiabilidad es altamente cuestionada.

Además, el margen de error de estos métodos apenas se indica en los resultados, de modo que impiden la aplicación del beneficio de la duda, por lo que muchos menores migrantes son identificados como adultos y detenidos. Asimismo, a menudo no existen medios para impugnar los resultados de estos procedimientos.

La barrera idiomática, que impide a los niños mantener una comunicación fluida con los operadores o funcionarios, también es un elemento importante.

Otro elemento crucial en torno al acceso a la justicia es la capacitación de los operadores judiciales o administrativos, y su especialización en materia de infancia. El derecho a un debido proceso no puede ser eficazmente aplicado sin un esfuerzo por comprender la autonomía progresiva del niño, su comprensión del mundo, su lenguaje no verbal, entre otros, lo que requiere de herramientas especiales que permitan descifrarlos.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto⁴ y se ha adoptado el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en la justicia con enfoque de género, de 2014.

Mujeres migrantes

Las mujeres migrantes, debido a la discriminación sexual y de género que sufren (su empleo en el sector doméstico e informal les proporciona menor visibilidad y protección y sufren discriminación en el acceso a esquemas de reunificación familiar y nacionalidad, entre otras situaciones), tienen necesidades particulares de protección para asegurar su acceso efectivo a la justicia.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que el acceso a la justicia de las mujeres trabajadoras es limitado, puesto que no siempre se cumplen los requisitos para acceder a asistencia jurídica gratuita, y en algunos países es posible que pierdan su trabajo si denuncian acoso o abusos. Por ello, recomienda la capacitación y concientización de los funcionarios sobre los derechos de las mujeres trabajadoras.

Respecto del acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual o de género, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) establece la obligación de los Estados de crear procedimientos legales justos y eficaces en la materia, así como el acceso efectivo a ellos (art. 7).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a las dilaciones indebidas en las investigaciones y a la ineficacia judicial frente a la violencia de género como obstáculos al acceso a la justicia.

⁴ Corte-IDH, opiniones consultivas OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 sobre condición jurídica y derechos humanos del niño, y OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Estos obstáculos son extensibles a las mujeres migrantes, puesto que los procesos administrativos relativos a migración son extensos, sumados a la realidad de violencia de género que sufren en sus países de origen, tránsito y destino.

En el caso de las mujeres migrantes víctimas de trata, debido al estigma social y a la etiqueta de “víctimas”, a menudo prefieren seguir adelante en vez de acceder a la justicia y correr el riesgo de ser retraumatizadas.

Dado el ciclo de estigma social al que están sometidas, cualquiera que sea el camino que una mujer elija, será considerada no solo una víctima, sino también una transgresora del código moral de la comunidad, por lo que a menudo prefieren aparentar que nada ha pasado y no buscar ninguna forma de reparación.

En consecuencia, una de las dificultades de las organizaciones no gubernamentales y demás actores que asisten a las mujeres migrantes víctimas de trata es convencerlas de que su experiencia constituye una violación de derechos humanos y que les corresponde una reparación.

En el caso de las mujeres migrantes trabajadoras domésticas de personal diplomático, el desequilibrio de poder hace que sean muy vulnerables a la explotación y dificulta su acceso a la justicia. En algunos países la colaboración entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y las organizaciones no gubernamentales ha facilitado procesos de mediación.

Sin embargo, estos dependen de la voluntad de la parte empleadora y las autoridades suelen ser reacias a establecer mecanismos efectivos de presión. A este respecto, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha recomendado a los Estados nombrar a un defensor de los trabajadores domésticos para facilitar su acceso a mecanismos de reparación.

Además, alienta a los Estados a adoptar procedimientos judiciales acelerados o con plazos definidos para atender las denuncias presentadas por los trabajadores domésticos migratorios, y a concertar acuerdos bilaterales para que los migrantes que regresan a su país de origen tengan acceso a la justicia en el país de empleo, en particular, para denunciar los abusos y reclamar los salarios y prestaciones que no se les hayan pagado ⁵.

⁵ Comité sobre Trabajadores Migratorios, Observación General N°1 (2011), sobre los trabajadores domésticos migratorios.

EL ROL JUDICIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN MÉXICO

JUAN N. SILVA MEZA¹ Y LUNA MANCINI²

Migrar es un derecho humano y la migración es un fenómeno extendido en todas las latitudes. Se trata de una característica inherente a la especie humana que ocurre de manera heterogénea. Entre la población migrante existen diferentes perfiles, nacionalidades y motivaciones de salida.

Lo anterior genera que algunos se encuentren en mayor condición de vulnerabilidad, y en desventaja, respecto a quienes tienen un documento migratorio o nacionalidad mexicana. Las particulares circunstancias de estas personas requieren superar el concepto limitado de ciudadanía, para poner en práctica la titularidad universal de los derechos humanos.

Para ello, partiendo del análisis de las principales preocupaciones y cifras relacionadas con el contexto de movilidad humana (I), se revisa el marco normativo de protección y algunos criterios jurisprudenciales, a fin de observar cómo las y los jueces mexicanos han abordado diversas problemáticas, a partir de sentencias que han generado un impacto concreto en el reconocimiento y acceso a determinados derechos (II).

Finalmente, para impulsar estos criterios y cumplir con la obligación de promover y difundir los derechos humanos de las personas migrantes y sujetas a protección internacional (PM y SPI), se enfatiza en la importancia de la sensibilización y la capacitación de los operadores de los órganos judiciales, a partir de la generación de herramientas para la protección de derechos (III).

I. Personas en contexto de movilidad humana: cifras y preocupaciones

La movilidad de las personas a nivel global es un tema que se ha ido incrementando con el paso de los años. De conformidad con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en 2019 el número de PM internacionales ascendió a 272 millones en todo el mundo, en comparación con las 258 millones registradas en el 2017³.

México tiene la particularidad de ser un país en el que se dan las cuatro dimensiones de la migración. Se trata del segundo país de origen a nivel mundial, con 11,8 millones de nacidos en México residiendo, de manera autorizada o no autorizada, en los Estados Unidos⁴. Hasta 2013 muy pocos migrantes establecían en México su lugar de residencia, menos del 1 % de la población del país era extranjera⁵.

¹ Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, período 1995-2015. Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, período 2011-2014. Investigador honorario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde 2016. Profesor en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho UNAM y Académico de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, a la fecha.

² Abogada, ensayista y docente. Maestra en Derechos Humanos y Democracia por Flacso México. Licenciada en Derecho por las Universidades Pompeu Fabra (Barcelona) y Unilíder (Sonora). Cofundadora, investigadora y asesora de la organización Impunidad Cero. Docente en diversas universidades nacionales e internacionales. Articulista en la revista Este País.

³ OIM, Informe sobre las migraciones en el mundo 2020, ONU Migración, 2019, p. 2.

⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a personas migrantes y sujetas de protección internacional, México, 2013.

La situación ha cambiado a causa de las políticas restrictivas para ingresar a Estados Unidos, por lo que México se está convirtiendo, cada vez más, en un país destino para migrantes de América Latina y el Caribe. Según la OIM, las personas nacidas en el extranjero que viven en México pasaron de 970.000 en 2010 a más de 1 millón en 2019⁶.

Del mismo modo, la migración de retorno se ha incrementado. Durante el 2019, el número reportado de repatriaciones de connacionales desde los Estados Unidos fue de 211.241⁷. En lo que va de año, de enero a junio de 2020, se reportan 88.843⁸. Además, México-Estados Unidos constituye el principal corredor migratorio del mundo.

Las múltiples caravanas migrantes de centroamericanos que dejan atrás sus hogares, son muestra de la migración de tránsito y los estudios señalan que uno de cada tres migrantes sufre algún tipo de violencia cuando transita por México⁹.

Otros obstáculos *de facto* para las PM y SPI tienen que ver con la carencia de recursos para costear los gastos derivados de un juicio, la falta de un traductor o la imposibilidad de contactar con las autoridades de sus países. A estas barreras se suman los trámites administrativos internos.

Además, la desconfianza en las autoridades, el temor a ser detenidas en una estación migratoria, o bien a ser deportadas a sus países de origen, provocan que muchas de las violaciones de derechos humanos y delitos que sufren las PM y SPI en México queden impunes.

Aunque las normas relacionadas con las PM y SPI han alcanzado el carácter de *ius cogens* y, por tanto, el marco normativo que debe aplicarse resulta refractario a excepciones de nacionalidad o ciudadanía, la migración, incluida la interna, obedece a las más diversas causas e involucra a una diversidad de países, sean centros de origen, tránsito o destino.

Es fundamental asumir que las obligaciones de respeto, protección y garantía son ineludibles para los estados suscriptores de tratados internacionales de derechos humanos e, incluso, en algunos casos, para aquellos que no lo son.

⁶ OIM, “El Futuro de la Migración: Creación de Capacidades para el Cambio”, en Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010, Ginebra, 2010, p. 110.

⁷ Unidad de Política Migratoria, Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2019. Secretaría de Gobernación. México, 2019. p. 170.

⁸ *Ibidem*, p. 135.

⁹ Leyva-Flores René, Infante Cesar, *et.al.*, *Migrants in transit through Mexico to the US: Experiences with violence and related factors*, PLOS ONE, Estados Unidos, 2009-2015.

II. Marco normativo de protección y criterios relevantes en México

Con la entrada en vigor de las reformas constitucionales de 2011 en materia de amparo y derechos humanos¹⁰, se sentaron las bases para un cambio radical de paradigma, en especial para el Poder Judicial de la Federación (PJF), al introducir el concepto de derechos humanos como eje central de la labor jurisdiccional e incorporar los Tratados Internacionales en esta materia como normas de máximo rango, junto a la Constitución, en el ordenamiento jurídico mexicano.

De conformidad con el párrafo segundo del artículo primero constitucional, una manera diferente de entender la relación entre ámbitos jurídicos (nacional e internacional) surgió como nueva forma de comprender el derecho constitucional de los derechos humanos. En este sentido, su relevancia deriva de la expansión de estos derechos, así como del fortalecimiento y ampliación de su protección.

Según la característica de la universalidad de los derechos humanos, el reconocimiento y la protección de las personas que se encuentran en México debe ser equivalente, no importando su condición jurídica, política, migratoria, económica, social o cultural.

La Constitución Mexicana, en su artículo primero, acoge la normativa internacional en materia de derechos humanos y consagra los atributos y principios que concretan la efectiva protección de todos los derechos, para todas las personas, extendiendo su protección como una garantía para quien se encuentre en nuestro territorio, inclusive de paso¹¹.

Para desarrollar este diálogo entre normas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN) determinó que los operadores jurídicos consideren no sólo las reglas presentes en la Constitución y en los Tratados, sino todas aquellas interpretaciones que de las mismas hayan hecho sus intérpretes autorizados¹².

Sin embargo, como todas las grandes transformaciones en los sistemas jurídicos, la aprobación de las reformas constitucionales no basta. Se tienen que transformar en realidades concretas al interior del Poder Judicial para garantizar su cumplimiento.

Frente al análisis concreto de las circunstancias en que ejercen sus derechos las PM y SPI en los países de la región, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) ha reconocido la necesidad de garantizar diversos preceptos de la Convención Americana, como el derecho a la integridad personal (artículo 5), a la libertad personal (artículo 7), al debido proceso (artículo 8), al acceso a la justicia (artículo 8 y 25), a la protección de la familia y derechos de los niños y niñas (artículos 17 y 19), a la nacionalidad (artículo 20) y a la libertad de circulación (artículo 22), en diversos casos¹³.

¹⁰ Reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 y el 6 de junio de 2011, respectivamente.

¹¹ Ministro Presidente Silva Meza, Presentación del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional, 30 septiembre 2013, SCJN.

¹² El 3 de septiembre de 2013, al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, la SCJN determinó que toda la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para las autoridades mexicanas, siempre que hacerlo resulte más beneficioso para las personas.

¹³ Corte-IDH y Cooperación Alemana (GIZ), Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2: Personas en situación de migración o refugio, Costa Rica, 2020.

Estos derechos también han sido abordados por el PJJ mexicano, tanto por los Tribunales Colegiados de Circuito como por la SCJN. Diversas tesis jurisprudenciales recientes permiten, por un lado, interpretar y extender la protección de los derechos (i) y, por otro, facilitan el acceso a los mismos (ii).

(i) Tesis jurisprudenciales que reconocen y extienden la protección de derechos.

Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en materia laboral se ha reconocido que el debido proceso para las PM incluye la obligación del tribunal laboral de designar un traductor o intérprete cuando se requiera¹⁴. En materia de amparo, se estableció que procede la suspensión en el juicio en los casos en los que se extienda el plazo legal de detención¹⁵.

El efecto de la concesión de esta figura jurídica, implica reconocer la libertad del extranjero y no prolongar su detención en los centros migratorios cuando no exista un proceso penal en su contra¹⁶. Además, se han establecido las condiciones para asegurar dicha suspensión¹⁷, así como la posibilidad de que cualquier persona pueda presentar la ampliación de demanda¹⁸. De este modo, se protegen los derechos de las PM hasta que se resuelva el juicio.

Los criterios judiciales ante casos relacionados con la desaparición de migrantes en territorio mexicano reconocen, en la actualidad, el derecho de sus familiares a acceder a una averiguación previa¹⁹. Se ha establecido que el Ministerio Público debe enviar la carpeta de investigación a la Embajada mexicana en el Estado de procedencia del migrante, para que las víctimas indirectas puedan ejercer su derecho de acceso a la justicia²⁰.

Para la protección de la familia y los derechos de los NNA migrantes, se ha reconocido que deben atenderse de conformidad con el interés superior de la NNA, para asegurar que ante la detención y deportación de los NNA se apliquen medidas alternativas²¹.

Además, cuando el NNA no esté acompañado, y sea víctima del delito de tráfico de indocumentados, procede la suplencia de la queja deficiente en el recurso de revisión, lo que implica que el juez haga una revisión exhaustiva de los derechos afectados, aunque no haya sido solicitado expresamente en el recurso presentado por el Ministerio Público²².

¹⁴ Tesis XVI.20.T.4 L (10.ª), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (SJF), tomo IV, noviembre de 2016, libro 36, p. 2359.

¹⁵ Tesis I.200.A.21 A (10.ª), SJF, tomo IV, marzo de 2018, libro 52, p. 3551.

¹⁶ Tesis I.200.A.19 A (10.ª), SJF, tomo IV, marzo de 2018, libro 52, p. 3551
Tesis I.90.P.3 K, SJF, tomo III, marzo de 2015, libro 16, p. 2431.

¹⁷ Tesis I.200.A.20 A (10.ª), SJF, tomo IV, marzo de 2018, libro 52, p. 3550.

¹⁸ Tesis I.200.A.18 A (10.ª), SJF, tomo IV, marzo de 2018, libro 52, p. 3324.

¹⁹ Tesis 1a. CCXV/2017 (10.ª), SJF, tomo I, diciembre de 2017, libro 49, p. 416 y 417.

²⁰ Tesis I.60.P.109 P (10.ª), SJF, tomo III, agosto de 2018, libro 57, p. 2617.

²¹ Tesis I.210.A.4 A (10.ª), SJF, tomo IV, Libro 69 agosto de 2019, p. 4587.

²² Tesis XVII.9 P (10.ª), SJF, tomo III, marzo de 2015, libro 16, p. 2510.

El reconocimiento de los derechos de las PM o SPI extranjeras es aplicable a las personas desplazadas forzosamente de su lugar de origen, aun cuando sean nacionales²³. Lo anterior no es algo menor, ya que México acumula un total de 346.945 personas desplazadas desde 2006²⁴.

En los casos descritos, la labor jurisdiccional ha consistido en interpretar y extender los derechos humanos a partir de tesis y criterios jurisprudenciales que pueden ser considerados en posteriores casos judiciales concretos. ¿Cómo pueden beneficiarse de los criterios jurídicos las PM y SPI?

(ii) Sentencias que han permitido el acceso a la protección de derechos

Para asegurar la protección de los derechos, el rol judicial, así como el papel de las organizaciones de la sociedad civil, tanto nacionales como internacionales, es fundamental. La sentencia del Juicio de Amparo 357/2018²⁵, reconoce el derecho de una asociación civil a ingresar y ofrecer servicios de asesoría y representación legal a las PM al interior de las estaciones migratorias.

Si el Estado no satisface oportunamente las garantías de respeto y protección de los derechos humanos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, menos debe obstaculizar la labor de los particulares que ejercen funciones encaminadas a garantizar el respeto y protección de los derechos de terceros²⁶.

Otra sentencia que garantiza el acceso a los derechos es el Juicio de Amparo 1597/2018, en el cual se determina que las autoridades locales deben limitar su discurso público y abstenerse de hacer declaraciones discriminatorias contra las PM y sus derechos, ya que influyen en el imaginario colectivo y refuerzan la discriminación²⁷.

De manera paralela, en el 2019 el Pleno de la SCJN determinó que las PM no están obligadas a mostrar documentación que acredite su identidad, ni a proporcionar la información y datos personales que les sean solicitados por las autoridades locales pues estas carecen de facultades de verificación del estatus migratorio²⁸.

Las reformas aludidas, así como los últimos criterios en la materia concreta apuntalan el diseño del régimen constitucional mexicano como uno que existe para expandir los derechos de todas las personas, así como para fortalecer su protección. ¿Cómo transmitir esta información a los agentes involucrados?

²³ Tesis XXII.P.A.5 CS (10.ª), SJF, Tomo III, noviembre de 2017, Libro 48, p. 2100.

²⁴ Esta cifra suma los nuevos desplazamientos y resta a las personas que se retornan y se reintegran, además no duplica a las personas que son desplazadas múltiples veces (van y vienen). Pérez Vázquez, Brenda, *et.al.*, Episodios de desplazamiento interno forzado masivo en México. Informe 2019, Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos, México, 2019.

²⁵ Juicio de Amparo 357/2018, 29 junio 2018.

²⁶ *Ibidem.* p. 33.

²⁷ Juicio de Amparo 1597/2018, 4 junio 2019.

²⁸ Acción de inconstitucionalidad 110/2016, 15 enero 2019.

III. La generación de herramientas para la protección de derechos

Si la obligación de proteger los derechos humanos corresponde a todas las autoridades del país, la SCJN, en congruencia con su carácter de Poder Revisor de la Constitución, debe fungir como orientadora de la forma de entender este nuevo paradigma.

Para agilizar esta transición es necesario acercar los instrumentos y precedentes internacionales que desarrollan y reconocen los contenidos de los derechos a los operadores jurídicos. Adicionalmente, la capacitación en derechos humanos para el personal del PJJ ha sido señalada como una de las obligaciones impuestas al Estado mexicano a partir de las sentencias de la Corte IDH.

La labor pedagógica que toca realizar al Máximo Tribunal del país, pasa no solo por establecer los límites y marcar las pautas generales de actuación a la actividad de las autoridades, mediante la emisión de criterios concretos, derivados de resoluciones a controversias individuales, sino también por producir materiales y herramientas que, por su misma vocación pública, contribuyan a ampliar el conocimiento y a expandir el debate público en torno a las consecuencias que, para el ejercicio de los derechos humanos de todos, se derivan de la implementación cabal de la reforma constitucional de 2011²⁹.

Con la finalidad de evidenciar con sencillez las obligaciones que deben ser adoptadas en la actuación cotidiana frente a los diversos grupos en situación de vulnerabilidad, y volver accesibles los estándares óptimos en materia de derechos humanos, en la SCJN se elaboraron ocho Protocolos de actuación para quienes imparten justicia.

Con el más absoluto respeto a la autonomía y a la independencia de cada juzgador, su objetivo es proporcionar elementos a quienes imparten justicia, con la intención de propiciar resoluciones con una perspectiva de derechos humanos que contribuyan al pleno reconocimiento de las personas a quienes se dirige la protección. Aunque los Protocolos no tienen carácter vinculante, su contenido incluye normas o criterios jurisprudenciales que sí lo son.

La construcción del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a personas migrantes y sujetas de protección internacional, fue coordinada por la organización Sin Fronteras y un Consejo Asesor integrado por expertos en la materia.

En septiembre de 2013, en la presentación del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a migrantes, Thomas Weiss, representante en México de la Organización Internacional para las Migraciones, aseguró que el Protocolo “representa un avance mayor y un ejemplo para el resto de los países a nivel de la región, pero también a nivel global. Así como lineamientos sobre la normativa internacional, que encamina a México muy firmemente hacia una gestión migratoria integral, incluyente y responsable”³⁰.

²⁹ Ob. Cit. 11.

³⁰ Ministro Presidente Silva Meza, Cuarto Informe de Labores, 11 diciembre 2014, SCJN.

El instrumento recurre al diálogo entre tribunales a partir de la constante referenciadecasosparadigmáticos, sentenciasybuenasprácticasinternacionales, sistematizando la normativa de derecho nacional e internacional obligatoria para el Estado mexicano en materia de protección y garantía de los derechos de las PM y SPI, con total independencia de su origen nacional o étnico.

Conclusiones

A una década de la masacre de San Fernando³¹, los retos a los que se enfrenta la justicia constitucional mexicana, aunque no son exclusivos del país, ponen a prueba la fortaleza de las instituciones. Respetar y garantizar los derechos de las PM y SPI representa uno de los mayores retos en materia de derechos humanos. Si el objetivo del derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder, el trabajo jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Las y los juzgadores son agentes de cambio en el diseño y ejecución de los proyectos de vida de las personas.

El mandato de la igualdad requiere de un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el Derecho en épocas anteriores. Se debe renunciar a los prejuicios, a la revictimización y la estigmatización de quienes padecen violencia por sus contextos. Vencer la comprensión del concepto limitado de ciudadanía, para poner en práctica una nueva noción en torno a la titularidad universal de los derechos humanos, es parte del cambio social que necesitamos.

Para normalizar la aplicación de normas nacionales e internacionales y dotar de mayor protección a las personas en especial situación de vulnerabilidad, es indispensable contar con criterios jurídicos, pero también con herramientas que recuperen y expliquen los principios generales que deben cumplirse. En el ámbito jurisdiccional, herramientas como los Protocolos de actuación son un primer paso para reconocer las desigualdades estructurales y mejorar las condiciones de acceso y garantía de los derechos.

La meta de la justicia constitucional en el asentamiento democrático de México parte por no olvidar y no permitir que la impunidad siga prosperando frente a situaciones que no se pueden tolerar. Migrar es un derecho humano que debe ser garantizado para alcanzar la estabilidad y la justicia con la que toda sociedad exige y merece vivir.

³¹ Donde fueron asesinadas 72 personas de Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras e India.

EL PAPEL DE LAS Y LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA

SANDRA ELIZABETH ÁLVAREZ OROZCO¹

Introducción

En la medida en que el Estado intensifica y multiplica los controles migratorios en fronteras, puntos de internación y rutas utilizadas por las personas migrantes, así como el incremento de detenciones arbitrarias y múltiples violaciones de derechos humanos de las personas en situación de movilidad, el reto para las y los defensores de derechos humanos en materia de movilidad humana se incrementa. Tanto en la doctrina como en la práctica, la figura de defensor o defensora comienza a tener mayor relevancia en la defensa de los derechos humanos, piedra angular de redes transnacionales de defensa, movimientos sociales y la acción de organizaciones no gubernamentales que traspasan fronteras.

Independientemente de la organización, grupo o institución de la que se forme parte, la conformación del/de la defensor/a, suele recorrer tres momentos: la formación del vínculo con la víctima u ofendido como origen de situaciones de inequidad y abusos de autoridad, orientado a elementos de prevención; la representación y manejo de caso; y el proceso de consolidación, ejecución y búsqueda de una posible reparación integral.

Este texto contribuye a visibilizar el trabajo que se ha realizado dentro del Premio Sentencias y en más de 25 años de la organización Sin Fronteras, donde se ha observado al/a la defensor/a ante casos de movilidad humana, los retos, desafíos y buenas prácticas, así como el análisis de sus trayectorias, que los distinguen de los defensores y defensoras en otros ámbitos de los derechos humanos. El artículo inicia con el marco teórico y una revisión de la doctrina y literatura; posteriormente desarrolla la perspectiva sociojurídica del análisis de casos y la metodología holística que sostiene la investigación-acción.

1. ¿Qué entendemos por defensores de derechos humanos, desde el ámbito de la movilidad humana?

Para profundizar en la naturaleza del concepto del/de la defensor/defensora, nos enfocaremos brevemente en su origen, que se remonta a las discusiones de las Naciones Unidas al final de la Guerra Fría² en la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos mejor conocida como Declaración de los defensores de derechos humanos, a partir del cual Naciones Unidas conceptualiza a las y los defensores de la siguiente manera:

¹ Doctora en Ciencias Sociales y Humanidades por la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Cuajimalpa, maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de Guadalajara. Actualmente Subcoordinadora del Área Legal en Sin Fronteras IAP. Correo electrónico: asilosf@sinfronteras.org.mx

² Neier, A., *The international human rights movement: a history*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004.

La persona que actúe en favor de un derecho (o varios derechos) humano(s) de un individuo o un grupo será un defensor de los derechos humanos.

Estas personas se esfuerzan en promover y proteger los derechos civiles y políticos y en lograr la promoción, la protección y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Los defensores abordan cualesquiera problemas de derechos humanos, que pueden comprender desde las ejecuciones sumarias hasta la tortura, la detención y prisión arbitrarias, la mutilación genital de las mujeres, la discriminación, las cuestiones laborales, las expulsiones forzadas, el acceso a la atención sanitaria o los desechos tóxicos y su impacto en el medio ambiente. Los defensores actúan en favor de DH tan diversos como el derecho a la vida, la alimentación y el agua, el nivel más alto posible de salud, una vivienda adecuada, un nombre y una nacionalidad, la educación, la libertad de circulación y la no discriminación³.

Así, la defensa de los derechos humanos puede llevarse desde diferentes ámbitos, desde la sociedad civil hasta el ámbito gubernamental (personas encargadas de la defensa “oficial” de derechos humanos) y tomando como referente diversos ángulos, ya sea mediante políticas con perspectiva de derechos humanos, armonización legislativa o emisión de sentencias apegadas a estándares internacionales de derechos humanos, como las sentencias premiadas dentro de los últimos 5 años en el Premio Sentencias⁴, el cual busca visibilizar el avance de la impartición de justicia en materia de movilidad humana, criterio que resulta fundamental como referente de buenas prácticas.

El grupo de defensoras/defensores de personas en situación de movilidad cuentan con múltiples matices que les distinguen de otros grupos de defensores/as, como la posibilidad de acompañar a una persona antes de su traslado a un segundo o tercer Estado y el uso de herramientas de prevención para evitar la consumación de violaciones a sus derechos.

Tal como lo destacó el Dr. Oscar Correas, la defensa de derechos humanos, consciente o inconscientemente, la llevan a cabo personas con anhelos de la mejor forma de vida, contra el Estado que es el principal violador de derechos. Así, aquellas acciones dirigidas a demandar justicia deben ser consideradas como una lucha para elevar el nivel de vida de las personas en situación de movilidad.

Ante la delimitación del trabajo en materia de movilidad humana, analizaremos la figura de víctima establecida en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DH y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, que la entiende derivada de actos violatorios de derechos humanos, en contraposición con el esquema de actos considerados como delito⁵:

³ OACNUDH, Sobre los defensores de derechos humanos.

⁴ Sin Fronteras IAP, Premio Sentencias 2020, México, 2020.

⁵ Naciones Unidas, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder. Resolución 40/34, 29, noviembre de 1985.

(...) se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de DH o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización⁶.

Las y los defensores protegen y representan a las víctimas haciendo extensiva a la familia inmediata o a las personas a su cargo, como es el caso de la sentencia 411-2017⁷ del 13 de julio de 2018, ganadora del Premio Sentencias 2018, emitida en El Salvador, la cual dictó medidas generales para proteger a una familia de 33 personas que fueron víctimas de graves atentados por parte de pandilleros de la Mara 18 que implicaron lesiones, amenazas, violaciones y extorsión, lo que los forzó a desplazarse a otro municipio del país, reconociendo por primera vez el desplazamiento interno y donde podemos observar la importancia de los defensores que argumentaron la protección a los derechos de protección jurisdiccional, protección de la familia, seguridad y libertades de circulación y residencia, otorgando elementos suficientes a la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para lograr una buena práctica.

En esta sentencia podemos ver reflejados la identificación de la figura de la víctima, – haciéndola extensiva a las personas que integran la familia, de las y los defensores que trabajaron arduamente en la defensa en todas sus instancias y su participación para reflejar ante los operadores jurídicos las violaciones a las que fueron sujetas.

⁶ Naciones Unidas, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/47, 16 de diciembre de 2005.

⁷ Para la emisión de dicha sentencia, el tribunal concluyó que los demandantes eran víctimas de desplazamiento forzado y que el amparo es un mecanismo idóneo para la protección de los derechos de colectivos en condición de vulnerabilidad.

2. Momentos de acción de defensoras y defensores en temas de movilidad humana

La acción de las y los defensores ante la defensa de las personas en movilidad, tomando en cuenta la metodología de la investigación-acción, y robusteciendo el referente empírico, podemos reducir que el alcance de la protección se puede estructurar en tres momentos:



Esquema 1.1. Momentos de acción del defensor/defensora en la protección de personas en situación de movilidad. Elaboración propia.

Es importante señalar que estos momentos o posibles acciones no pueden restringirse a las mismas, ya que el funcionamiento del mecanismo de defensa y protección de las y los defensores es directamente proporcional al apoyo y seguimiento de la víctima, la cual puede por su naturaleza intrínseca impulsar que la maquinaria de protección funcione o cuente con obstáculos que obstaculizan muchas veces su defensa.

El papel de las víctimas es sumamente relevante en su defensa, la cual depende en muchos casos de su permanencia en el lugar donde radica el proceso, el seguimiento a casos y el bien individual, situación que es obstruida por factores como la falta de celeridad en los procedimientos, la larga temporalidad de los juicios o procedimientos y las dificultades al acceso a la justicia.

También es importante no dejar a un lado la responsabilidad del defensor/defensora en estos términos, señalando que brindar una protección adecuada debe tomar en cuenta factores como la necesidad de la persona, el seguimiento y manejo adecuado del caso, es decir, una defensa adecuada y eficiente, colocando siempre como eje a la víctima y no las necesidades propias de las y los defensores o de la institución que representa.

De acuerdo con el esquema 1.1. y tomando en cuenta lo referido en el párrafo anterior, podemos profundizar un poco en ellos:

a) Acción preventiva: en algunos casos es muy probable que la persona tenga la posibilidad de contactar al defensor o a la defensora de forma previa a su traslado a un segundo o tercer país, muchas veces depende de las redes de apoyo en el país de destino.

Un ejemplo es México, donde existe un desafío importante para el ingreso al territorio de personas de origen venezolano, haitiano, por lo que defensoras y defensores han preparado estrategias de protección ante el riesgo de violaciones de sus derechos por parte de autoridades migratorias.

Situación que se ve replicada en muchos países, prácticas comunes dentro de las barreras de control fronterizo y que se complica en aras de la pandemia mundial del virus SARS2-Covid19.

b) Acción de representación y manejo de caso: este momento implica quizá el eje de participación del defensor y la defensa, donde analizando previamente las necesidades de la víctima y/o víctimas emite un juicio de valoración sobre el procedimiento más adecuado para ella.

La experiencia de múltiples organizaciones a nivel regional, incluyendo los más de 25 años de Sin Fronteras IAP, sugiere que esta defensa sea basada en un modelo de atención integral que implique el apoyo de profesionales de diversas áreas, como especialistas en psicología y trabajo social quienes de forma holística contribuyen al ejercicio de una defensa adecuada, que permite hacer frente a obstáculos que la misma autoridad impone.

En el Premio Sentencias 2018 encontramos dos ejemplos interesantes; la sentencia 39/2018-VI-B⁸ del Juzgado Sexto de Distrito en el estado de Chihuahua; y la sentencia T210/18⁹ emitida por la Corte Constitucional Colombiana, ganadora del segundo lugar. La primera se dictó a favor de una persona hondureña, que llegó a México en 2016 y decidió residir de forma permanente en Ciudad Juárez, donde recibió tratamiento gratuito por dos años por su enfermedad de VIH/Sida en el Centro Ambulatorio para la Prevención y Atención en Sida e Infecciones de Transmisión Sexual.

En 2017 le informaron que no podrían seguir atendiéndolo, ni darle medicamentos si no contaba con póliza de seguro popular, negando su afiliación definitiva, ya que contaba con una Tarjeta de Visitante por Razones Humanitarias y no con una residencia temporal o permanente como señalaba la Ley General de Salud y su manual de operaciones, ante esta situación la figura de las y los defensores consistió en el apoyo y explicación de las vías de impugnación existentes para hacer frente a esta violación del derecho a la salud, considerando preponderantemente la salud de la persona y actuar lo más rápido posible para que no dejara de recibir su tratamiento correspondiente.

Por otro lado, la sentencia T210/18 también destacó la labor de las y los defensores al priorizar el derecho a la salud y a la vida de una mujer venezolana y su hijo brindando información sobre las posibles alternativas de impugnación ante la negativa a los tratamientos de radioterapia y quimioterapia con respecto al cáncer de útero estadio IIIB que padecía y en el caso del hijo una cirugía pediátrica ordenada por hernias inguinal y umbilical.

⁸ Juzgado Sexto de Distrito en el estado de Chihuahua, expediente 39/2018-VI-B, 24 de mayo de 2018

⁹ Sexta Sala de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, sentencia T210/18, 29 de junio de 2018

Así como la importante labor de ambos casos de contar con los argumentos y manejo eficiente que permitió que en ambos casos se generaran buenas prácticas; los juzgadores en ambos casos señalaron que conforme al art. 25 de la DUDH toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud. Asimismo, refirieron que el art. 12 del PIDESC estatuye el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y que los Estados deberán adoptar las medidas a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, también puntualizaron lo dispuesto en el art. 10 del Protocolo de San Salvador que dispone que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto bienestar físico mental y social.

Al respecto es toral mencionar la dificultad desde el terreno de la praxis que representa el acceso del derecho a la defensa en caso de personas en situación de detención, en donde los actos de incomunicación y la oscuridad del manejo por parte de las instituciones y autoridades migratorias hacen muy difícil el camino de las personas de acceder a una adecuada representación legal¹⁰.

c) Acción de reparación integral: la labor de las y los defensores no debe de terminar con la sentencia o el agotamiento de todos los recursos y/o alternativas legales existentes, su trabajo consiste en que la sentencia sea propiamente ejecutada y también en el proceso de integración en el país donde decidieron establecerse, situación que en muchos casos se ve limitada, como el acceso a obtener una nacionalidad.

Este tipo de acciones ha llevado a que en el marco del Premio Sentencias a partir del 2019 se reconozca el trabajo y gran labor de las y los litigantes. En 2019 se entregó mención especial al Tribunal Administrativo Migratorio de Costa Rica, y también a los litigantes que defendieron la sentencia ganadora, bajo el expediente FLP 32156/2017/CA1¹¹, la cual resguardó el derecho a la unidad familiar, la garantía de tutela judicial, el derecho a la defensa y debido proceso.

¹⁰ Sin Fronteras IAP, Detención sin excepción; 15 años de monitoreo de la situación de los derechos de las personas privadas de su libertad en Estaciones Migratorias de México, México, 2016.

¹¹ N° FLP 32156/2017/CA1, caratulado “VERA CAYOTOPA, WILLIAM JUNIOR C/ DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES S/ RECURSO DIRECTO”, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora, 19 de junio de 2018.

¹² Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, El derecho a defender los derechos humanos en México, México, 2011, p. 15.

3. Retos y obstáculos para las y los defensores ante violaciones de derechos humanos de las personas en movilidad.

Cabe señalar que no en todos los casos se puede acceder a una justicia pronta y expedita y éste es quizá el principal reto para las y los defensores. Los ataques y la obstaculización de las mismas no es una mera derivación de un contexto de violencia generalizada, sino que se desprende de procesos sistémicos con causas estructurales identificables¹².

Pese a la gran labor de las defensores y defensoras, al igual que la víctima se encuentran en una situación de vulnerabilidad, problemática reflejada a nivel regional debido a la ausencia de marcos normativos adecuados, intervención del crimen organizado, militarización de la seguridad pública, agregando el tema de impunidad y corrupción institucional, quienes atentan contra su integridad y dignidad.

Las agresiones contra defensores y defensoras se manifiestan como actos de persecución, hostigamiento, amenazas, agresiones físicas, detenciones ilegales, extorsiones telefónicas, robos a oficinas y, en el peor de los casos, asesinatos.

Esta situación ocurre en un contexto de una infraestructura que no se encuentra claramente consolidada y necesaria a favor de las personas que ejercen el derecho a la defensa, independientemente de la existencia de la *Declaración sobre los defensores/as de derechos humanos*¹³, que pese a su existencia la mayoría de las autoridades desconocen.

4. Conclusiones

El papel de las defensoras y defensores es fundamental para el acceso a la justicia de las personas en situación de movilidad. El cual es un importante vínculo para que se vean reflejadas buenas prácticas de autoridades y operadores jurídicos que extiende fronteras. Un ejercicio importante para el reconocimiento de esta labor es la implementación en 2019 de la inclusión de los mejores litigantes al premio de sentencias.

Sin embargo, la consolidación de su trabajo y sus acciones en los diferentes momentos de su defensa se ven obstaculizados por múltiples factores que llevan incluso a criminalizar tanto a víctimas como a defensores, causando un riesgo inminente a su seguridad y dignidad.

Es necesario el trabajo conjunto de todas y todas las encargadas de ejercitar el derecho a la defensa para posicionar la concientización de los marcos normativos existentes y su aplicación.

¹² Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *El derecho a defender los derechos humanos en México*, México, 2011, p. 15.

¹³ *Declaración sobre los/as defensores/as de derechos humanos* resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

LA IMPORTANCIA DEL APOYO PSICOSOCIAL EN EL LITIGIO DE CASOS DE PERSONAS EN CONTEXTOS DE MOVILIDAD

CAROLINA CARREÑO NIGENDA¹

Personas en contextos de movilidad humana y acceso a la justicia

Históricamente la humanidad ha vivido violaciones de derechos humanos, muchas de ellas como consecuencia de conflictos armados internos e internacionales, la violencia generalizada, el desplazamiento forzado, entre otras, por lo cual ha sido necesario tratar de entender desde diferentes abordajes el impacto que estas experiencias tienen en las personas y en la sociedad.

Las violaciones de derechos humanos, así como las pérdidas humanas, económicas y materiales han sido innumerables, siendo una de las grandes afectaciones la salud mental de las víctimas, así como de quienes les acompañan y lo que éstas representan para la sociedad misma.

Latinoamérica no ha sido ajena a estos conflictos, ejemplo de ello son los casos como la dictadura chilena, el conflicto armado en Centroamérica, la violencia sociopolítica en Colombia, la expulsión de miles de refugiados venezolanos de forma reciente.

Las personas en contextos de movilidad humana, como las personas migrantes y aquellas con necesidades de protección internacional, por mucho tiempo han sido un grupo en situación vulnerable debido al poco o nulo interés para los Estados en la protección, garantía y ejercicio de sus derechos humanos, favoreciendo políticas públicas y programas que faciliten la inclusión en las sociedades de acogida.

Por el contrario, muchas de ellas se encuentran en centros de detención migratoria, otras esperando la resolución de su situación jurídica, algunas otras continúan cruzando fronteras y arriesgando la vida. Tan solo en recientes días nos enteramos de la improvisación de un “teleférico” con una silla de madera y cuerdas metálicas, por el que decenas de personas continúan cruzando la frontera de Guatemala y México por 30 pesos mexicanos o 15 quetzales².

Durante mucho tiempo se han señalado los riesgos que vive este grupo de población. Debido a la falta de canales legales, seguros y regulares para migrar, muchas personas buscan rutas más peligrosas, lo que las pone en situación especial de vulnerabilidad, al ser fácilmente víctimas de violaciones de sus derechos, como secuestros, extorsiones, asesinatos, desaparición forzada, trata de personas, asaltos, corrupción, entre otros.

A lo anterior se le suman prácticas restrictivas que implementan los Estados, como externalización de fronteras, uso de la detención migratoria, la solicitud de requisitos imposibles de obtener, como pasaportes para personas venezolanas, expulsiones colectivas, rechazo en frontera y falta de acceso a protección internacional, entre otras³.

¹ Subdirectora de Agendas Emergentes de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México.

² Torres, E., “Con tirolesa, burlan cierre fronterizo entre México y Guatemala”, *Diario del Sur*, 6 de agosto 2020.

³ CIDH, Informe Movilidad Humana, Estándares interamericanos, 2015, párr. 39 y 40.

La Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes (REDODEM) presentó en México su informe que expresa la situación de las personas en contextos de movilidad a lo largo del territorio nacional, señalando que, en 2019, de las 25052 personas registradas, 3026 dijeron haber presenciado o ser víctima de algún delito, lo que equivale al 12% de los registros; identificando principalmente cinco tipos de agresiones o delitos, principalmente el robo, las agresiones, abusos de autoridad, el abuso sexual, el secuestro, entre otros⁴.

En este contexto, la defensa de las personas migrantes y sujetas de protección internacional cuando ocurren violaciones a derechos humanos prácticamente ha recaído en las organizaciones de la sociedad civil y de los equipos que colaboran en los albergues, a veces, conformados en su mayoría por asociaciones religiosas y con la colaboración de personas voluntarias de diferentes disciplinas. Este acompañamiento va desde denuncias y quejas hasta llegar a litigios que buscan ser paradigmáticos, cambiando de forma estructural los marcos normativos para que éstos verdaderamente garanticen que las personas gocen y ejerzan sus derechos.

En este sentido, se prevén varios retos para lograr un acompañamiento eficaz a las personas en contexto de movilidad que deciden iniciar un litigio. Elba Coria considera que, a pesar de los obstáculos en el acceso a la justicia, se han logrado sentar pautas importantes en la defensa de derechos de personas migrantes y sujetas de protección internacional. Identificó como principales desafíos para llevar a cabo un litigio los siguientes aspectos⁵:

a) Intereses y disponibilidad del cliente. Por un lado, son las variantes relacionadas a la estancia en el país, es decir, si se encuentra de forma temporal, indefinida o transitando, si está privada de la libertad y los documentos que tiene; por otro lado, está el temor a sufrir represalias o agravios, por ejemplo, la afectación que los casos podrían tener en la vida de personas que ya tienen tiempo en el país, o casos de mujeres que viven violencia doméstica y son amenazadas constantemente con la denuncia por sus parejas, el desconocimiento del marco jurídico para el acceso a servicios como la salud, o bien para presentar una denuncia a las autoridades correspondientes.

b) Candados legales y prácticos en materia migratoria. Todas aquellas normas que dificultan y evitan el acceso efectivo al goce de los derechos, especialmente al acceso a la justicia.

Así, es importante hacer mención sobre las implicaciones de ser una víctima de violación de derechos humanos; desde una perspectiva jurídica, sirve para identificar al sujeto pasivo del daño y al titular de los derechos afectados; desde el punto de vista psicológico, se busca comprender las consecuencias que conlleva para una persona ocupar el lugar de víctima, ya que puede significar estar en el lugar de la indefensión, la impotencia y el desamparo.

⁴ Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes. Migraciones en México: fronteras, omisiones y transgresiones. Informe 2019. México, 2020.

⁵ Coria, Elba. "Reflexiones sobre el litigio en la defensa y promoción de los derechos humanos de migrantes y refugiados", en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*. México: OACNUDH, 2007, p. 231.

⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales, Costa Rica, IIDH, 2007.

¿Qué es el enfoque psicosocial?

De acuerdo con la Organización Avre, la salud mental es la capacidad de las personas y de los grupos para interactuar entre sí y con el medio ambiente; un medio de promover el bienestar subjetivo, el desarrollo y uso óptimo de las potencialidades psicológicas, ya sea cognitivas, afectivas o relacionales. Asimismo, el logro de metas individuales y colectivas, en concordancia con la justicia y el bien común⁷.

En este sentido, las violaciones de derechos humanos tienen un impacto a la salud mental, que dependerá de la naturaleza del evento, las características de la personalidad de las víctimas, diferencias de género, creencias, redes familiares y sociales de apoyo, el entorno y las circunstancias, como es el caso de la movilidad humana, convirtiéndose en un factor de riesgo para el bienestar emocional; si bien, la mayoría de las personas se recuperan adecuadamente con el paso del tiempo, habrá también otras que probablemente necesiten de una atención especial.

De acuerdo con Beristáin, el enfoque psicosocial *se refiere al proceso de acompañamiento individual, familiar o comunitario orientado a hacer frente a las consecuencias del impacto traumático de las violaciones de derechos humanos y promover el bienestar, apoyo emocional y social a las víctimas, estimulando el desarrollo de sus capacidades*⁸.

El término psicosocial tiene dos componentes lingüísticos *para hacer énfasis a que no se puede desvincular el impacto individual de una perspectiva social dado el carácter político de las violaciones de derechos humanos, la importancia del contexto y las respuestas institucionales tanto en la forma en cómo se manifiestan las consecuencias y el sufrimiento como en las circunstancias que ayudan o no a la recuperación*⁹.

Para Nieves Gómez, el término psicosocial evoca *la interrelación de diferentes elementos y esferas que rodean al ser humano, frente al término psicológico que se refiere más directamente a los pensamientos, sentimientos y percepciones individuales en una persona concreta*¹⁰.

Un elemento fundamental del enfoque psicosocial es la visión de la dignidad que debe prevalecer en torno al trabajo con las víctimas, además de tomar en cuenta que cada intervención se realice desde un enfoque diferencial, es decir, valorar las particularidades de edad, género, cultura, que incluso suponen que las formas de expresar el dolor pueden ser distintas.

⁷ Corporación Avre. Acompañamiento psicosocial y atención en salud mental a víctimas de violencia política. Bases conceptuales. Salud mental. Colombia, 2017: <http://corporacionavre.org/modelo/salud-mental>.

⁸ Beristáin, Carlos, Acompañar los procesos con las víctimas. Atención psicosocial en las violaciones de derechos humanos. 1ª edición; Colombia, Programa promoción de la convivencia/ PNUD, 2012.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Gómez, Nieves, Peritaje psicosocial por violaciones a derechos humanos, Guatemala, ECAP, Colección Psicológica Social, 2009.

Beristaín señala que las formas de acompañamiento psicosocial a las víctimas de violaciones de derechos humanos son principalmente las siguientes¹¹:

- 1) Escuchar y valorar las demandas, dificultades y problemas que forman parte de la experiencia de las víctimas.
- 2) Ayudar a expresar, entender y contener el impacto emocional de las violaciones de derechos humanos y experiencias traumáticas.
- 3) Abordar las dificultades sentidas por las víctimas en el contexto de sus relaciones familiares y/o comunitarias.
- 4) Identificar los recursos positivos, individuales, familiares o comunitarios, ayudando a fortalecer sus capacidades.
- 5) Proporcionar espacios de encuentro grupales que tengan sentido para las víctimas, basados en confianza, reconstrucción de relaciones y apoyo mutuo.
- 6) Facilitar el acceso a los recursos de apoyo disponibles, incluyendo la derivación de casos que tengan necesidades específicas.

Es así que las intervenciones deberán orientarse a fortalecer los recursos de las personas que han sido víctimas de violaciones de derechos, de sus familiares, así como de las redes de apoyo.

Se considera que las personas que han sufrido la violación de sus derechos deben ser vistas y consideradas como sujetos de su propia vida y como actores sociales, y no solo como objetos del mal de sus violadores. No respetar ese derecho a ser consideradas como personas valiosas por sí mismas antes que víctimas, durante el largo tiempo que dura el proceso y por parte de las personas que están ahí para defender sus derechos, podría generar una revictimización¹².

Los principios¹³ que se deben considerar para hacer un enfoque psicosocial en atención a las víctimas de violaciones de derechos humanos son:

1. *Tener en cuenta las necesidades psicosociales desde una perspectiva global*, es decir, no limitar el acompañamiento a la atención emocional, sino valorarse el impacto en diferentes esferas de su vida.
2. *No abrir procesos que no se van a estar acompañando*. Es importante tomar en cuenta que solicitar que las personas narren lo que les ha ocurrido supone muchas veces recordar experiencias de mucho dolor y terror, por lo que es importante evitar recoger testimonios innecesarios si no se va a brindar un acompañamiento exhaustivo.

¹¹ Ob. cit. 8.

¹² Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales, Costa Rica, IIDH, 2007.

¹³ Ob. cit. 8.

3. *Construcción de la confianza.* Establecer un vínculo entre la persona y quien le acompaña, basado en la empatía y comprensión social de la experiencia.

4. *Manejo de información y expectativas de las víctimas.* Deberá brindarse información verídica sobre los procesos, tratando de evitar malos entendidos y metas que no corresponden con la realidad, esto permitirá que las personas puedan tomar decisiones informadas.

5. *No estigmatizar.* Con frecuencia las personas víctimas de violaciones de derechos humanos se enfrentan a estereotipos que restan responsabilidad a los perpetradores, describiéndolas como personas pasivas, demandantes o hasta culpándoles de su situación; en el caso de las personas en movilidad, es común escuchar: “si no hubiera salido de su país, no le hubiera ocurrido tal cosa”.

6. *Dimensión ética:* prevenir una nueva victimización. Las personas que acompañan a las víctimas deberán tomar en cuenta tres aspectos básicos para el trato:

- No hacer daño. Si no se puede ayudar, al menos no hacer más daño. Debe valorarse cuidadosamente cada acción y los posibles impactos que traerán tanto a las personas en lo individual como en el colectivo.

- Prevenir una revictimización. Considerar que las intervenciones deben evitar la repetición de violaciones o que se generen nuevas, por lo que se debe prever la exposición a riesgos.

- Evitar la victimización secundaria. Ocurre cuando no se considera los derechos, el dolor y la dignidad de las víctimas, de tal manera que se vuelve a violentar sus derechos.

7. *Cuidar los aspectos relativos a la seguridad.* Valorar todos los posibles riesgos que permitan determinar las medidas necesarias para las víctimas.

8. *Tener en cuenta el proceso y la voluntad de las víctimas.* Debe considerarse el deseo de las personas, así como los tiempos de cada una para la toma de decisiones, por lo que la información que se proporcione, el clima de confianza que se establezca y la escucha serán fundamentales para el acompañamiento.

9. *Apoyo psicosocial en situaciones de crisis.* Será importante prever a lo largo de todo el proceso de acompañamiento, momentos en los que se deberá intervenir evitando forzar la situación, pero que sea de apoyo y escucha, que comprenda las reacciones emocionales, ayudando a enfrentar lo ocurrido, favorecer la identificación de recursos personales y apoyar en el manejo de las relaciones familiares y sociales.

Desde la perspectiva del enfoque psicosocial, el acompañamiento que se brinda a las víctimas de violaciones de derechos humanos para los procesos de litigio es fundamental y sus recomendaciones se deben tomar en cuenta para el antes, durante y después de dichos procesos.

Acompañamiento en el litigio de casos

“Muchas de estas cosas suceden a un ritmo que no tiene en cuenta sus necesidades, de los familiares, víctimas o testigos”.

Beristain, C. (2010).

El acompañamiento en la experiencia de litigio para las personas que han sido víctimas de violaciones de sus derechos humanos se convierte muchas veces en una primera ocasión para compartir su relato, que sea escuchada su historia, lo que sin duda ayuda a elaborar la experiencia de manera que refuerza la reparación en el sentido psicológico.

La perspectiva psicosocial permite que la víctima recupere su proyecto de vida y fortalezca su autonomía para superar lo generado por la violación¹⁴. En ese sentido, es sumamente importante establecer los objetivos del litigio, aclarando las expectativas de las personas víctimas y del equipo que acompañará el proceso.

La estrategia psicojurídica permite acompañar de forma integral a las personas en el desarrollo de un litigio, ayudando a preparar las entrevistas, contar con un espacio de contención para ella y los familiares, hacer una valoración desde un enfoque diferencial del impacto, definiendo una ruta para la atención de éstas más allá de lo jurídico. Asimismo, se vuelve necesario considerar alternativas para el autocuidado de los equipos jurídico y psicológico.

Se debe considerar que el acompañamiento podrá durar meses o años y que este tiempo es vivido de diferente manera para las víctimas y sus familiares. Un tiempo corresponde a los procesos legales y otro, al de la vida de las personas, a veces corren en paralelo y otras, en sentidos opuestos, por lo que las necesidades y motivaciones pueden ir también cambiando con ellas. En consecuencia, se requiere constante comunicación para ir evaluando, informando y tomando decisiones que ayuden a fortalecer los procesos.

Particularmente cuando se trata de personas en contextos de movilidad, hay que tomar en cuenta otros aspectos dadas las características de este grupo de población, por ejemplo:

- La movilidad constante, lo que puede llevar a que la acción legal se vea limitada y/o suspendida.
- Contar con documentos migratorios, si bien no debe ser una barrera para el acceso a la justicia, se debe considerar para las acciones pertinentes, ya sea como una dificultad en el proceso o bien para que facilite su obtención y pueda ayudar a que la persona permanezca en el proceso.
- Necesidades básicas cubiertas, como alojamiento, alimentos, atención médica, vestido, calzado, es importante considerar cómo estos aspectos de la vida cotidiana pueden repercutir en el proceso legal, la permanencia o no en el mismo.

¹⁴ Antillón, Ximena (coord), *La atención a víctimas de violaciones a los derechos humanos con enfoque psicosocial*, 1.edición; México, CDHDF, 2012.

- Idioma. Es recomendable que toda comunicación de la estrategia, rutas de acción, seguimiento, dudas y por supuesto toma de decisiones sean en el idioma de la persona. Es importante considerar si desea o no aprender el idioma local.

- Redes de apoyo. Muchas veces estas personas carecen de una red social en el país de acogida, lo que impacta en el estado de ánimo y en la permanencia en el proceso, ya que no puede atender todas las necesidades básicas que le demandan tiempo y ayuda. Además, será necesario valorar la comunicación con sus redes en el país de origen o destino.

- Detención migratoria. En casos de personas que se encuentran en este supuesto, es necesario valorar el impacto que una acción legal tendrá en la permanencia o no en ese lugar, considerar la vivencia del tiempo, el manejo de expectativas, entre otros.

- Diversidad cultural. Para la comunicación, el establecimiento de acuerdos y la toma de decisiones tienen que considerarse también aspectos culturales de las personas, que abarcan desde los usos y costumbres de cada lugar hasta el significado de valores como la verdad y la justicia.

Reflexiones finales

El acompañar a personas migrantes y con necesidades de protección internacional en procesos de litigio supone un gran trabajo no solo en la identificación de las violaciones de derechos humanos y la definición de la estrategia jurídica, la ruta de acción y las instancias a las que se dará conocimiento del caso, sino también supone incorporar toda una perspectiva de trabajo que obliga a considerar a las personas mismas, es decir, sus necesidades, el impacto que va a tener el litigio en sus vidas, en la familia y en la comunidad.

También supone que el equipo que acompañe fortalezca su trabajo con la incorporación de los principios que señala el enfoque psicosocial, adaptándola a su formación profesional y logrando que el trabajo multidisciplinario contemple un eje en común y que los avances del litigio no estén separados de otros aspectos de la vida de las personas.

No menos importante es el propio autocuidado que los equipos de acompañamiento deben incorporar en sus procesos, el impacto de las violencias que viven las personas también repercute en el bienestar emocional de ellos, por lo que su incorporación disminuirá el riesgo de desarrollar síndromes como el de la fatiga de la compasión o trauma vicario, que son una serie de síntomas que afectan la salud física y especialmente la salud mental de aquellas personas que están expuestas al dolor de otras y no son atendidas debidamente.

Sin duda, optar por este tipo de acompañamiento, poniendo en el centro a las personas, favorecerá su empoderamiento y con ello la exigibilidad de derechos, siendo así las víctimas, las protagonistas activas de sus propios procesos, tratando de hacer realidad la justicia y disminuir los actos de impunidad a las que han estado constantemente expuestas.

CARACTERÍSTICAS DE UN RECURSO EFECTIVO PARA PERSONAS MIGRANTES

LUIS XAVIER CARRANCÁ ÁLVAREZ*

A. Introducción: recurso efectivo y vulnerabilidad

A lo largo del trabajo de la Clínica Alaíde Foppa de la Universidad Iberoamericana, nos hemos enfrentado con una realidad: los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas son sistemáticamente violados y, aun con asistencia legal, muchas de estas violaciones quedarán impunes.

Esto se relaciona, en gran parte de los casos, con el diseño de los mecanismos de protección, que, al no tomar en cuenta las particularidades y vulnerabilidad desde las personas migrantes, son incapaces de atender su realidad y garantizar sus derechos. Es decir, no se suele garantizar a las personas migrantes recursos efectivos frente a las violaciones de sus derechos. Partiendo del derecho a un recurso efectivo, en las líneas posteriores se desarrollarán algunos elementos que deberán contemplar los recursos judiciales para garantizar este derecho.

El derecho a un recurso efectivo, consagrado en el artículo 25 de la CADH, obliga a los Estados a establecer en su legislación recursos judiciales sencillos, rápidos¹ y efectivos² contra violaciones de derechos humanos. Mecanismos que, además, deben ser accesibles³ para todas las personas, sin importar si son nacionales o extranjeras⁴, regulares o irregulares⁵.

La accesibilidad de los recursos implica que su diseño no excluya a ciertas personas o grupos de personas de su alcance o protección e impone a los Estados el deber de identificar los obstáculos materiales que puedan impedir el acceso a la justicia y removerlos⁶, mismos que suelen ser de índole económica⁷, geográfica⁸ y técnica⁹.

* Asesor Jurídico de la Clínica Jurídica para Refugiados Alaíde Foppa de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

¹ Corte-IDH. El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 32, y Corte-IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

² Corte-IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 261.

³ Corte-IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 131, y Corte-IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafos. 78 y 106.

⁴ ONU. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, pág. 5, párr. 15.d); Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, artículo 18.

⁵ Corte-IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafos 122 - 126.

⁶ CIDH. Informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, párr. 41.

⁷ La Corte-IDH recordó que se entiende como violación al artículo 25.1 de la Convención cuando los mecanismos jurisdiccionales para proteger derechos humanos se ven obstaculizados por costos económicos desproporcionales o de imposible solvencia. Corte-IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52.

⁸ Una localización inadecuada de los tribunales puede anular el acceso a la justicia en tanto puede inhibir a las víctimas o implicarles el gasto significativo de recursos económicos y logísticos para interponer mecanismos jurisdiccionales y participar en los procedimientos. Supra 6, párr. 78.

⁹ CCaso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 164.

También hay obstáculos que derivan de la particular situación de las personas que intentan acceder a la justicia. Frente a ello, la Corte-IDH ha señalado que, en ciertos casos, los recursos deberán adaptarse a las particularidades y necesidades de grupos que se encuentren en una especial situación de vulnerabilidad¹⁰. De lo contrario, se corre el riesgo de que estos mecanismos resulten ilusorios e inefectivos¹¹.

Uno de estos grupos es el de las personas migrantes, que suelen encontrarse en una especial condición de vulnerabilidad debido a la situación estructural de desigualdad en la que encuentran respecto de las personas nacionales. Así, en la OC-18/03, la Corte-IDH destacó que, por lo general, las personas migrantes se enfrentaban a desigualdades de *jure* y de *facto*, contemplando: dificultades económicas y condiciones de explotación en las que suelen vivir; presencia consistente de prejuicios culturales, étnicos y xenofóbicos; ausencia o diferencia de poder respecto de los no inmigrantes¹²; y las vulnerabilidades intrínsecas del origen de su desplazamiento¹³. Situación que se agrava dadas las vulnerabilidades intrínsecas de la irregularidad migratoria¹⁴.

B. Adecuaciones de los recursos para asegurar su accesibilidad y efectividad

Esta situación de desigualdad estructural lleva a que los mecanismos jurisdiccionales, que en principio fueron pensados y diseñados bajo el parámetro del nacional como único justiciable, deban adecuarse para garantizar una protección judicial efectiva. De tal suerte, se requieren adecuaciones o características para que los recursos jurisdiccionales resulten efectivos para las personas migrantes.

Intérprete y asistencia técnica gratuita

Los Estados deben garantizar asistencia jurídica técnica gratuita a personas migrantes si no pueden pagarla por sus propios medios¹⁵. Obligación que se ve reforzada y que debe garantizarse invariablemente, para procedimientos de expulsión¹⁶, protección internacional¹⁷ o cualquier otro asunto que tenga implicaciones lesivas para sus derechos humanos¹⁸. Adicionalmente, se les debe proveer un intérprete gratuito a las personas que no dominen el idioma del Estado¹⁹.

¹⁰ Corte-IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, supra, párr. 264.

¹¹ Corte-IDH. Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua. Fondo y reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C N.º 403, párr. 93

¹² Ob. cit. 5, párrs. 112-114.

¹³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre "Migración internacional y desarrollo", 1 de febrero de 2000; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1.

¹⁴ ONU. Informe de la OACNUDH sobre la situación de los migrantes en tránsito, incluidos los niños y los adolescentes no acompañados, así como las mujeres y las niñas. A/HRC/31/35, 27 de enero de 2016, párrs. 15, 41, 50, 55.

¹⁵ ONU. Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Informe sobre el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes. A/73/178/Rev.1, 25 de septiembre de 2018, párr. 10.

¹⁶ Corte-IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N.º 272, párr. 133.

¹⁷ Supra 5, párr. 16; Cfr., Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N.º 206, párr. 62. Véase también: ACNUR, procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005, p. 3; y Corte-IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, ob.cit, párr. 159.

¹⁸ CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 7 de septiembre de 2017, párrs. 512 y 515.

¹⁹ Ob. cit. 5, párrs. 17-20.

Extraterritorialidad de la jurisdicción

Tradicionalmente los Estados limitaban la jurisdicción de sus tribunales en atención a la limitación de sus territorios. Sin embargo, en el contexto de la movilidad humana, suelen presentarse casos en los que se ejercen actos de autoridad en áreas consideradas fuera de su territorio, como las destinadas al tránsito internacional²⁰ o ante prácticas de externalización de fronteras para el control migratorio²¹.

En estos casos, los recursos jurisdiccionales deben reconocer que una persona está sometida a la “jurisdicción” de un Estado, aun si los actos violatorios se realizan fuera de su territorio (conductas extraterritoriales), cuando autoridades de dicho Estado están ejerciendo autoridad sobre la persona o cuando ésta se encuentre bajo su control efectivo, sea dentro o fuera de su territorio²².

Accesibilidad geográfica

La presencia de las personas en el territorio de los Estados suele ser un elemento clave para acceder a la justicia, por lo que las personas en contexto de movilidad pueden enfrentar obstáculos de naturaleza geográfica para reclamar sus derechos. Así, la expulsión de las personas puede constituirse como un impedimento para acceder o darles continuidad a los recursos de protección activados²⁵. Asimismo, la imposibilidad de los familiares de víctimas de violaciones para ingresar al territorio en donde los procedimientos se llevan a cabo puede convertirse en un obstáculo para participar del proceso o esclarecer lo sucedido a sus familiares²⁶.

Los Estados deben implementar mecanismos diversos para minimizar el impacto de la inaccesibilidad física y garantizar el acceso a la justicia²⁷. Entre estos, resulta fundamental implementar mecanismos transfronterizos²⁸. Conforme a los Principios Interamericanos, será fundamental la coordinación entre las autoridades de los Estados para garantizar el acceso a la justicia a través de fronteras en condiciones justas, eficaces y accesibles para migrantes y sus familias²⁹. Asimismo, la concesión de visas o autorizaciones que permitan a las personas ingresar a los países para atender sus reclamos judiciales puede resultar un buen mecanismo³⁰, siempre y cuando no resulte económicamente inaccesible.

²⁰ ACNUR. Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o “zonas internacionales” de los aeropuertos, párr. 1.

²¹ CIDH, Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados, párrafos. 113 y siguientes; OACNUDH. Sobre la situación de los migrantes en tránsito, ob. cit., párrs. 20 y 21.

²² Corte-IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 219.

²³ *Ibidem*, párr. 48.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ CIDH. Informe No. 50/16 Caso 12.834. Informe De Fondo: Trabajadores Indocumentados (Estados Unidos). OEA/Ser.L/V/II.159 Doc. 59, 30 de noviembre de 2016, párrs. 105 y 106.

²⁶ Ob. cit.5, párr.51.

²⁷ *Ibidem*, párr. 93

²⁸ Principio 44 de los Principios Interamericanos.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ *Ídem*.

C. Protecciones cautelares necesarias

La duración misma de los mecanismos puede traducirse en la perpetuación de violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes. Por ello, los mecanismos deberán contar con medidas cautelares que garanticen su efectividad, protejan provisionalmente los derechos humanos de las personas de manera inmediata o eviten que la duración del proceso resulte en un perjuicio adicional e intolerable³¹.

Dadas las vulnerabilidades de las personas migrantes, los recursos jurisdiccionales que tengan como objeto protegerlos deberán garantizar las siguientes protecciones cautelares. Si bien, en algunos casos, la procedencia de estas medidas cautelares pudiera llegar parecer problemático para los Estados, lo cierto es que únicamente sería así en casos en que los recursos resulten lentos, lo que es una situación imputable a los Estados, por lo que es claro que ésta no sería una justificación válida para mermar la efectividad de los recursos de las personas migrantes o para convalidar las violaciones de sus derechos humanos.

Desarrollo de los recursos en libertad

Los recursos jurisdiccionales que controviertan la condición migratoria, las órdenes de expulsión y las decisiones de los procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional deberán garantizar que puedan ser seguidos en libertad.

La privación de libertad por motivos migratorios es excepcional y solo debe ser empleada como un medio auxiliar para garantizar la efectividad de sanciones migratorias determinadas³². Si se controvierte jurisdiccionalmente, el recurso jurisdiccional deberá permitir que el procedimiento sea seguido en libertad, puesto que no tendrá sentido mantener la privación de libertad si la decisión que debe ser ejecutada se encuentra suspendida y no hay certeza sobre su permanencia³³.

Además, la continuidad de la detención migratoria durante el desarrollo del proceso puede tener efectos inhibitorios respecto de la continuidad del proceso. Lo que podrá obligar a las personas a renunciar a su derecho de acceder a la justicia con el objeto de poner fin a la detención migratoria, tornando al recurso ilusorio.

³¹ Ob. cit. 6, párr. 261.

³² CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. Del 31/12/2015, párr. 405.

³³ CMW/C/32/R.2, párr. 75; Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal. A/HRC/30/37, 16 de julio de 2015, párr. 43.

Suspensión cautelar de la expulsión

Los recursos deben garantizar que las personas migrantes y solicitantes de asilo permanezcan dentro del territorio hasta que se adopte una decisión definitiva de su caso³⁴. La expulsión prematura puede convertirse en un obstáculo para que ejerza su derecho de defensa³⁵ y dificultar el cumplimiento adecuado de una eventual sentencia favorable³⁶. Ambas, situaciones que tornarían ilusorio e inefectivo el recurso³⁷.

Esta obligación de garantizar cautelarmente la permanencia se refuerza cuando se cuestionen decisiones sobre necesidades de protección internacional³⁸, ya que la expulsión, además de violar el derecho a un recurso efectivo, las somete a los riesgos a su vida, libertad o seguridad por los que se desplazaron³⁹.

Protección contra una estancia contraria a la dignidad humana

Si los recursos se relacionan con la negativa de acceso a un estatus migratorio, y estos no son rápidos, las personas migrantes podrán verse obligadas a permanecer bajo una condición migratoria irregular en lo que dichos juicios se resuelven. Si esta irregularidad migratoria impide el acceso a servicios y trabajo formal, las personas migrantes pueden verse obligadas a sobrellevar su juicio en condiciones de precariedad o a tener que renunciar a su acceso a la justicia y abandonar el país.

Un recurso efectivo debe contemplar este obstáculo en el acceso a la justicia y atenderlo. Lo que, en conjunción con la obligación de los jueces de proteger a las personas y asegurar, dentro del ámbito de sus competencias, condiciones dignas de vida⁴⁰, implicará que se deban adoptar medidas cautelares garantizando que las personas migrantes no sean sometidas a aceptar condiciones de precariedad o indignas para acceder a la justicia. Una de las formas más sencillas para cumplir con este deber sería la adopción de medidas cautelares que garanticen u ordenen a las autoridades migratorias la emisión de una regularidad migratoria provisional cuya duración se apareje a la duración del proceso⁴¹.

³⁴ Corte-IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, supra, párrs. 140 y 142; TEDH, Caso Conka vs. Bélgica, N.º 51564/99. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 79, y Caso Gebremedhin vs. Francia, N.º 25389/05, Sentencia de 26 de abril de 2007, párr. 58.

³⁵ Op. cit. 25, párrs. 105 y siguientes.

³⁶ Parte esencial de la efectividad de los recursos radica en que sus sentencias puedan cumplirse una vez adoptadas. Corte-IDH. Caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019. Serie C N.º 375, párrs. 123-127.

³⁷ Parte esencial de la efectividad de los recursos radica en que sus sentencias puedan cumplirse una vez adoptadas. Corte-IDH. Caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019. Serie C N.º 375, párrs. 123-127.

³⁸ Ob. cit. 16, párr. 159.f).

³⁹ TEDH, Caso Jabari vs. Turquía (N.º. 40035/98), 11 de julio de 2000. Final, 10 de noviembre de 2000, párrs. 49 y 50.

⁴⁰ Corte-IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 236.

⁴¹ Un ejemplo de estas medidas es la adopción de la "Visa U", en Estados Unidos, y de la condición de Visitante por Razones Humanitarias en México, que se otorgan a víctimas de delitos para garantizar su acceso a la justicia.

D. Sentencias estructurales para la materialización de los derechos

El derecho a un recurso efectivo se encuentra pensado en términos individuales, por lo que se cumplirá si se obtiene protección o justicia para casos concretos. Sin embargo, resulta pertinente reflexionar sobre las posibilidades del derecho frente a situaciones estructurales que requieren ser transformadas para garantizar plenamente sus derechos humanos⁴².

Cada vez son más los jueces constitucionales que reconocen que su rol supera el de resolver meras controversias contenciosas o restituir derechos para violaciones concretas, sino que también lo constituye la “adjudicación” de derechos⁴³, la prevención de posteriores violaciones⁴⁴ y la materialización efectiva de los derechos en favor de todas las personas bajo su jurisdicción⁴⁵. En el continente, son destacables algunos ejemplos de sentencias “estructurales” que buscan romper con la tolerancia institucional a violaciones sistemáticas, generar cambios y garantizar los derechos humanos de ciertos grupos, como las personas en contexto de movilidad humana⁴⁶.

E. Cierre

Son varios los elementos que los recursos deberán contemplar si pretenden proteger a las personas migrantes. Todos relacionados con la necesidad de dotarles de efectividad y de garantizar protección a las personas migrantes, sin obligarlas a soportar condiciones indignas o renunciar a otros derechos. Los elementos destacados con anterioridad pueden servir como guía para la reinterpretación de los mecanismos actualmente existentes o para generar discusión sobre reformas necesarias en la materia.

⁴² Un ejemplo interamericano se encuentra en el caso Campo Algodonero, en el que se señaló: “teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos (...), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”. Corte-IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

⁴³ FISS, OWEN. *El Derecho Como Razón Pública*. 1.ª edición. Editorial Marcial Pons. España, 2007, página 23.

⁴⁴ Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-301/16, 9 de junio de 2016, párr. 84.

⁴⁵ Ob. cit. 6, párr. 238.

⁴⁶ Corte Constitucional Colombiana T-025/04, 22 de enero de 2004; Tribunal Constitucional de Perú. EXP N ° 02744 2015-PA/TC, 8 de noviembre de 2016; y Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador, Amparo 411-2017, 13 de julio de 2018.

CAPÍTULO 2:

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: NORMAS Y ESTÁNDARES UNIVERSALES SOBRE PERSONAS MIGRANTES, SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADAS

ÁLVARO BOTERO NAVARRO

I. Introducción

El principal objetivo de la comunidad internacional tras las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial era la consecución de la paz. Para tal efecto se creó la Organización de las Naciones Unidas y los esfuerzos de la comunidad internacional se orientaron hacia la creación de instrumentos internacionales que velasen por la protección de los derechos humanos y que a la vez sirviesen como salvaguardas que evitasen la victimización de más seres humanos en el futuro.

En este sentido, el surgimiento y evolución del derecho internacional de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial implicó un cambio fundamental a la protección de los extranjeros dentro del derecho internacional, la cual hasta aquel entonces solía hacerse a través de la institución de la “protección diplomática” por parte del Estado del cual la persona extranjera era nacional.

Dentro de las Naciones Unidas, el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos implicó la creación de normas internacionales en esta materia, así como de órganos de protección. Este entramado de normas y órganos que se ha desarrollado dentro de la Organización de las Naciones Unidas desde 1945 se conoce como el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH). El SUDH se encuentra integrado por:

1. El sistema basado en la Carta: integrado por la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), las cuales son la base sobre la que se ha construido gran parte del derecho internacional de los derechos humanos. Dentro de este sistema, el Consejo de Derechos Humanos es el principal órgano encargado de la promoción y la protección de los derechos humanos. Una de las principales funciones del Consejo de Derechos Humanos es llevar a cabo el Examen Periódico Universal (EPU), mecanismo a través del cual se examina la situación de derechos humanos de los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas. Dentro del sistema basado en la Carta también se encuentran los Procedimientos Especiales, los cuales se dividen entre relatores especiales y grupos de trabajo que tienen mandatos temáticos o relativos a países o territorios.

2. El sistema basado en los tratados: integrado por 9 tratados fundamentales de derechos humanos. Cada uno de estos tratados de derechos humanos cuenta con un comité que se encarga de supervisar la aplicación de dicho tratado. Las funciones principales de los comités consisten en: 1) realizar observaciones finales respecto de la implementación que los Estados partes dan a sus respectivas convenciones, 2) realizar observaciones generales sobre la interpretación de las disposiciones de sus respectivas convenciones, 3) resolver quejas individuales o entre Estados.

3. Otros instrumentos internacionales: existen otros instrumentos internacionales que contienen derechos a favor de ciertos grupos de personas, como las normas del derecho internacional de los refugiados o las normas del derecho internacional del trabajo.

II. La protección normativa de los derechos humanos de los migrantes

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece los derechos que deben gozar “todos los seres humanos”¹ sobre la base de su dignidad intrínseca y de pertenecer a la familia humana. A pesar de lo anterior, durante gran parte de los años posteriores a 1948, las personas migrantes estuvieron marginadas dentro del derecho internacional de los derechos humanos como consecuencia de un entendimiento erróneo y excesivo del principio de la soberanía estatal².

Dentro del marco de las Naciones Unidas, las décadas posteriores a la adopción de la Declaración Universal estuvieron caracterizadas por el desarrollo de un complejo entramado de 9 tratados de derechos humanos, los cuales se basan en la premisa de que todas las personas, en virtud de su humanidad esencial, deben disfrutar por igual de todos los derechos humanos. Lo anterior implica que los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es decir, tanto en la Declaración Universal como en los tratados de derechos humanos, son de aplicación general y, por tanto, no se derivan de la nacionalidad de las personas, sino de la condición humana y protegen tanto a personas nacionales como no nacionales, tal como son las personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiadas y apátridas. En este sentido, los tratados de derechos humanos representan una fuente fundamental para la protección de los derechos de los migrantes.

A nivel normativo, a pesar de que la protección de los extranjeros, no nacionales o de los migrantes tiene una larga trayectoria dentro del derecho internacional, fue solo hasta 1990 que en el marco de las Naciones Unidas se adoptó una convención específica para la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes: la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la cual tomó 13 años más para entrar en vigor en 2003. Esta convención representa el principal instrumento internacional para la protección de derechos humanos de todas las personas trabajadoras migrantes, tanto aquellos en situación regular como irregular. Al igual que los otros tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, esta convención cuenta con el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

¹ Artículo 1, DUDH.

² Grant, Stefanie, “The recognition of migrants’ rights within the UN human rights system”, en: Dembour, Marie-Bénédicte y Kelly, Tobias (editores), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*. Routledge: Abingdon y Nueva York, 2011, p. 25.

En adición a lo anterior, es importante tener en cuenta que más allá del derecho internacional de los derechos humanos también hay otras ramas del derecho internacional público que reconocen derechos a las personas migrantes, entre las cuales se encuentran el derecho internacional del trabajo, el derecho internacional de los refugiados, el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario, entre otras.

III. Estándares de protección de derechos humanos de los migrantes

El Sistema Universal de Derechos Humanos, a través de sus diferentes órganos y mecanismos, han desarrollado una amplia gama de estándares para proteger a las personas migrantes frente a las múltiples violaciones de derechos humanos que éstas enfrentan. En razón del objeto principal de este libro y de la extensión de cada capítulo, a continuación nos enfocaremos en destacar algunos estándares relativos a derechos humanos de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados desarrollados por órganos de tratados en casos individuales o a través de sus observaciones generales.

Jurisdicción

Dentro del DIDH, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción, sin distinción alguna³. El hecho de que la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos se extienda hasta donde el Estado ejerce jurisdicción es fundamental, dado que el término “jurisdicción” va más allá del territorio y aplica a todas las personas que se encuentran bajo la autoridad o el control efectivo de las autoridades de un Estado o de otras personas actuando bajo su autorización o aquiescencia.

En materia migratoria, lo anterior tiene una importancia fundamental dado que, como consecuencia de la externalización del control migratorio, diversas violaciones de los derechos humanos de los migrantes ocurren por fuera del territorio del Estado que las comete, tal como en el territorio de otro Estado, en altamar o en zonas fronterizas.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CCPR) determinó que tenía jurisdicción para considerar una denuncia contra Italia relativa a una operación de búsqueda y salvamento en aguas internacionales, dado que las personas que iban a ser rescatadas estaban en una “relación especial de dependencia” debido a los elementos fácticos y las obligaciones en virtud del derecho internacional del mar.

El Comité decidió que “las personas a bordo del buque en peligro se vieron directamente afectadas por las decisiones tomadas por las autoridades italianas de una manera que era razonablemente previsible a la luz de las obligaciones legales pertinentes de Italia, y que por tanto estaban sujetas a la jurisdicción de Italia a los efectos del Pacto”⁴.

³ Artículo 2.1, PIDCP.

⁴ CCPR, A.S., D.I. y G.D. vs. Italia, Comunicación N.º 304/2017, 27 de enero de 2021, párr. 7.8.

Ingreso al territorio

La autorización de ingreso al territorio no debe infringir la protección contra la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición. Al respecto, el CCPR ha determinado que la legislación de Mauritania que limitaba el derecho de libre acceso al país de destino y la inmunidad de deportación a las esposas de ciudadanos hombres, y no a los maridos de ciudadanas mujeres, violaba la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 2), y los derechos de las mujeres del país a la vida familiar (artículo 17) y a la igualdad en el disfrute de los derechos humanos (artículo 3)⁵.

El CCPR también ha determinado que ha habido discriminación como consecuencia de la prohibición de ingreso al territorio a personas con test positivo de VIH/SIDA (violaciones a los artículos 17 y 26 PIDCP)⁶.

Perfiles raciales

El CCPR ha resuelto que el uso de perfiles raciales en el marco de controles de identidad dirigidos a proteger la seguridad pública o para controlar la migración irregular también representa una práctica discriminatoria. En el caso de Rosalind Williams, mujer que fue detenida por un policía en el andén de una estación de tren en España, y le pidió que presentara sus documentos de identidad. Cuando preguntó al policía la razón de su detención, el oficial le dijo que era por su origen étnico, diciendo que estaba obligado a verificar la identidad de las personas con su parecido físico, y expresando la opinión de que muchos de las personas que no eran blancas eran migrantes “ilegales”. En este caso el Comité concluyó que la peticionaria fue señalada únicamente por sus características raciales, lo cual resultó en una violación del artículo 26 del PIDCP, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3.

No devolución

Los órganos de tratados de derechos humanos han sostenido que sus obligaciones en materia de no devolución implican no exponer a las personas al peligro de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país mediante su extradición, expulsión o devolución⁷. Por su parte, al referirse al principio de no devolución, el Comité sobre Trabajadores Migratorios ha sostenido que:

El principio de no devolución, consagrado en el derecho internacional y regional de los derechos humanos y de los refugiados, prohíbe trasladar a personas por la fuerza, de cualquier forma, a países o territorios en los que dichas personas puedan ser víctimas de persecuciones o de abusos o violaciones graves de los derechos humanos.

⁵ CCPR, Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres mauritanas vs. Mauritania, Comunicación N.º . 35/1978, 9 de abril de 1981.

⁶ CCPR, Vandoom vs. República de Corea, Comunicación N.º 2273/2013, 12 de julio de 2018, párrs. 8.9 y 9.

⁷ CCPR, Observación general N.º . 20, Prohibición de la tortura o otros tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes (Remplaza la Observación general No. 7), 1992, párr. 9

A juicio del Comité, este principio incluye el riesgo de sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como unas condiciones de detención inhumanas y degradantes en el caso de los migrantes o la ausencia del tratamiento médico necesario en el país de retorno, así como riesgos para el disfrute del derecho a la vida (artículos 9 y 10 de la Convención). También se aplica a situaciones en que las personas puedan ser reenviadas a terceros países.

El Comité considera que debe protegerse a los migrantes y sus familiares en los casos en que la expulsión suponga una injerencia arbitraria en el derecho a la familia y a la vida privada. También puede protegerse de la expulsión a los migrantes y sus familiares en situación irregular que requieran protección internacional⁸.

Con relación a la obligación de no devolución, existen diversos supuestos bajo los cuales los órganos de tratados han analizado el alcance y contenido de esta obligación. Por ejemplo, el CCPR ha sostenido que la ejecución por asfixia con gas, en caso de imponerse la pena de muerte al señor Charles Chitat Ng en los Estados Unidos, constituiría un trato cruel e inhumano. En consecuencia, al haberse permitido la extradición del Sr. Ng sin haber pedido ni recibido garantías de que no sería ejecutado por parte de las autoridades estadounidenses, implicaron una violación del artículo 7 del Pacto por parte de Canadá⁹.

Por su parte, el Comité contra la Tortura, determinó que Suecia tenía la obligación de abstenerse de retornar forzosamente al señor Halil Haydin, un nacional turco que se encontraba residiendo y solicitando asilo en Suecia, dado que existían motivos fundados para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura si fuera devuelto a Turquía. Lo anterior en razón de los antecedentes familiares del señor Haydin, sus actividades políticas, en particular, su afiliación al Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK), su historial de detenciones y torturas, así como los indicios de que las autoridades turcas le estaban buscando¹⁰.

Las obligaciones en materia de no devolución también han sido analizadas respecto a la violencia que podría ser ejercida por actores no estatales, tales como las pandillas o maras. El caso de José Henry Monge Contreras, un nacional de El Salvador que huyó de su país hacia Canadá como consecuencia de la violencia de las pandillas, en particular, por parte de la Mara Salvatrucha (MS-13). Este caso trata sobre el riesgo que corría el señor Monge Contreras de ser devuelto a su país en el marco de un procedimiento de expulsión tras haber sido rechazada su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado en Canadá.

El señor Monge Contreras alegó que se convirtió en blanco de la MS-13 luego de presenciar el asesinato de su hermano y posteriormente participar en una investigación que culminó con la detención y encarcelamiento de tres integrantes de la MS-13.

⁸ Comité sobre Trabajadores Migratorios, Observación general N.º 2, Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familias, 28 de agosto de 2013, párr. 50.

⁹ CCPR, Charles Chitat Ng vs. Canadá, CCPR/C/49/D/469/1991, 7 de enero de 1994, párr. 17.

¹⁰ CAT, Halil Haydin vs. Suecia, CAT/C/21/D/101/1997, 16 de diciembre de 1998, párrs. 6.7–6.9.

Al respecto, el CCPR determinó que Canadá no tuvo debidamente en cuenta toda la información disponible y sus efectos acumulativos, según los cuales el señor Monge Contreras correría un riesgo real de sufrir un daño irreparable en caso de ser expulsado a El Salvador. Así, el Comité determinó que la expulsión del señor Monge Contreras a El Salvador violaría los derechos a la vida (artículo 6) y la prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes (artículo 7) en el PIDCP¹¹.

En el caso de Flor Agustina Calfunao Paillalef, defensora del pueblo indígena mapuche en Chile y solicitante de asilo en Suiza, el Comité contra la Tortura determinó que, de conformidad con el artículo 3 de la Convención, Suiza debía reconsiderar su solicitud de asilo y abstenerse de deportarla a Chile mientras su solicitud estuviese siendo examinada, en razón a que estaría en riesgo de sufrir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes en dicho país. Al respecto, el Comité consideró que existía un patrón de violaciones sistemáticas de los derechos humanos del pueblo mapuche en Chile, así como contras las personas que defienden los derechos y las tradiciones del pueblo mapuche¹².

Por último, un desarrollo reciente en materia de no devolución que vale la pena ser destacado es el caso de Ioane Teitiota vs. Nueva Zelanda, en particular, por lo que puede implicar para la protección contra la devolución de personas que se ven forzadas a migrar de sus países como consecuencia de los efectos del cambio climático. A pesar de que el Comité determinó que en el presente caso no hubo violación al artículo 6 del PIDCP por la deportación del solicitante de Nueva Zelanda a Kiribati¹³, es importante tener en cuenta que en análisis de fondo del caso el CCPR abre la posibilidad para que personas que vean su derecho a la vida amenazado como consecuencia de los efectos del cambio climático puedan ser protegidas contra la devolución. Al respecto, el Comité estableció que:

[...] Tanto los eventos de inicio repentino (como tormentas intensas e inundaciones) como los procesos de inicio lento (como el aumento del nivel del mar, la salinización y la degradación de la tierra) pueden impulsar el movimiento transfronterizo de personas que buscan protección contra los daños relacionados con el cambio climático. El Comité opina que sin esfuerzos nacionales e internacionales firmes, los efectos del cambio climático en los Estados receptores pueden exponer a las personas a una violación de sus derechos en virtud de los artículos 6 y 7 del Pacto, lo que desencadenará las obligaciones de no devolución de los Estados emisores. Además, dado que el riesgo de que todo un país se sumerja bajo el agua es un riesgo tan extremo, las condiciones de vida en ese país pueden volverse incompatibles con el derecho a una vida digna antes de que se materialice el riesgo¹⁴.

¹¹ CCPR Jose Henry Monge Contreras vs. Canadá, N.º 2613/2015, 27 de marzo de 2017, párrs. 8.11 y 9.

¹² CAT, Flor Agustina Calfunao Paillalef vs. Suiza, CAT/C/68/D/882/2018, 5 de diciembre de 2019, párrs. 9-10.

¹³ CCPR, Caso de Ioane Teitiota vs. Nueva Zelanda, CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 de enero de 2020, párrs. 9-10.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 9.11.

IV. Conclusiones

Si bien el DIDH se basa en la premisa de que los derechos humanos deben ser gozados por todos los seres humanos, los derechos de las personas migrantes han tenido que irse abriendo paso de manera gradual dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos. El principio de la soberanía estatal hizo que, durante mucho tiempo, la protección de los derechos humanos de las personas migrantes se encontrase marginada o, por lo menos, cuestionada por parte de múltiples Estados.

A pesar de lo anterior, los órganos y procedimientos del Sistema Universal de Derechos Humanos han ido tomando pasos para garantizar la protección normativa, así como el desarrollo de estándares legales en materia de derechos humanos de las personas migrantes. En materia normativa, los Estados Miembros de las Naciones Unidas han aceptado su deber de proteger los derechos humanos de las personas migrantes al haber ratificado uno o más de los principales tratados de derechos humanos, los cuales aplican para todas las personas, independientemente de su nacionalidad o situación migratoria.

Lo anterior cobra especial relevancia para aquellos Estados que aún no han ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

A través de mecanismos como los de comunicaciones o quejas individuales, las observaciones generales y las observaciones finales, los órganos de tratados de derechos humanos han ido dando alcance y contenido a los derechos reconocidos en sus respectivos tratados con relación a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

En este sentido, es importante que los órganos de tratados de derechos humanos sigan desarrollando su jurisprudencia con relación a la protección de las personas migrantes y, en particular, respecto a los nuevos desafíos que estas personas enfrentan.

A su vez, es importante que estos estándares también sean incorporados por las cortes nacionales en su jurisprudencia relativa a personas migrantes, en una relación sinérgica entre el derecho internacional y el derecho nacional.

Por último y en adición a los desarrollos normativos y de estándares jurisprudenciales antes mencionados, la siguiente frontera tiene que ver con la implementación efectiva a nivel nacional de dichas normas y estándares de derechos humanos de las personas migrantes.

ACCESO A LA JUSTICIA: SU IMPORTANCIA PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

JUAN CARLOS MURILLO GONZÁLEZ*

I. Introducción¹

El acceso a la justicia para las personas solicitantes de asilo y refugiadas se ha visto fortalecido en años recientes por importantes desarrollos que van desde la creciente jurisprudencia nacional, la conformación de clínicas legales, el lanzamiento de la Red de Apoyo Legal para los Refugiados en las Américas (RARLA), la creación de la Red Latinoamericana sobre Derecho de Refugiados del Comité Helsinki Húngaro (Red LAREF), la adopción de estándares de derechos humanos para el tratamiento de refugiados por parte de la Corte-IDH (incluyendo el contenido y alcance del derecho de asilo y su relación con los instrumentos internacionales sobre refugiados), así como la adopción y difusión de Normas y Estándares del Sistema Interamericano: derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados de la CIDH.

Es motivo de complacencia que muchas de las iniciativas y posiciones compartidas por el ACNUR ya formen parte del acervo jurídico interamericano en materia de protección internacional de refugiados y se vean reflejados en la jurisprudencia nacional y regional.

Las presentes notas no pretenden resumir esta dinámica evolución, pero la tienen presente de cara a los nuevos desafíos y oportunidades que vemos en las Américas para continuar fortaleciendo el acceso a la justicia para personas solicitantes de asilo y refugiadas.

II. El acceso a la justicia y el ciclo de desplazamiento forzado

El acceso a la justicia es de vital importancia para la protección internacional de los refugiados, tanto para el respeto y goce efectivos de otros derechos humanos, y el fortalecimiento del Estado de Derecho, como para preservar el derecho humano de solicitar asilo² y la integridad misma de la protección internacional para las víctimas de la persecución, las violaciones de derechos humanos, los conflictos, la inseguridad y la violencia. La persona refugiada carece de la protección de su país de origen. Los Estados tienen la obligación de proteger a sus nacionales y a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

* Abogado y Notario Público costarricense. Funcionario del ACNUR desde 1991 y, en la actualidad, Representante Regional del ACNUR para el Sur de América Latina. Las opiniones expresadas en este artículo son del autor y no expresan ni representan las opiniones del ACNUR o de las Naciones Unidas.

¹ El presente artículo se basa en una presentación realizada por el autor en la Cátedra Nansen del Instituto Interamericano de Derechos Humanos a través del curso interdisciplinario de derechos humanos "Justicia y Seguridad" en 2005 y que fue publicada en su oportunidad, así como en las presentaciones realizadas en 2011 y 2015 en eventos organizados por la Corte Suprema de México, con el apoyo de Sin Fronteras I.A.P, como parte de la elaboración, lanzamiento y difusión del Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia a personas migrantes y sujetas de protección internacional en dicho país.

² El derecho de asilo como derecho humano está reconocido en el artículo 14 de la DUDH. Su consagración en la DADDH (Artículo XXVII) y la CADH (Artículo 22.7) es más generosa, ya que alude al derecho de solicitar y recibir asilo en caso de persecución.

El acceso a la justicia como derecho fundamental influye y está presente en todo el **ciclo de desplazamiento forzado**. En efecto, su acceso efectivo en el país de origen puede ser un factor determinante en la **prevención** del desplazamiento forzado, al mismo tiempo que su carencia o su mala utilización es también una de las causas que generan refugiados. En consecuencia, en determinadas situaciones, puede existir un **nexo causal** entre la carencia o deficiencia de la administración de justicia y la subsecuente persecución o amenaza de persecución, y la necesidad de protección internacional. Una deficiente administración de justicia y la impunidad son factores desestabilizadores del Estado de derecho, y pueden contribuir a generar desplazamientos forzados³.

Las solicitantes de asilo y refugiadas en tanto personas no nacionales bajo la jurisdicción de un Estado tienen derecho a disfrutar del pleno goce del acceso a la justicia. Asimismo, son sujetas de derechos fundamentales, tanto los establecidos en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 (Convención de 1951) y su Protocolo de 1967, como otros derechos humanos consagrados en instrumentos universales y regionales.

También puede afirmarse que el acceso a la justicia como derecho humano incide directamente en la **calidad del asilo** que se otorga a las personas refugiadas. Una administración de justicia deficiente en el país de asilo podría cuestionar la protección de la que goza la persona refugiada y si ésta es realmente efectiva.

El acceso efectivo a la justicia también incide en la búsqueda de **soluciones duraderas** para las personas refugiadas. El restablecimiento y fortalecimiento de este derecho puede favorecer las condiciones para la **repatriación voluntaria**⁴. Igualmente, la vigencia y respeto de este derecho posibilita y promueve la **integración local**, dando la oportunidad a las personas refugiadas de reiniciar una nueva vida en las comunidades receptoras en los países de asilo. Por el contrario, un mal funcionamiento de la administración de la justicia en los países de asilo puede hacer que una persona refugiada necesite **reasantamiento** en un tercer país o se vea compelido a buscar protección efectiva en otro país.

Sin embargo, existen distintos retos que las personas solicitantes de asilo y refugiadas deben sobrellevar para tener un acceso efectivo a la justicia, además de su vulnerabilidad⁵ y el trauma mismo del desarraigo, la persecución sufrida o temida, o la amenaza (actual o potencial) contra su vida, seguridad o libertad, entre ellos una adecuada información sobre los procedimientos, la posibilidad de contar con asesoría y representación judicial adecuadas teniendo presente su edad, género y diversidad, la existencia de clínicas legales y abogados *pro bono* para una asesoría calificada, y la debida capacitación y formación de jueces para la aplicación de las normas y principios del derecho internacional de los refugiados (DIR), y de derechos humanos.

³ Sobre la diferencia entre enjuiciamiento y persecución, véanse: ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrs. 56-60, y ACNUR, Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrs. 18, 2001.

⁴ Comité Ejecutivo del ACNUR en las Conclusiones N.º 18(XXXI) de 1980, y N.º 40(XXXVI) de 1985.

⁵ Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y en relación con sus beneficiarios: las personas de solicitantes de asilo y refugiados.

El acceso a la justicia se ve también reflejado en la judicialización de casos como una tendencia regional a nivel nacional y en el SIDH⁶, lo cual denota no solo un mejor conocimiento de derechos por parte de los beneficiarios de la protección internacional, sino también un desarrollo ulterior del DIR en el continente.

Hoy, en el nuevo contexto regional que da cuenta de una multiplicidad de crisis humanitarias, ante políticas restrictivas sobre protección de refugiados y el énfasis migratorio y securitista de muchos países frente al desplazamiento forzado o los movimientos mixtos que incluyen a personas necesitadas de protección internacional, se requiere de la judicialización de casos para garantizar los derechos al asilo, la no devolución y el acceso efectivo al territorio y a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

Observamos también un número creciente de solicitudes de expulsión sin garantías de debido proceso y solicitudes de extradición que involucran a personas necesitadas de protección internacional, y en algunos casos sin hacer evaluaciones de estas necesidades diferenciadas de protección.

La consolidación del derecho de asilo y del desarrollo progresivo del DIR depende en buena medida de un acceso efectivo a la justicia. El desarrollo del derecho comparado y los concursos organizados entre las mejores sentencias en materia de protección de refugiados son buenas prácticas regionales que contribuyen a la consolidación del régimen de protección internacional de refugiados a través del control de convencionalidad, la incorporación de estándares de derechos humanos y la integración de las distintas ramas del derecho internacional para la protección de las personas. Este intercambio de buenas prácticas favorecerá la cooperación sur-sur en materia de protección internacional de refugiados.

Frente a este panorama regional, resulta relevante considerar en qué circunstancias es necesario garantizar el acceso a la justicia para las personas solicitantes de asilo y refugiadas.

III. El acceso a la justicia y las personas solicitantes de asilo y refugiadas

Este derecho está garantizado por instrumentos internacionales en los siguientes términos:

a) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (Artículo 16)

El libre acceso a los tribunales para las personas refugiadas está consagrado en el artículo 16 de la Convención de 1951. Es importante anotar que el acceso irrestricto a los tribunales y a la justicia tiene tal relevancia para la protección de las personas refugiadas que no admite reserva por parte de los Estados y se garantiza en igualdad de condiciones que los nacionales de un Estado.

⁶ La CIDH cuenta con larga trayectoria en resolución de casos contenciosos, medidas cautelares e informes temáticos sobre personas solicitantes de asilo y refugiadas, mientras que la Corte-IDH ha desarrollado jurisprudencia mediante el caso Pacheco Tineo contra Bolivia y las Opiniones Consultivas 21/14 sobre derechos de niños y niñas en el contexto de migración y/o necesidades de protección internacional y 25/18 sobre el asilo como derecho humano en el SIDH.

En este sentido, es encomiable la función de las organizaciones de sociedad civil y las clínicas legales adscritas a los centros universitarios en muchos países de la región para garantizar representación legal oportuna y calificada⁷. Asimismo, son buenas prácticas el establecimiento de programas de asesoría legal para solicitantes de asilo y refugiados por parte de los Estados a través de las **Defensorías Públicas**⁸ y los convenios suscritos por el ACNUR con las **Defensorías del Pueblo** o **Procuradurías de Derechos Humanos** en muchos países de América Latina.

Asimismo, las Cortes Supremas de varios países de la región han garantizado el acceso a la justicia de personas solicitantes de asilo y refugiadas⁹, otras Cortes de Constitucionalidad han firmado acuerdos de cooperación con ACNUR, como Colombia y Ecuador. Adicionalmente, el ACNUR participa en los programas de formación de jueces en materia de DIR con las Escuelas Judiciales de Costa Rica, México y Uruguay.

Por otra parte, una mayor participación de los jueces y expertos latinoamericanos en DIR en la Asociación Internacional de Jueces de Derecho Internacional permitirá el intercambio de buenas prácticas sobre protección de refugiados.

Las personas solicitantes de asilo y refugiadas pueden recurrir a los tribunales para salvaguardar sus derechos fundamentales en distintas situaciones, a saber:

1. Revisión judicial de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado

Una solicitud de asilo denegada por la autoridad administrativa o migratoria puede, una vez agotados los recursos correspondientes en la vía administrativa (p. ej., revocatoria, apelación, reconsideración), puede ser recurrida ante los tribunales para la revisión judicial de su caso.

La revisión judicial demuestra un mayor conocimiento de sus derechos por parte de las personas solicitantes de asilo y refugiadas, y permite preservar la integridad del asilo consolidando el régimen legal de protección de refugiados, a través de una interpretación adecuada de las normas y principios de la protección internacional de refugiados por parte de las autoridades judiciales.

2. Interposición de recursos internos para salvaguardar derechos constitucionales

En los últimos años hemos observado un incremento en el número de recursos constitucionales (recurso de amparo/tutela, *habeas corpus*, *habeas data*) interpuestos por personas solicitantes de asilo y refugiadas solicitando intervención judicial para la protección del derecho a solicitar y recibir asilo, el acceso efectivo al procedimiento para la determinación de la condición, la protección contra la devolución y la expulsión, la detención administrativa como medida indeseable y de último recurso, entre otros.

⁷ Véase como ejemplo: Acceso a la justicia para personas migrantes y refugiadas en México: Experiencias de trabajo de la red de abogados pro bono de Sin Fronteras I.A.P. como ejemplo de programas existentes de asesoría legal.

⁸ “Programa para la Asistencia y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio”, en el ámbito de la Defensoría General de la Nación” (2007).

⁹ Corte Suprema de Justicia, El Acceso a la justicia de las personas migrantes y refugiadas y Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional, 2013.

La integración de normas y estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos ha permitido novedosos desarrollos normativos del derecho de asilo como derecho subjetivo, a través de interpretaciones jurisprudenciales, tales como las emitidas por la Sala Constitucional de Costa Rica¹⁰ y la Corte-IDH¹¹.

3. Acceso a la justicia en casos de deportación, expulsión y extradición

Las personas solicitantes de asilo y refugiadas también se ven expuestas a solicitudes de deportación, expulsión y extradición en vía judicial, en virtud de las cuales las autoridades judiciales tienen que referirse a la procedencia de dichos actos sobre la base de la solicitud de asilo o del reconocimiento de la condición de refugiado, para salvaguardar el principio de no devolución y el derecho de asilo (garantizar acceso al territorio, no sanción por ingreso irregular, y acceso efectivo al procedimiento de determinación de la condición de refugiado).

4. Acceso a los tribunales de justicia como derecho humano fundamental de las personas refugiadas

Las personas solicitantes de asilo y refugiadas gozan en igualdad de condiciones que los nacionales del acceso irrestricto a los tribunales para dirimir sus pretensiones y salvaguardar sus derechos y garantías, ya sean de carácter laboral, civil, familiar, penal, administrativo u otra índole.

b) CADH o Pacto de San José de 1969

Los artículos 8 y 25 de la CADH en relación con el artículo XVIII de la DADDH establecen las garantías judiciales aplicables sin discriminación alguna a toda persona, nacional o extranjera, sujeta a la jurisdicción de un Estado (Artículo 1.1). Sobre la base de la jurisprudencia de los órganos de supervisión del SIDH, estas garantías son aplicables tanto a procedimientos administrativos como de cualquier otra naturaleza para la determinación de derechos¹². En tanto el derecho de solicitar y recibir asilo está reconocido plenamente en el artículo 22.7 de la CADH, estas garantías judiciales son igualmente aplicables a los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado en las Américas.

Por lo tanto, la obligación de los Estados de adoptar mecanismos legislativos o de otra naturaleza para la determinación de la condición de refugiado emana del artículo 22.7 en relación con los artículos 1 y 2 de la CADH y ha de inspirarse en las garantías judiciales establecidas en los artículos 8 y 25.

Los estándares básicos de protección para la determinación de la condición de refugiado en las Américas van más allá de un procedimiento justo y eficiente, para hablar de garantías de debido proceso¹³, el cual incluye un recurso efectivo que les permita acceder al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, que les posibilite el ejercicio pleno y real del derecho de solicitar y recibir asilo, a través de una entrevista con todas las garantías procesales.

¹⁰ Véase la sección de jurisprudencia de RefWorld para resoluciones e intervenciones del ACNUR en tribunales nacionales y regionales en América Latina.

¹¹ Ob. cit. 6.

¹² Corte-IDH, Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, 2 de febrero de 2001 y Caso Tribunal Constitucional contra Perú, 31 de enero de 2001.

¹³ Corte-IDH, Caso Pacheco Tineo contra Bolivia, 25 de noviembre de 2013, párr. 159.

IV. Consideraciones finales

El acceso a la justicia de las personas solicitantes de asilo y refugiadas es un derecho fundamental tanto para garantizar la protección internacional y el Estado de derecho, como para la protección y el ejercicio efectivo de otros derechos humanos.

La importancia del acceso a la justicia está presente en todo el ciclo del desplazamiento forzado, y juega un papel importante en la prevención de las causas que generan refugiados. Igualmente, incide en el ejercicio de derechos fundamentales, la calidad del asilo, y puede contribuir a la búsqueda de soluciones duraderas.

El acceso a la justicia se materializa en distintas situaciones concretas, desde la revisión de una resolución denegatoria de la condición de refugiado, a la interposición de recursos judiciales, consideración de solicitudes de expulsión y extradición y el amparo judicial de pretensiones de distinta índole para la protección de derechos.

Existen buenas prácticas en la región para garantizar el acceso a la justicia de personas migrantes y refugiadas implementadas por organizaciones de sociedad civil, clínicas legales, Defensorías Públicas y Defensorías del Pueblo o Procuradurías de Derechos Humanos. Como parte de la cooperación sur-sur es importante promover el intercambio de estas buenas prácticas a través de foros regionales.

La jurisprudencia nacional, así como los estándares desarrollados por el SIDH han venido a consolidar el derecho del asilo y la protección internacional de refugiados en el continente. Se requiere dar mayor difusión a dichos estándares para lograr un mayor conocimiento e incorporación a la práctica de los oficiales de determinación de la condición de refugiado y a autoridades judiciales que deciden sobre estos casos. Los esfuerzos realizados por garantizar asesoría y representación legales de calidad para solicitantes de asilo y refugiadas que tenga en cuenta su **edad, género y diversidad** deben ser acompañados por programas de formación de jueces en cooperación con las Escuelas Judiciales de los países de la región. Mayor cooperación con la Asociación Internacional de Jueces de DIR podría promover el intercambio de buenas prácticas y un mejor conocimiento a nivel internacional de los desarrollos progresivos del DIR en América Latina y el Caribe.

La judicialización de casos y el **litigio estratégico** son fundamentales para preservar el derecho de asilo y consolidar el desarrollo progresivo del DIR en las Américas, particularmente en un contexto regional donde la contribución regional al desarraigo mundial supera el 17%, con múltiples situaciones humanitarias de desplazamiento forzado.

Finalmente, hacemos un llamado para que la **responsabilidad de supervisión** de los instrumentos internacionales de protección de refugiados encomendada al ACNUR se vea reflejada en una mayor participación en instancias nacionales y regionales donde se diriman casos paradigmáticos para la protección internacional de refugiados, cooperando con la función judicial a través de la presentación de **amicus curiae** como opinión autorizada y con la participación de sus funcionarios como **peritos expertos**, cuando así se requiera.

Buenos Aires, 15 de julio de 2021

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS MIGRANTES, SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADAS: ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

ROMINA I. SIJNIENSKY*

El SIDH ha contribuido al reconocimiento del acceso a la justicia como un derecho humano fundamental¹, lo que abre “un campo de poder para sus titulares”², ya que no solo constituye un derecho en sí mismo, sino que juega un rol instrumental esencial para la eficacia de los otros derechos.

El acceso a la justicia se asienta sobre la lectura conjunta de los artículos 8 y 25 de la CADH, los cuales disponen una serie de garantías judiciales, la tutela judicial efectiva y el acceso a recursos rápidos y sencillos. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana en la materia se encuentra íntimamente ligado a la efectividad de estos derechos bajo la mirada del principio de igualdad material y no discriminación.

Cuando su titular es una persona en situación de vulnerabilidad, como en el contexto de la migración o con necesidades de protección internacional, este derecho adquiere dimensiones particulares, al evidenciarse las barreras y obstáculos que impiden su ejercicio en condiciones de igualdad, así como los ajustes necesarios en términos de política estatal para la provisión de un servicio que les sea accesible y efectivo³.

Los casos que han llegado a la Corte-IDH tienen como eje común obstáculos recurrentes que afrontan estas personas al acceder a la justicia: la falta de notificación de la apertura o del resultado de sus procesos y su nula participación en los mismos; la falta de información sobre los procedimientos y el sistema jurídico aplicable; y la práctica extendida de notificar directamente a los consulados sobre personas extranjeras detenidas sin informarles primero de su derecho a la asistencia consular.

* Secretaria Adjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones vertidas en este artículo son personales y de responsabilidad exclusiva de la autora. Algunas ideas expuestas en este artículo retoman otras expresadas en publicaciones previas: Sijniensky, Romina I., “Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor Vs. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, volumen 2011, tomo IV, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, págs. 71-97 y Sijniensky, Romina I., “El acceso efectivo a la justicia y los nudos críticos para el control de convencionalidad en materia de movilidad humana”, *Revista Temas de Derecho Constitucional de la Corte Constitucional de Colombia*, Año 1, Revista 1, Bogotá, 2019, págs. 83-104.

¹ Corte-IDH. *Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrs. 50 y 52; Bernalés Rojas, Gerardo, “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N.º 3, Chile, 2019, págs. 277-306.

² CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 2007, párr. 236.

³ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia) establecen a la migración y el desplazamiento interno como causas de vulnerabilidad con necesidad de “actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones”.

Además, se ha advertido sobre el riesgo agravado que sufre una persona en situación migratoria irregular de ser deportada, expulsada o privada de su libertad cuando acude a las instancias administrativas o judiciales a reclamar sus derechos⁴, así como sobre la impunidad que suele imperar sobre la base de prejuicios, xenofobia y racismo cuando se reclama justicia⁵.

Adicionalmente, se percibe el impacto diferenciado de las barreras económicas y geográficas, así como la falta de articulación entre leyes y prácticas migratorias y de protección internacional con el régimen de protección integral de la niñez. La Corte-IDH visibiliza estas realidades y, a partir de ello, desarrolla estándares de protección para las personas en situación de movilidad. El objeto de este breve artículo es, precisamente, recopilar los estándares interamericanos relativos al acceso a la justicia de las personas en movilidad.

A. Una lectura del acceso a la justicia desde el principio de igualdad material y no discriminación

La Corte-IDH reconoce la situación estructural de desventaja en la que se encuentran las personas extranjeras y el riesgo de sufrir vulneraciones en su acceso a la justicia⁶. Es obligación de los Estados corregir dicha situación y contrarrestar el desbalance respecto de otros justiciables, a través de la normativa y práctica estatal, brindando un plexo de garantías diferenciadas, englobadas dentro del concepto de “medidas de compensación”.

Así, la Corte-IDH ha puesto el foco en el acceso a la justicia y el elenco de garantías judiciales, promoviendo una lectura a la luz del principio de igualdad material y no discriminación. Para ello, ha tomado en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas extranjeras detenidas, indocumentadas o en situación irregular, postulando que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”⁷, a través de “medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”⁸.

En la Opinión Consultiva OC-16/99, la Corte-IDH “ampl[ió] el horizonte de la protección de los justiciables”⁹, en este caso personas detenidas extranjeras, al interpretar que el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares recoge como componente de las debidas garantías, “derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”¹⁰.

⁴ Corte-IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N.º 18, párr. 114 y Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N.º 282, párrs. 171 y 197.

⁵ Corte-IDH. OC-18/03, párr. 113 y Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N.º 218, párr. 98.

⁶ Corte-IDH. OC-18/03, párr. 112; Vélez Loor vs. Panamá, párr. 98; Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N.º 251, párr. 153; Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N.º 272, párr. 128 y Roche Azaña y otros vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C N.º 403, párr. 91.

⁷ Corte-IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16, párr. 119.

⁸ Ídem.

⁹ Ibídem, párr. 124.

¹⁰ Ibídem, párr. 84 y resolutivo primero.

Agregó que garantizar el derecho de ser informado oportunamente de su derecho a la asistencia consular implica brindar la posibilidad de “hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas” en igualdad real de condiciones con otros justiciables¹¹.

Posteriormente, en su Opinión Consultiva OC-18/2003, la Corte-IDH elaboró sobre el carácter *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, así como la necesidad de que sea asegurado a toda persona extranjera que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado¹².

Se expidió sobre su aplicabilidad en el abordaje de reclamos judiciales respecto de los derechos laborales de los trabajadores migrantes¹³, pronunciándose sobre la necesidad de garantizar el acceso a la justicia, con independencia del estatus migratorio de la persona¹⁴. Así, reafirmó que las personas migrantes son sujetas y titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, mediante un recurso sencillo y efectivo, y del conjunto de las garantías de debido proceso, incluyendo un servicio público gratuito de defensa legal a su favor¹⁵.

B. Hacia la igualdad real a través de las garantías procesales y las “medidas de compensación”

La Corte-IDH ha afirmado la titularidad de las garantías de debido proceso para toda persona, independiente de su situación migratoria¹⁶. Dichas garantías son aplicables a procedimientos migratorios sancionatorios, de expulsión y/o deportación, sean de carácter administrativo o judicial, por su naturaleza y la gravedad de la injerencia sobre los derechos y libertades de la persona¹⁷.

La Corte precisó las siguientes garantías¹⁸: 1) ser oído por una autoridad competente; 2) ser informado expresa y formalmente de los motivos para la imposición de una sanción administrativa, o medida de expulsión y/o deportación y, en su caso, de los cargos que hubiere en su contra; 3) oportunidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la medida; 4) asistencia jurídica gratuita y traducción o interpretación; 5) información sobre su derecho a la asistencia consular; 6) revisión con carácter suspensivo; y 7) decisión motivada y fehacientemente notificada.

¹¹ *Ibidem*, párr. 120.

¹² Corte-IDH. OC-18/03, párr. 101 y resolutivo cuarto.

¹³ *Ibidem*, resolutivo octavo.

¹⁴ *Ibidem*, párrs. 106, 107, 109, 121 y 122, resolutivos sexto y séptimo.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 126.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 121.

¹⁷ Corte-IDH. Vélez Loo vs. Panamá, párr. 142; Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párr. 157; Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, párrs. 130-132; Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, párr. 349 y Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párrs. 111-112.

¹⁸ Corte-IDH. Vélez Loo vs. Panamá, párr. 144; Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párr. 175; Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, párr. 133 y Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, párr. 356.

Las garantías mínimas también deben asegurarse en procedimientos para la determinación de la condición de refugiado, los cuales en general son de carácter administrativo, pero conllevan “una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal”¹⁹.

Así, la Corte-IDH sostuvo que la persona solicitante debe ser oída con las debidas garantías mediante un procedimiento justo y eficiente para la determinación de su condición de refugiada, a partir de una interpretación conjunta del derecho a buscar y recibir asilo con los artículos 8 y 25 de la CADH²⁰.

Describió las siguientes garantías²¹: 1) tiempo y medios adecuados para presentar su caso, garantizando las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como asesoría y representación legal; 2) información del procedimiento en un lenguaje y modo que pueda comprender; 3) ser oído por la autoridad competente y a que se adopte una decisión con objetividad; 4) decisión motivada; 5) confidencialidad; 6) notificación de la decisión y sus motivos; y 7) recurso con efectos suspensivos, permitiendo al solicitante que permanezca en el país hasta que se adopte la decisión final del caso.

En cuanto a la noción de “medidas de compensación” para sobrellevar los obstáculos que pueden afrontar las personas en movilidad, éstas se traducen en garantías procesales específicas y adaptadas a fin de lograr el tan ansiado objetivo de brindar un acceso efectivo a la justicia y asegurar un debido proceso en términos de igualdad real con otros justiciables²². Es posible identificar tres garantías fundamentales para contrarrestar los efectos de la condición de particular vulnerabilidad que genera encontrarse sometido a medidas que conllevan una pronunciada restricción de derechos, en un medio social y muchas veces también lingüístico diferente, con un sistema legal que se desconoce: 1) acceso gratuito a un intérprete o traductor, especialmente cuando no comprende el idioma en que se desarrolla el procedimiento en países de tránsito o destino²³; 2) asistencia consular, entendida como un derecho individual de toda persona extranjera detenida y parte integrante primordial del debido proceso²⁴, pues posibilita, a su vez, “el ejercicio efectivo del derecho de defensa²⁵”; incluye que la persona sea notificada e informada de su derecho; el acceso efectivo a la comunicación libre con el funcionario consular y a recibir sus visitas; y la asistencia consular propiamente²⁶; y 3) asistencia jurídica gratuita proporcionada por el Estado en procedimientos administrativos o judiciales en los que se pueda adoptar una decisión que implique deportación, expulsión o privación de libertad²⁷.

¹⁹ Corte-IDH. Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párrs. 157 y 159.

²⁰ *Ibidem*, párrs. 154-155.

²¹ *Ibidem*, párr. 159.

²² Corte-IDH. OC-16/99, párr. 119.

²³ *Ibidem*, párr. 120.

²⁴ *Ibidem*, párr. 84 y punto resolutivo primero; y Vélez Loor vs. Panamá, párrs. 151-152.

²⁵ Corte-IDH. OC-16/99, párr. 86 y Vélez Loor vs. Panamá, párr. 154.

²⁶ Corte-IDH. Vélez Loor vs. Panamá, párr. 153.

²⁷ *Ibidem*, párr. 146.

C.La incorporación de la protección integral de la niñez y su interseccionalidad con la condición de movilidad

La Corte-IDH ha promovido la aplicación de un enfoque interseccional al interpretar el contenido del derecho de acceso a la justicia y las garantías judiciales en conexión con la protección integral de la niñez, tomando en cuenta la situación de movilidad, la autonomía progresiva y los principios cardinales de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸. En consecuencia, el derecho a participar, a ser oído y el interés superior adquieren vital relevancia²⁹.

La Corte consideró que la protección especial derivada del artículo 19 de la CADH irradia los procedimientos judiciales o administrativos que involucran NNA, implicando “una protección más rigurosa” de los artículos 8 y 25³⁰. Fijó pautas elementales para diseñar e implementar procedimientos adaptados, apropiados, seguros y accesibles a las necesidades de la niñez, debiendo: 1) priorizar la protección integral de la niñez sobre las políticas migratorias³¹; 2) garantizar el acceso a la justicia y un efectivo debido proceso ajustado a su condición, necesidades y derechos específicos³²; y 3) asegurar el interés superior como consideración primordial en todas las decisiones³³.

La Corte afirmó que cuando los NNA son solicitantes de asilo “deben gozar de garantías procedimentales específicas”³⁴, destacando representación legal gratuita y especializada; nombramiento de tutor para NNA no acompañados o separados que vele por su bienestar e interés superior; y la realización de la entrevista individual por un profesional que cuente con capacitación especializada en un ambiente no intimidante³⁵.

En la Opinión Consultiva OC-21/2014, la Corte-IDH profundizó sobre las adaptaciones necesarias en las garantías de debido proceso en procedimientos migratorios³⁶: 1) notificación de la existencia del procedimiento y la decisión que debe estar fundamentada; 2) funcionarios o jueces competentes y especializados; 3) ser oído y participar en todas las etapas procesales; 4) traductor y/o intérprete gratuitos; 5) información y acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; 6) representante legal especializado; 7) tutor para NNA no acompañados o separados; 8) evaluación y determinación del interés superior; 9) recurso con efecto suspensivo; y 10) celeridad del proceso.

²⁹ Corte-IDH. Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, párrs. 218-220.

³⁰ *Ibidem*, párr. 220.

³¹ Corte-IDH. OC-21/14, párrs. 41 y 68.

³² *Ibidem*, párrs. 109 y 114.

³³ *Ibidem*, párr. 115.

³⁴ Corte-IDH. Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, párrs. 223-224.

³⁵ Corte-IDH. OC-21/14, párrs. 243-261.

³⁶ *Ibidem*, párrs. 108-143.

D. El acceso a la justicia para víctimas de violaciones de derechos humanos y/o sus familiares

La Corte-IDH ha interpretado que el derecho de acceso a la justicia para víctimas de violaciones de derechos humanos y/o sus familiares conlleva a que cuenten con recursos judiciales idóneos, así como amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los respectivos procesos, desde la procuración del esclarecimiento de los hechos y sanción de responsables hasta la búsqueda de una reparación integral³⁷. Advirtió que no resulta ajustado a la CADH limitar el derecho de participar en el proceso penal relegando todas las garantías al ente encargado de la persecución penal³⁸.

En el Caso de los hermanos Roche Azaña vs. Nicaragua, la Corte consideró la situación de migrante y su imposibilidad de participar o intervenir procesalmente en el proceso que culminó con la absolución de los acusados, dado que ni él ni sus familiares fueron notificados de la existencia misma de la causa penal. Se estableció la responsabilidad internacional del Estado por “la falta de adopción de medidas que aseguraran el acceso a la justicia y la participación efectiva de personas migrantes y de sus familiares en la investigación y proceso penal por los hechos que atentaron contra la vida e integridad personal”, junto con la perpetuación de una situación de impunidad³⁹.

La Corte-IDH enfatizó el deber de asegurar que personas que sufran abusos o violaciones a derechos humanos debido a medidas de gobernanza de fronteras tengan un acceso equitativo y efectivo a la justicia, recurso efectivo, reparación adecuada efectiva y rápida del daño, así como información sobre violaciones de derechos y mecanismos de reparación⁴⁰. Agregó la obligación de investigar y enjuiciar los abusos y violaciones de derechos humanos cometidos en operaciones en zonas fronterizas, imponer penas consecuentes con la gravedad de los delitos y adoptar medidas idóneas con el fin de asegurar la no repetición⁴¹, tales como programas de educación en derechos humanos dirigidos a funcionarios públicos⁴².

E. A modo de conclusión

El acceso efectivo a la justicia y el ejercicio de las garantías de debido proceso confluyen, bajo la mirada del principio de igualdad material y no discriminación, en toda la jurisprudencia interamericana relativa a las personas en movilidad y se proyectan en tres facetas: reducir decisiones arbitrarias en procedimientos migratorios, de expulsión y/o deportación y para la determinación de la condición de refugiado; activar un plexo de garantías diferenciadas o “medidas de compensación” a fin de garantizar un verdadero y efectivo acceso a la justicia en condiciones de igualdad; y erradicar la impunidad de violaciones de derechos humanos.

³⁷ Corte-IDH. *I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N.º 329, párr. 293; *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 199 y *Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*, párrs. 84-85.

³⁸ Corte-IDH. *Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*, párr. 90.

³⁹ *Ibidem*, párr. 96.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 91 y Principio 13.

⁴¹ *Ídem*.

⁴² *Ibidem*, párr. 122 y resolutivo octavo.

LA PROTECCIÓN DE PERSONAS MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

MÓNICA OEHLER TOCA¹

1. Introducción

El DIH es el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales (CAI)² o los conflictos armados no internacionales (CANI)³, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra; asimismo, protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden ser afectados, por el conflicto⁴.

Las personas migrantes están protegidas bajo el DIH, aun cuando no existe una categoría específica para ellas en este cuerpo normativo. Para determinar la regla específica que aplica a una persona migrante⁵, es necesario aclarar si se encuentra dentro de un CAI o un CANI para posteriormente analizar su papel dentro del mismo.

Dado que la mayoría de las personas migrantes, son civiles, el presente artículo se centra en las protecciones otorgadas para este grupo. Este texto aborda la prohibición de distinciones desfavorables en DIH; las protecciones específicas en las que se pueden encontrar las personas migrantes, como i) civiles; ii) personas protegidas; iii) apátridas; y iv) refugiadas; las reglas generales relativas al movimiento de personas y las relativas a personas separadas, desaparecidas o fallecidas en situación de conflicto armado.

2. Prohibición de distinciones desfavorables

Bajo este principio, las personas migrantes, independientemente de su situación migratoria, se encuentran protegidas por las normas del DIH aplicables. Es uno de los principios fundamentales para la protección de personas migrantes al prohibir distinciones desfavorables por criterios como raza, color, lenguaje y origen nacional⁶.

¹ Asesora jurídica para la Delegación de México y América Central del CICR. Las opiniones expresadas en este artículo son de la autora y no necesariamente reflejan la postura del CICR. La autora agradece a Helen Obregón Gieseken, asesora jurídica de la División Legal del CICR y de Paola Burgos, asesora jurídica para la Delegación de México y América Central por sus invaluable comentarios para este artículo.

² Cuando se recurre a la fuerza armada entre dos o más Estados, artículo 2 Común de los Convenios de Ginebra (CG) 1949.

³ Enfrentamientos armados prolongados entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados que surgen en el territorio de un Estado. Debe alcanzar un mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben tener un mínimo de organización. CICR, *Comentario al artículo 3 Común CG*, párr. 423.

⁴ Christophe Swinarski, *Introducción al DIH*, CICR.

⁵ Migrantes para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja: personas que abandonan o huyen de su residencia habitual para dirigirse a nuevos lugares, generalmente al extranjero, para buscar oportunidades o perspectivas más seguras y mejores. El término incluye a otras personas en el contexto de movilidad humana, como refugiadas.

⁶ Norma 88, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

A diferencia del derecho a la no discriminación del DIDH, el DIH no requiere igual tratamiento para todas las personas, sino que permite la posibilidad de establecer ciertas distinciones con la finalidad de dar prioridad a las necesidades más apremiantes en ciertas circunstancias por cuestiones objetivas, por ejemplo, por razones médicas⁷.

3. Protecciones específicas para migrantes bajo DIH

a. Civiles

En CAI, la mayoría de las personas migrantes son civiles y no combatientes, mientras que en CANI (donde no existe el concepto “combatiente”), son personas que no participan directamente en las hostilidades⁸. Esta situación les otorga protecciones especiales en ambos conflictos armados, entre las que destacan las prohibiciones⁹: i) contra ataques, a menos que participen directamente en las hostilidades y por el tiempo en el que sean parte de ellas¹⁰; ii) contra ataques indiscriminados que puedan alcanzar indistintamente a objetivos militares o a población civil, entre los que se encuentran los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto, los que emplean métodos o medios que no pueden dirigirse a un objetivo militar concreto, o que no sea posible limitar sus efectos¹¹; y iii) hacer padecer hambre como método de guerra¹².

b. “Personas protegidas”

Si las personas migrantes se encuentran en un CAI, pueden contar con protecciones específicas al ser consideradas personas protegidas¹³. El artículo 4 del IV Convenio de Ginebra (IVCG) define “personas protegidas” como quienes “en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de un Potencia ocupante de la cual no sean súbditos”¹⁴. El criterio de nacionalidad excluye a algunas personas, como las nacionales del poder ocupante en territorio ocupado. Al respecto, algunas interpretaciones, como la de El Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, han sostenido que el factor determinante es la “falta de lazos reales o vínculos de fidelidad del Estado”¹⁵. Si bien esta interpretación permite ampliar la protección, ha recibido críticas importantes sobre una posible extralimitación de facultades del Tribunal, así como dificultades prácticas de aplicar este concepto ampliado¹⁶.

⁷ Ídem.

⁸ Artículo 3 Común a los CG, Protocolo II Adicional a los CG (PAII) y derecho internacional consuetudinario.

⁹ Helen Obregón Gieseken y Éloïse Ouellet-Decoste, IHL & the protection of migrants caught in armed conflict, 2018.

¹⁰ Artículo 51(2) y 51(3) API y Norma 5 y 6, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

¹¹ Artículo 51(4) API y Norma 11 y 12, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

¹² Artículo 54 API y Norma 53, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

¹³ Helen Obregón Gieseken, "The protection of migrants under international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, 2018, p. 132.

¹⁴ Esta definición excluye a personas de un Estado neutral y cobeligerante mientras su Estado tenga representación diplomática en el Estado que se encuentran.

¹⁵ CICR, "La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional", 31/12/2000.

¹⁶ Marco Sassoli, Laura M. Olson, The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case, 30-09-2000, *International Review of the Red Cross*, N.º 839, p. 3.

Las personas migrantes que gozan de la categoría de “persona protegida” cuentan con protecciones específicas del IVCG. Entre ellas, se establece que su situación sigue regulándose por las disposiciones relativas al trato de migrantes en tiempos de paz, lo cual incluye el DIDH, el DIR y las leyes nacionales¹⁷.

Asimismo, se establece que se les deben garantizar una serie de derechos como el respeto a su religión, recibir socorros individuales o colectivos, tratamiento médico y asistencia hospitalaria, así como a desplazarse en las mismas condiciones que nacionales si están en una región peligrosa¹⁸. Otros derechos importantes que se reconocen son la posibilidad de salir del territorio¹⁹, encontrar un trabajo remunerado y la obligación del Estado parte de satisfacer sus necesidades y de las personas a su cargo si la persona está sometida a medidas de control que le impidan ganarse la subsistencia, en particular, cuando tal persona no pueda, por razones de seguridad, encontrar un trabajo remunerado en condiciones razonables²⁰, recibir subsidios de sus países²¹, entre otros.

Es importante mencionar que en CANI no existe el estatus de persona protegida, por lo que la nacionalidad no es relevante para determinar la protección en DIH. Entre las reglas de protección se encuentran trato digno en todas las circunstancias y sin distinción adversa, así como la prohibición de violación a la vida, dignidad y las sentencias sin un juicio justo y debido proceso²².

c. Apátridas

Las personas apátridas son personas protegidas de acuerdo con el artículo 4 del IVCG, debido a que no cuentan con ninguna nacionalidad, y, por lo tanto, no tienen “la nacionalidad del país del conflicto en el que se encuentran”. El IVCG no cuenta con una definición específica de “apátrida”, sin embargo, el criterio fundamental es que la persona no cuente con ninguna nacionalidad²⁴.

Cuando aplica el PAI, se considera explícitamente a las personas apátridas como personas protegidas si antes del comienzo de las hostilidades fueron consideradas apátridas de acuerdo con convenios internacionales pertinentes o la legislación nacional. Si bien el PAI establece una restricción temporal, ésta es irrelevante en términos prácticos, puesto que las personas apátridas ya son reconocidas como personas protegidas bajo el IVCG, incluyendo a las personas que se convirtieron en apátridas después de las hostilidades. Así, en los casos donde aplican el IVCG y el PAI, el estatus de persona protegida se extiende a personas que antes o después de las hostilidades son consideradas apátridas de acuerdo con instrumentos internacionales y legislación nacional²⁵.

¹⁷ Artículo 38, IVCG.

¹⁸ Artículo 38, IVCG

¹⁹ Artículo 35, IVCG

²⁰ Artículo 39, ICG

²¹ Artículo 39, ICG

²² Ob. cit. 8, p. 4.

²³ Ob. cit. 13, p. 134.

²⁴ *Ibidem*, p. 133.

²⁵ *Ídem*.

d. Refugiadas

Muchas personas refugiadas son “personas protegidas” bajo el artículo 4 del IVCG. Esto implica, entre otras cosas, que no serán tratadas como personas extranjeras enemigas, exclusivamente por su pertenencia jurídica a un Estado enemigo²⁶. A pesar de lo anterior, no todas las personas son “protegidas” bajo el IVCG aun cuando no gozan de la protección de su país de origen, esto se deriva de la aplicación del artículo 73 del PA1, tal como se explicará a continuación²⁷.

Una persona migrante puede ser refugiada bajo el artículo 44 del IVCG si, de hecho, “no disfruta de la protección de ningún gobierno”. Esta definición es más amplia que la existente para persona refugiada en DIR y DIDH. Este artículo protege a las personas que tienen la nacionalidad de la parte adversa, con la intención de que no sean tratadas como extranjeras enemigas exclusivamente a causa de su pertenencia jurídica a un Estado enemigo.

Otro supuesto reconocido en el artículo 70 del IVCG es cuando una persona nacional de la potencia ocupante había pedido asilo en el territorio ocupado antes del comienzo del conflicto. Estas personas no son reconocidas como protegidas bajo el IVCG ya que son nacionales del Estado ocupante, sin embargo, requieren protección ya que están en manos del Estado del que huyeron. Así, se establece que no pueden ser detenidas, procesadas, condenadas o deportadas fuera del territorio ocupado, si no es por infracciones cometidas después del comienzo de las hostilidades o por delitos de derecho común cometidos antes del comienzo de las mismas.

Finalmente, el artículo 73 del PAI extiende la protección como personas protegidas sin ninguna distinción desfavorable, para los efectos del IVCG, a toda persona reconocida como refugiada: i) antes del comienzo de las hostilidades, lo que deja fuera de protección a las personas que no habían sido reconocidas como refugiadas o bien que se convierten en refugiadas después de las hostilidades; y ii) de conformidad con instrumentos internacionales o la legislación nacional. Es importante mencionar que la decisión de reconocer la condición de refugiado es obligatoria para todas las partes del conflicto y que estas personas deben ser tratadas como personas protegidas aun cuando no hayan ratificado los tratados mediante los que se hace el reconocimiento como refugiado²⁸.

Así, si bien el PAI extiende el estatus de persona protegida a todas las personas consideradas como refugiadas, tiene un significado más limitado que en el IVCG. Este criterio de temporalidad ha sido sujeto de muchas críticas debido a que establece una distinción que ha sido considerada como arbitraria e innecesaria²⁹.

²⁶ Art. 44 IVCG.

²⁷ Ob. cit. 13, 134.

²⁸ Ídem.

²⁹ Op. cit. 13, p. 15; Mélanie Jacques, *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 156–184, p. 162.

4. Reglas relacionadas con el movimiento de personas

a. Cumplimiento de DIH y prohibición de desplazamiento forzado

El DIH tiene una función preventiva y de protección a personas desplazadas forzosamente, ya que el cumplimiento adecuado de sus normas para la protección de civiles en una situación de conflicto armado puede tanto mitigar las consecuencias de dicho conflicto como prevenir su movimiento forzado³⁰.

El objetivo principal del DIH, que es evitar el sufrimiento, se logra a través de las normas que brindan protección contra los efectos de las hostilidades y la prohibición expresa de desplazamiento forzado. Cuando a pesar de esto ocurre el desplazamiento, el DIH exige que las personas sean protegidas y asistidas³¹.

Esto ha sido reconocido en los Principios Rectores de los Desplazados Internos al establecer que todas las autoridades y órganos internacionales deben respetar y hacer respetar las obligaciones del derecho internacional, incluyendo el DIDH y el DIH, en toda circunstancia para prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas³².

Adicionalmente, en CANI existe una prohibición general en contra del desplazamiento forzado³³, mientras que en CAI la prohibición de deportar o trasladar a la fuerza a la población está prevista únicamente en caso de territorio ocupado³⁴. En ambos casos, se establece como excepción la exigencia de seguridad de la población civil o razones militares imperiosas.

Finalmente, el incumplimiento de dichas prohibiciones puede constituir crímenes de guerra particularmente cuando se cometen como un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala³⁵, o bien crímenes de lesa humanidad cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque³⁶.

³⁰ Ob. cit. 8

³¹ Ídem.

³² Principio 5.

³³ Artículo 17 del PAII y Norma 129(B), Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

³⁴ Artículo 49 del IVCG, Norma 129(A), Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

³⁵ Artículo 8.2a.vii y 8.2b.viii, Estatuto de Roma; 147 IVCG y 85(4)(a) PA1

³⁶ Artículo 7.1.d, Estatuto de Roma.

b. Derecho a la no devolución

Este derecho prohíbe la transferencia de una persona de una autoridad a otra cuando existen motivos sustanciales para creer que la persona estará en peligro de ser sujeta de violaciones de ciertos derechos fundamentales³⁷ como la vida, integridad, la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, entre otros³⁸.

El principio de no devolución se encuentra expresamente reconocido en el DIH, el DIR y el DIDH, aunque con diferentes alcances y condiciones de aplicación en cada marco jurídico³⁹. De acuerdo con el CICR, el fundamento del principio de no devolución se ha convertido también en derecho internacional consuetudinario⁴⁰.

En el DIH, el derecho a la no devolución se encuentra codificado en el IVCG, que es incluso anterior a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Así, el artículo 45 establece que “en ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”. Aunque el término “persecución” no está definido en el DIH, se refiere al menos a graves violaciones de derechos humanos (vida, seguridad, libertad) por causales como etnicidad, nacionalidad, religión u opinión política⁴¹.

Adicionalmente, el artículo 45.3 contiene una protección más amplia que otras expresiones del principio de no devolución en DIR y DIDH, al prohibir los traslados de personas protegidas en todos los casos en los que el Estado receptor no pueda o no quiera otorgar las protecciones del IVCG, incluyendo la no devolución (y evitando así la devolución indirecta o en cadena)⁴².

Así, el Estado que transfiere tiene la obligación de cerciorarse previamente que el Estado receptor desea y puede aplicar los Convenios de Ginebra⁴³; asimismo, cuando el Estado receptor no aplica los Convenios, debe tomar medidas eficaces para remediar la situación o solicitar que las personas sean devueltas⁴⁴.

Adicionalmente, cuando un Estado considere que el Estado receptor no puede o quiere cumplir con los Convenios, debe abstenerse de transferir a las personas puesto que esto podría alentar o ayudar a que se cometan violaciones al DIH. Adicionalmente, debe hacer todo lo que esté razonablemente en su poder para prevenir y poner fin a dichas violaciones monitoreando el destino de las personas transferidas y, de ser necesario, ejercer su influencia para asegurar que el Estado receptor respete los Convenios⁴⁵.

³⁷ CICR, "Note on migration and the principle of non-refoulement", 2018.

³⁸ Ídem.

³⁹ Íbidem, p. 2.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ob. cit. 13, p. 143.

⁴² Ídem.

⁴³ Artículo 45.3, IVCG

⁴⁴ Artículo 45.4, IVCG.

⁴⁵ Ob. cit. 13, p. 143.

c. Retorno de migrantes

Tanto en CAI como en CANI, existe el derecho de las personas desplazadas a regresar voluntariamente a su hogar o a su lugar habitual de residencia tan pronto como dejen de existir las razones que motivaron su desplazamiento⁴⁶.

Algunas medidas que han tomado Estados para facilitar el regreso voluntario son la desactivación de las minas, asistencia para cubrir necesidades básicas, suministro de herramientas para construcción, artículos para el hogar, construcción de escuelas, entre otras.

5. Reglas relevantes para personas migrantes separadas, desaparecidas y fallecidas

El DIH contiene reglas relativas al respeto a la vida familiar, al contacto familiar y a la clarificación de lo acaecido y el paradero de personas desaparecidas o fallecidas que pueden ser relevantes para las personas migrantes⁴⁷ que se ven expuestas a estas situaciones en un conflicto armado. Estas reglas pueden continuar aplicándose incluso una vez que haya terminado el conflicto armado por el que se originaron estas circunstancias⁴⁸.

a) Desaparecidas

Se establece la obligación para las partes en conflicto de tomar todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y de transmitir a los familiares de éstas toda la información de la que dispongan al respecto⁴⁹.

b) Unidad familiar

Existe la obligación de respetar, en la medida de lo posible, la vida familiar⁵⁰. La práctica reunida exige: i) que se preserve la unidad familiar al evitar su separación, así como facilitar la reunión de las familias dispersadas a causa de un conflicto; ii) contacto entre miembros de familia (como la posibilidad de dar y recibir noticias de índole estrictamente familiar en el IVCG), incluyendo a personas privadas de la libertad⁵¹; y iii) información sobre el paradero de la familia⁵².

c) Fallecidas

Se establece la obligación de tomar sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los muertos sin distinción desfavorable alguna⁵³. Se establece la obligación de registrar toda la información disponible antes de inhumarlos y señalar las tumbas, para facilitar su identificación⁵⁴. El DIH también contiene reglas sobre el trato debido a las personas fallecidas, incluyendo la prohibición de mutilación de cadáveres⁵⁵, la inhumación respetuosa de personas fallecidas y el respeto a sus tumbas⁵⁶, así como la repatriación de restos mortales y la devolución de efectos personales⁵⁷.

⁴⁶ Norma 132, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

⁴⁷ Ob. cit, 8, p. 4.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Artículo 32, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (PAI) y Norma 117, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

⁵⁰ Norma 105, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

⁵¹ Ibídem, Normas 125 y 126.

⁵² Interpretación de la Norma 105.

⁵³ Norma 132, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

⁵⁴ Ob. cit, 8, p. 4.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Artículo 32, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (PAI) y Norma 117, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

⁵⁷ Norma 105, Base de Datos DIH Consuetudinario CICR.

Conclusión

Las personas migrantes pueden encontrarse en una situación de conflicto armado en donde el DIH puede jugar un rol fundamental para garantizar sus derechos. Las personas migrantes pueden gozar de distintas protecciones dependiendo del tipo de conflicto armado en el que se encuentren, el papel que jueguen en las hostilidades y de su situación particular.

Finalmente, no se puede perder de vista que para garantizar de manera correcta los derechos de las personas migrantes se deben también observar las protecciones existentes en el DIDH y en el DIR, cuando es aplicable, al estar estrechamente vinculados con las dinámicas en que ocurren las migraciones.

EL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR: UN CAMINO PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MIGRANTES

**ANNE ALTHAUS, RESHMA MATHEWS,
GHAZZAL MAYDANCHI, GIANNA SANCHEZ MORETTI¹**

Introducción

Anclado en las obligaciones de derecho internacional de los Estados de proteger los derechos humanos de los migrantes, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (el Pacto), adoptado en diciembre de 2018 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es indudablemente un camino hacia la protección y la operacionalización del derecho de los migrantes a acceder a la justicia.

Las personas migrantes son titulares de derechos. El acceso a la justicia, además de ser un derecho fundamental, también es esencial para la realización de otros derechos, lo que demuestra la interdependencia de los derechos humanos. Sin embargo, existe una brecha enorme entre el reconocimiento de derechos para personas migrantes y su correcta implementación.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes identificó obstáculos que enfrentan migrantes en su acceso a la justicia, así como acciones estatales enfocadas en la seguridad, disuasión y criminalización de la migración irregular que debilitan este acceso².

Como herramienta política basada en derecho internacional, el Pacto brinda a los Estados la oportunidad de implementar sus compromisos y obligaciones, incluido el derecho de las personas migrantes a acceder a la justicia. Las acciones positivas de los Estados contribuyen a la reducción de los obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la justicia de las personas migrantes y, de manera desproporcionada, de migrantes en situaciones vulnerables, como migrantes en situación irregular; mujeres trabajadoras, sobre todo en zonas rurales y trabajadoras domésticas; NNA no acompañados; indígenas y nómadas; familiares de desaparecidos; trabajadores temporales; y víctimas de trata o de delitos de odio.

El estado de derecho, las garantías procesales y el acceso a la justicia son principios rectores del Pacto. Aspectos esenciales del derecho de acceso a la justicia están presentes a lo largo del Pacto, entrelazados dentro de varios de sus Objetivos con los que los Estados se comprometieron. Los Objetivos 2(b), 3(d), 7(c)(g), 9(f), 10(e)(h), 13(d), y 21(h) establecen diferentes medidas que los Estados pueden tomar para garantizar, proteger y realizar el derecho de acceso a la justicia para las personas migrantes, de acuerdo con obligaciones internacionales y, de la misma manera, contribuyendo al logro de las Metas 10.7 y 16.3 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible³.

¹ Anne Althaus, Reshma Mathews, Ghazzal Maydanchi, Gianna Sanchez Moretti, de la Unidad de Derecho Migratorio Internacional de la Organización Internacional para las Migraciones (IML Unit - OIM / ONU Migración).

² AGNU, A/73/178/Rev.1 (septiembre, 2018) Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes.

³ Meta ODS 10.7: “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”. Meta ODS 16.3: “Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”.

El derecho de acceso a la justicia de las personas migrantes

El derecho de acceso a la justicia está reconocido en instrumentos de derechos humanos internacionales, regionales⁴ y en legislación nacional para garantizar su efectiva implementación. El Pacto contiene medidas y objetivos para implementar dichas obligaciones.

El acceso a la justicia se refiere a la capacidad de una persona de hacer pleno uso de los procedimientos judiciales o cuasijudiciales existentes con el objetivo de proteger sus derechos y obtener reparación por violaciones^{5,6}. También incluye el acceso a instituciones informales, como marcos consuetudinarios, o mecanismos alternativos de disputa cuasi judiciales⁸.

Es un pilar fundamental para abordar la impunidad y garantizar el estado de derecho, particularmente durante estados de emergencia, como la pandemia de COVID-19. Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados destacó que el impacto socioeconómico de la pandemia y las medidas tomadas son severas, especialmente para migrantes, así como para los sistemas judiciales, que amenaza el derecho a contar con una justicia independiente⁹.

Es necesaria una continua capacitación entre particulares y organizaciones de la sociedad civil para garantizar y promover el conocimiento jurídico, así como la asesoría y representación jurídica¹⁰.

El Pacto lo reafirmó indicando que los Estados deben “velar porque los migrantes puedan contar con asistencia y representación jurídica [...] en los procedimientos judiciales que les afecten”, ya que “son personas ante la ley y para que la administración de justicia sea imparcial y no discrimine¹¹”.

El acceso a la justicia incluye todas las etapas de la “cadena de justicia¹²”, desde la información, el conocimiento de derechos y el acceso a un tribunal, hasta la obtención y aplicación de decisiones y recursos adecuados¹³.

⁴ Artículos 7 y 8 de la DUDH; artículos 2(3)(a), 9(4), 14(1) del PIDCP; artículos 5, 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 16(7-9), 18(3)(5)(7), 24 de la CIPTMF; artículo 12 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CIPPDF); artículo 8 de la CADH; OIM, Nota informativa sobre el acceso a la justicia: un derecho de los migrantes 2019, p. 2.

⁵ PNUD, “Programming for Justice”, 2005, p. 5

⁶ PNUD n. 5; F. Francioni, “The Right to Access to Justice under Customary International Law” (F. Francioni (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, 2007, pp. 3-4.

⁷ Ídem.

⁸ Consejo de Europa, Comité de Igualdad y No Discriminación, Doc.no.13740, 2015, párr. 10.

⁹ ACNUDH “Declaración del Relator Especial de Naciones Unidas sobre independencia judicial, Diego García-Sayán Emergencia del coronavirus: desafíos para la justicia”, 2020.

¹⁰ PNUD, “Access to Justice: Practice Note”, 2004, p. 6.

¹¹ Objetivo 7(g) del Pacto.

¹² ONU Mujeres, “Progress of the World’s Women: In Pursuit of Justice”, 2011, p. 11.

¹³ PNUD, n. 5; J. McBride; J. McBride, “Access to Justice for Migrants and Asylum Seekers in Europe”, 2009, p.6.

El SIDH garantiza ampliamente el derecho a un recurso efectivo y a la protección judicial¹⁴. El artículo 18 de la DADDH establece el derecho a un juicio justo, con acceso a la justicia para todos. El artículo 25 de la CADH enumera el derecho a la protección judicial, con garantías de trámite simple, reparación oportuna y efectiva y su cumplimiento. La Corte-IDH ha destacado la importancia de una reparación adecuada, eficaz, justa y equitativa¹⁵.

Adicionalmente aclaró que el acceso a la justicia, incluido el derecho al debido proceso legal, se otorga por igual y sin discriminación a todas las personas¹⁶, independientemente de su situación migratoria, reflejando el carácter fundamental de este derecho.

A pesar del reconocimiento de derechos las personas migrantes aún enfrentan obstáculos en su búsqueda de recursos tras violaciones de sus derechos¹⁷. Debido, notablemente, a factores socioeconómicos e institucionales¹⁸, políticas sociales discriminatorias o inadecuadas (como en salud, vivienda, educación y seguridad social), y/o ciertas leyes y acciones.

Es necesario garantizar el acceso y la protección ante las vulnerabilidades de las personas que intentan ejercer este derecho, como lo reitera el Pacto en su Objetivo 10, refiriéndose, por ejemplo, a migrantes víctimas de trata de personas y otras formas de explotación.

El Pacto reafirma claramente que migrantes, independientemente de su situación migratoria, deben tener la posibilidad de denunciar sin temor a ser detenidos, deportados o castigados. Los Estados se comprometieron a elaborar políticas migratorias, con perspectiva de género y NNA, mediante el acceso a la justicia y a vías de recurso eficaces, especialmente en casos de violencia, abusos y explotación sexuales y por razón de género¹⁹.

¹⁴ Incluyendo específicamente para personas en contexto de movilidad los Principios 4 y 12 de los Principios Interamericanos.

¹⁵ Corte-IDH: Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr.63; Mejía Idrovo v. Ecuador, 2011, para.91; Ivcher Bronstein vs. Perú, 2001, párr. 137; García y familia vs. Guatemala, párr. 142; Villagrán Morales et al. vs. Guatemala, párr. 237; Xákmok Kásek Comunidad Indígena vs. Paraguay, párr. 141; Castillo-Petruzzi et al. vs. Perú, para.35; Castillo Paez vs. Perú 6 IHRR 71 1 (1999), párr. 106.

¹⁶ Corte-IDH, Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, OC-18/03, 2003, párrs.105-109,121.

¹⁷ *Ibidem*, párr.112; CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, párrs.10, 11 y 48.

¹⁸ AGNU, Informe del Relator Especial sobre pobreza extrema y derechos humanos, 2012, párr. 18.

¹⁹ Objetivo 7(c) del Pacto.

Reconocimiento como persona ante la ley: este derecho transfiere a un individuo la capacidad de ser titular de derechos y deberes²⁰; sin embargo, no otorga automáticamente capacidad legal ante tribunales, especialmente para migrantes en situación irregular. Entre los obstáculos destacan la falta de documentos necesarios para iniciar un proceso judicial y la complicación de presentar pruebas en sus procesos²¹. Una solución puede ser introducir medios de prueba alternativos basados en criterios de credibilidad, entre otros, para implementar el Objetivo 7(g) del Pacto, reconociendo a las personas migrantes ante la ley sin discriminación²². Aunque los Estados tengan la soberanía sobre la entrada y presencia de extranjeros en su territorio, también tienen obligaciones de derechos humanos incluso en la frontera y dentro de zonas de tránsito²³.

En el Pacto, los Estados se comprometieron a “proporcionar a los migrantes recién llegados amplia información y orientación jurídica sobre sus derechos y obligaciones”, incluso para denunciar violaciones de sus derechos²⁴. Las personas migrantes deben tener acceso a mecanismos de denuncia para presentar quejas ante autoridades nacionales y, en última instancia, mecanismos internacionales y/o regionales, por violaciones de sus derechos²⁵, así como impugnar la detención por motivos migratorios²⁶. Dichas violaciones deben ser investigadas de manera rápida y adecuada²⁷. Esto es fundamental para migrantes que han sido expulsados del lugar de la violación, que suelen quedarse sin medios de reparación, lo que equivale a la impunidad²⁸.

Otra barrera es la falta de conocimiento sobre derechos y vías de reparación y asistencia jurídica entre personas migrantes, jueces y abogados²⁹. El asesoramiento y la representación legal deben estar disponibles de manera inmediata y gratuita, incluyendo las zonas fronterizas, tránsito y centros de detención o recepción, especialmente en los procedimientos de deportación o detención³⁰. La Corte-IDH ha afirmado que la falta de asistencia jurídica representa una violación del debido proceso³¹.

²⁰ Artículo 6, DUDH; 16 PIDCP; 17 Declaración de Bogotá; 24 CIPTMF.

²¹ ACNUR, Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo, 1998, párr. 10.

²² Objetivo 7(g) del Pacto.

²³ CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p.6; Comentario General del Comité de Derechos Humanos (CGCDH) no.31, párr. 10.

²⁴ Objetivo 3(d) del Pacto.

²⁵ ACNUDH, Los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales, 2014.

²⁶ AGNU, A/HRC/29/36, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 2015, p. 48.

²⁷ Corte-IDH: Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr.63; Mejía Idrovo vs. Ecuador, 2011, párr. 91; Ivcher Bronstein

²⁸ Corte-IDH, Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, OC-18/03, 2003, párrs. 105-109,121.

²⁹ ACNUR, Los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales, 2014.

²⁸ ACELS, Iniciativa Frontera Norte de México, “Contributions - Challenges and Best Practices in Promoting and Protecting the Human Rights of all Migrants at International Borders”, 2014, pp. 1-2.

²⁹ Alianza Global Contra la Trata de Mujeres (AGCTM), “Submission to the UN Special Rapporteur on the human rights of migrants”, 2018, p.5.

³⁰ Corte-IDH, Vélez Loor vs. Panamá, 2010, párr. 146.

³¹ Corte-IDH (op. cit.16), párr. 126.

Igualdad ante los juzgados³²: la Corte-IDH reafirmó que este derecho es de todos y todas, independientemente de su condición migratoria, y reconoció los principios de no discriminación e igualdad ante la ley como *jus cogens*³³. En el Pacto, los Estados se comprometieron a facilitar el acceso a la justicia de víctimas de trata y a que puedan denunciar sin temor a ser detenida, deportadas o castigadas. Esto es fundamental para migrantes en situación irregular, ya que suelen dudar del sistema judicial debido a miedo por su condición, corrupción³⁴, desconfianza y complejidad del proceso legal y temor a la privación de libertad³⁶.

La Corte-IDH estableció como violación al derecho a la protección judicial cuando una persona migrante no lo puede hacer valer por temor a deportación³⁷. Por ende, los “cortafuegos³⁸” entre los sistemas judiciales y el control migratorio son necesarios para mitigar el temor y facilitar el acceso a derechos³⁹.

Las personas migrantes deben tener oportunidades razonables para presentar su caso ante el sistema judicial y que se tomen en cuenta sus vulnerabilidades⁴⁰, incluyendo las barreras financieras, por ejemplo, eliminando las tasas judiciales⁴¹.

Por otro lado, las personas migrantes detenidas deben ser informadas de sus derechos a la asistencia consular⁴² y jurídica⁴³ disponible al mismo nivel que los nacionales⁴⁴. En el Pacto, los Estados se comprometieron a mejorar la asistencia y la protección consular durante todo el ciclo migratorio⁴⁵.

A menudo, las personas migrantes solo tienen acceso a los administradores de casos que trabajan para el Estado, lo cual no es suficiente⁴⁶. Los abogados independientes permitirán impugnar la legalidad de la detención y actuarán como salvaguardia contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁴⁷.

Adicionalmente es fundamental que las personas migrantes, detenidas especialmente, tengan acceso a la información en un idioma que comprendan, así como contar con traductores y/o intérpretes durante sus procedimientos⁴⁸, lo que les permite tener un papel determinante en su caso.

³² CGCDH no.15, párr. 2.

³³ Corte-IDH (ob. cit.16), 101; CGCDH no.32, párr. 9.

³⁴ Op. cit. 29, p. 2.

³⁵ *Ibidem*, p. 5; Migrant forum in Asia, “Written Contribution to the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants on the issue of Access to Justice and Remedies for Migrants”.

³⁶ Ob. cit. 16, párr. 126.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ AGNU, A/73/178/Rev.1 (septiembre, 2018), “Las barreras cortafuegos consisten en la separación real y estricta entre el control migratorio y otros servicios públicos”, párr. 33.

³⁹ ACNUDH, Declaración en el Día Internacional del Migrante, 2015; AGNU, A/73/178/Rev.1 (2018), Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, párr. 39.

⁴⁰ Ob. cit. 17, párr. 48.

⁴¹ ONU Habitat, “The Right to Adequate Housing, Human Rights Fact Sheet No.21 (Rev.1)”, p. 40.

⁴² Corte-IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 1999, párrs. 78-80.

⁴³ AGNU, A/HRC/13/30, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, 2010, párr. 61.

⁴⁴ ACNUR, Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención, 2012, Directriz 7, párr. 47(ii).

⁴⁵ Objetivo 14 del Pacto.

⁴⁶ Ob. cit. 42.

⁴⁷ AGNU, A/HRC/34/31 (2017) “Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad”, Principio 8; CGCDH no.35, párr. 46; AGNU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 1988, Principios 17-18.

⁴⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Bouamar v. Belgium*, 1988, párr.60; artículo 16.8 CIPTMF.

El derecho a un juicio justo y al debido proceso: la justicia procesal es otro componente central del acceso a la justicia⁴⁹. Según el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, es fundamental ya que “una decisión de inmigración errónea puede enviar a alguien a detención arbitraria, tortura o incluso la muerte⁵⁰”.

Un poder judicial competente, independiente e imparcial también es fundamental para garantizar que las posturas ejecutivas o políticas no influyan en la determinación de los derechos⁵¹, y que las decisiones estén libres de prejuicios sociales, raciales y xenófobos⁵².

Garantías del debido proceso incluyen, entre otros, un juicio en un plazo razonable⁵³, tiempo razonable para la preparación, aportación de pruebas, y una decisión razonada⁵⁵. Deben estar disponibles durante todas las etapas del viaje migratorio para acceder a los procedimientos, incluyendo la disponibilidad de audiencias de solicitud de asilo en la frontera⁵⁶. Los Estados deben suspender una expulsión hasta que se ejerza el derecho de apelación y se emita una decisión⁵⁷.

Derecho a un recurso efectivo: deben estar disponibles mecanismos que permitan a las personas buscar reparación, adaptables a sus vulnerabilidades, así como acceso a los recursos, disponibles.

Cuando las personas regresan a su país de origen aumentan las dificultades logísticas para llevar un litigio a distancia⁵⁹, por lo que, tal como lo reitera el Pacto, las vías para la ejecución son fundamentales, en especial para casos de devolución y de víctimas de trata repatriadas, debido a la falta de mecanismos para transferir recursos entre países⁶⁰.

⁴⁹ Artículo 18(1) CIPTMF.

⁵⁰ Ob. cit. 39.

⁵¹ CGCDH no. 32, párr. 19; Comité de Derechos Humanos, Comunicación 263/1987, Gonzalez del Rio v. Perú, 1991; ob. cit. 17, párr. 48.

⁵² CGCDH no. 32, párr. 21.

⁵³ Ob. cit. 17, párr. 22.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 173.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 40, 54.

⁵⁶ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 2000, párr. 60.

⁵⁷ Artículo 13 PIDCP; 22 CIPTMF; CGCDH N.º 15, párr. 10; OIM, Nota informativa sobre el acceso a la justicia: un derecho de los migrantes (2019), p. 7.

⁵⁸ Artículo 8 DUDH; 2.3(a) PIDCP; Comité de Derechos Humanos, Horvath vs. Australia, 2014, párr.1; Corte-IDH, Opinión consultiva OC9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, (1987), párr. 78; CGCDH N.º 31., párr. 15.

⁵⁹ Paoletti, Sarah, “Transnational Responses to Transnational Exploitation: A Proposal for Bi-National Migrant Rights Clinics”, Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2009, pp.1179-1180.

⁶⁰ AGNU, A/73/178/Rev.1 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 2018, párr. 56.

⁶¹ ONU, “Human rights of all migrants, social inclusion, cohesion, and all forms of discrimination, including racism, xenophobia, and intolerance”, 2017, p. 4.

Conclusión

El acceso efectivo a la justicia es un derecho fundamental y una condición previa para la protección, el respeto y el cumplimiento de todos los derechos de las personas migrantes, contribuye también a la reducción de impunidad y fortalecimiento de la cohesión social⁶¹.

Se ha creado una gama de instrumentos a nivel internacional y regional -incluyendo al Pacto- para la protección de derechos de todos y todas, teniendo en cuenta vulnerabilidades específicas y perspectivas de género.

Sin embargo, todavía existen obstáculos que dejan a las personas migrantes varadas en situaciones precarias, vulnerables a la explotación, excluidas del sistema judicial y sin acceso a recursos y reparación.

El aumento de medidas estatales con estrictos requisitos de entrada, así como restricciones de movilidad debido a la pandemia del COVID-19 han acentuado y exacerbado situaciones vulnerables dificultándoles el ejercicio y goce de sus derechos. Para superar estos obstáculos conforme a las normas del derecho internacional, las leyes, políticas y acciones adoptadas por los Estados deben guiarse por el Pacto Mundial y concretizarse cuanto antes.

⁶¹ ONU, "Human rights of all migrants, social inclusion, cohesion, and all forms of discrimination, including racism, xenophobia, and intolerance", 2017, p. 4.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS FORZADAS

ÁLVARO BOTERO NAVARRO¹ Y SARAH MENESES PAJUELO²

1. Introducción

El derecho penal internacional (DPI) es la rama del derecho internacional público mediante la cual se establece la responsabilidad penal y se sanciona a individuos por la comisión de los que han sido considerados los crímenes internacionales más graves cometidos contra la humanidad, como los crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión. Desde su surgimiento, los tribunales penales internacionales han resuelto diversos casos en los que las víctimas han sido personas que han sido desplazadas forzosamente.

2. El desplazamiento forzado como un crimen internacional

El derecho internacional consuetudinario ha reconocido al desplazamiento forzado como un delito. Asimismo, se han reconocido delitos estrechamente relacionados con el desplazamiento en diversos instrumentos penales, como la deportación y el traslado forzoso. Adicionalmente, diversas situaciones de desplazamiento forzado pueden encuadrar entre los actos determinados como lesa humanidad en el Estatuto de Roma, como la deportación, el traslado forzado, la persecución y otros tratos inhumanos.

De acuerdo con Andreu-Guzman, el tratamiento del desplazamiento forzado, especialmente el desplazamiento interno, como delito ha sido el resultado de un largo proceso en el que la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha jugado un papel fundamental³, en especial, los tribunales penales internacionales que han considerado que dichas conductas pueden constituir: i) crímenes de lesa humanidad cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, en términos del artículo 7(1) del Estatuto de Roma⁴; ii) crímenes de guerra cuando se dan en el contexto de conflictos armados internacionales y no internacionales; y iii) genocidio cuando es perpetrado con la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

¹ Miembro y vicepresidente del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés) de la Organización de las Naciones Unidas, y coordinador de la Unidad de Refugiados y Desplazamiento Forzado de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Anteriormente, se desempeñó como coordinador del Área de Monitoreo y de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). También, es profesor adjunto de Derecho de los Refugiados en el Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la Facultad de Derecho de American University en Washington, D.C.

² Especialista de la Unidad sobre Refugiados y Desplazamiento Forzado del Departamento de Inclusión Social de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

³ Federico Andreu-Guzmán, *Criminal Justice and Forced Displacement: International and National Perspectives*. 2013, p. 2.

⁴ Itamar Mann, *Border Crimes as Crimes against Humanity*, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University, junio 2021, pp. 1174-1190.

a. La deportación y el traslado forzoso como crímenes penales internacionales

La “deportación o traslado forzoso” es considerado crimen internacional cuando se configura “el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) distinguió entre el crimen de “deportación” y el de “traslado forzoso de población” al aceptar que ambos son desplazamientos forzados de personas, pero el primero ocurre mediante la expulsión u otras formas de coacción a través de una frontera estatal de *jure* o *de facto* (en determinadas circunstancias)⁶; mientras que el segundo tiene lugar dentro de las fronteras nacionales, aunque no requiera la intención de trasladar permanentemente⁷.

Es importante señalar que, inicialmente, en el DPI, las deportaciones tuvieron un abordaje más amplio que el traslado forzoso. Esto debido a que el traslado forzoso tiene lugar dentro de fronteras de un país, por lo que no suele ser investigado o es abordado como un crimen secundario, y por tanto, puede ocurrir que las víctimas no reciban justicia⁸.

El traslado ilegal de civiles puede constituir un crimen de guerra cuando se demuestre un nexo entre el traslado y el conflicto armado, sea internacional o no internacional⁹. Tanto las deportaciones como los traslados forzosos ilícitos son consideradas violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario (DIH)¹⁰, que permite únicamente el desplazamiento cuando tiene por objetivo salvaguardar la seguridad de las personas o por razones militares imperiosas¹¹. Adicionalmente, éste deberá realizarse temporalmente y asegurar el retorno seguro de las personas en cuanto sea posible¹².

Finalmente, la deportación no se menciona explícitamente en los artículos II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio o el 6 del Estatuto de Roma, pero puede justificar la intención genocida y estar también comprendida dentro de los actos genocidas¹³.

⁵ Artículos 7(1), Estatuto de la Corte Penal Internacional; 5 (d) Estatuto del TPIY; 3(d) Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda.

⁶ TPIY. Fiscal c. Stakić, Decisión de Apelación, IT-97-24-A, 22 de marzo de 2006, párr. 278.

⁷ *Ibidem*, párr. 317.

⁸ Victoria Colvin & Phil Orchard, A Forgotten History: Forcible Transfers and Deportations in International Criminal Law, *Criminal Law Forum* 32, enero 2021, p. 92.

⁹ Guido Acquaviva, Desplazamiento forzado y crímenes internacionales, *Políticas Legales y de Protección. Series de Investigación*, ACNUR, abril 2021, p. 12.

¹⁰ Artículo 8(2)(vii), Estatuto de Roma.

¹¹ Artículos 19 del III Convenio de Ginebra; 49 del IV Convenio de Ginebra, 17 del II Protocolo Adicional; Procurador c. Blagojević y Jokić, Caso N.º IT- 02-60-T, Sentencia, 17 de enero de 2005, párrs. 597 a 598.

¹² IV Convenio de Ginebra, art. 49, Procurador c. Blagojević y Jokić, Caso N.º IT- 02-60-T, Sentencia, 17 de enero de 2005, párr. 599.

¹³ Vicent Chetail, Is There any Blood on my Hands? Deportation as a Crime of International Law, *Leiden Journal of International Law*, 29(3), julio 2016, pp. 933-940.

b. La persecución como crimen penal internacional

El crimen de “persecución” implica “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”¹⁴. La persecución ha sido calificada como “la subcategoría más compleja y amplia dentro de los crímenes de lesa humanidad”¹⁵ debido a la referencia general a los derechos fundamentales. Para Acquaviva, “el elemento objetivo de la persecución (*actus reus*) está constituido por un acto subyacente, que debe discriminar de facto y negar un derecho humano fundamental establecido en el derecho internacional”¹⁶. Así, el desplazamiento forzado puede constituir crimen de lesa humanidad de persecución al alcanzar tal gravedad¹⁷.

c. Otros actos inhumanos como crimen penal internacional

El artículo 7.1.k. del Estatuto de Roma incluye como crímenes de lesa humanidad otros actos inhumanos similares que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Esta cláusula general y residual permite incluir los actos del traslado forzoso cuando sean lo suficientemente graves¹⁸.

Los tribunales y organismos internacionales han reconocido que los crímenes internacionales pueden ser cometidos en contra de personas migrantes, refugiadas, desplazadas y apátridas¹⁹. Debido a la naturaleza transnacional de estos crímenes, la activación de múltiples jurisdicciones y los efectos generalizados que suelen tener, el acceso a la justicia en estos casos puede ser de especial dificultad para las víctimas.

¹⁴ Artículo 7.2.G del Estatuto de Roma.

¹⁵ Ioannis Kalpouzou, "International Criminal Law and the Violence against Migrants", *German Law Journal*, 21, 2020, p. 582.

¹⁶ Guido Acquaviva, Desplazamiento forzado y crímenes internacionales, Políticas Legales y de Protección. Series de Investigación, ACNUR, abril 2021, p. 16.

¹⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹⁸ TPIY. Fiscal c. Stakić, Decisión de Apelación, IT-97-24-A, 22 de marzo de 2006, párr. 317.

¹⁹ *Ob. cit.* 15.

3. Acceso a la justicia en casos de crímenes internacionales

Los Estados tienen la obligación de investigar, procesar y sancionar a las personas responsables de la comisión de crímenes internacionales²⁰. En este sentido, existe una fuerte interrelación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DPI, que “se construye a través de la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos”²¹.

Al respecto, la Corte-IDH ha considerado útil y apropiado interpretar la CADH, teniendo en cuenta los tratados del derecho penal internacional, habida consideración de su especificidad en la materia²². Así, ha considerado que los crímenes internacionales y, específicamente, los crímenes de lesa humanidad son en sí mismos graves violaciones a los derechos humanos y trascienden al individuo, atacando a la humanidad.

De igual manera, la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad ha sido reconocida como una norma de *ius cogens*, y su subsecuente penalización es obligatoria conforme al derecho internacional²³.

De esta manera, la calificación del acto como crimen internacional trae consigo la imprescriptibilidad del delito²⁴; la prohibición de amnistías y normas que impidan el juzgamiento²⁵; la posibilidad de aplicarse la jurisdicción universal; así como una posible intervención de la Corte Penal Internacional (CPI).

En consecuencia, de no iniciarse investigaciones penales, o que estas no garanticen el debido proceso para las víctimas, y que dicho desplazamiento configure un crimen internacional, otros Estados y organismos internacionales como la CPI cuentan con competencia para juzgar los hechos, en aplicación de los principios de jurisdicción universal y complementariedad.

²⁰ Ver, entre otros: Corte-IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988., párr. 166; CCaso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N.º 219, párr. 137; Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N.º 100, párr. 112.

²¹ Kai Ambos, Derechos humanos y derecho penal internacional, Diálogo Político, Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Año XXI - N.º 3 - 2004, p. 86.

²² Ver: Corte-IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. párr. 140; Corte-IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 93-101 y CIDH, La Tablada vs. Argentina, Informe N.º 55/97, del 18 de noviembre de 1997, párr. 189

²³ Corte-IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 99.

²⁴ Artículo 29 Estatuto de Roma.

²⁵ Corte-IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010; ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 20 Reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (Artículo 7), 1992, párr. 15.

4. El caso Bangladesh/Myanmar y su impacto en el acceso a la justicia de las personas desplazadas forzosamente

Si bien la CPI ha revisado la comisión de crímenes de lesa humanidad en contra de personas desplazadas forzosamente en múltiples casos, en 2019 se inició una nueva discusión sobre la competencia de la Corte en casos donde las vulneraciones iniciaron en el territorio de Estados que no son parte del Estatuto de Roma. El caso que detonó dicha discusión es la deportación de más de 700.000 rohingyas desde Myanmar hacia Bangladesh en 2017. Diferentes organismos de las Naciones Unidas se han referido a estos hechos como “limpieza étnica” con “distintivos de genocidio”²⁶.

Ante esta situación, la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI que se pronunciara sobre su competencia en relación con las alegadas deportaciones. El principal desafío era pronunciarse sobre las violaciones originadas en Myanmar, que no es un Estado Parte del Estatuto de Roma. No obstante, teniendo en cuenta que Bangladesh sí es parte, y en una decisión histórica, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI dictaminó que tenía jurisdicción sobre los presuntos crímenes de lesa humanidad de expulsión y deportación forzosa. Finalmente, la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizó a la Fiscalía a proceder con una investigación por la comisión de presuntos crímenes internacionales, y ratificó su competencia.

Inicialmente, la Sala de Cuestiones Preliminares I basó su decisión en la interpretación del artículo 12(2)(a) del Estatuto de Roma, en cuanto establece que “la Corte podrá ejercer su competencia” si el “Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate” es un Estado Parte del Estatuto, por lo que analizó si el territorio en el que se produjo la conducta puede entenderse como el territorio de todos los Estados en los que tiene lugar el crimen²⁷. La Sala de Cuestiones Preliminares III ratificó la decisión de la Sala I y declaró que es coherente con el objeto y el propósito del Estatuto de Roma que al menos uno de los elementos del crimen haya ocurrido en el territorio de un Estado Parte para ser competente²⁸.

Para ello, la CPI indicó que el delito de deportación se consumó cuando las víctimas abandonaron la zona en la que se encontraban y huyeron a Bangladesh como consecuencia de los actos coercitivos y de un entorno coercitivo, por lo que parte del *actus reus* del delito de deportación se produjo en el territorio de Bangladesh²⁹. Al señalar que el artículo 12.2.a del Estatuto regula que al menos una parte del delito debe tener lugar en el territorio de un estado Parte³⁰, la CPI concluyó que la supuesta deportación a civiles que implicó que las víctimas cruzaran la frontera entre Myanmar y Bangladesh, establece claramente un vínculo territorial sobre la base del *actus reus* de este delito y que la situación del caso en particular se encontraba dentro de los límites permitidos por el derecho internacional consuetudinario³¹.

²⁶ RFA, Bangladesh: ICC Officials will Visit Rohingya Camps, 06 de marzo de 2019.

²⁷ CPI, Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”, Sala de Cuestiones Preliminares I, N.º. ICC-RoC46(3)-01/18, 6 de septiembre de 2018, párr. 73.

²⁸ CPI, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Sala de cuestiones preliminares III, No. ICC-01/19, noviembre 2019, párr. 43.

²⁹ *Ibidem*, párr. 53.

³⁰ *Ibidem*, párr. 61.

³¹ *Ibidem*, párr. 62.

Esta decisión abrió la posibilidad de examinar crímenes internacionales que, frente a un escenario de impunidad dentro de los Estados y la no ratificación del Estatuto de Roma, eran consideradas como causas perdidas.

En las Américas, diversas causas han generado que miles de personas se hayan visto obligadas a huir para proteger sus vidas y las de sus familias. A finales de 2020, en las Américas había 8.571,378 personas desplazadas internas, 2.112,469 solicitantes de asilo y 650,932 refugiadas³².

Se observa el considerable desplazamiento que suma más de un millón de personas que se han visto obligadas a huir de sus hogares desde Centroamérica y México³³; así como una escalada de persecución y violaciones sistemáticas a derechos humanos en países como Nicaragua y Venezuela en donde más de 5.6 millones han salido de su país, de los cuales, cerca de 4.6 millones se encuentran viviendo en otros países de América Latina y el Caribe³⁴.

Una situación que puede ejemplificar la aplicación del DPI al desplazamiento forzado en las Américas es Nicaragua. En 2019, la CIDH calificó la migración forzada de personas nicaragüenses como violaciones graves de derechos humanos, indicando además que “la migración forzada de personas nicaragüenses se origina, resulta como consecuencia y es una continuación de[l] contexto de represión, persecución, abusos y violencia sistemática y generalizada contra la población considerada como opositora al gobierno nicaragüense”³⁵.

Partiendo de dicha premisa, el desplazamiento forzado de personas nicaragüenses dentro y fuera de su país podría configurar un crimen de lesa humanidad de deportación y traslado forzoso de población, dado que implicaría un ataque generalizado y sistemático en contra de una población civil que se ha visto obligada a desplazarse de manera arbitraria.

En primer lugar, cumpliría con el requisito de “ataque generalizado”, que se refiere “a la naturaleza a gran escala del ataque y al número de víctimas”³⁶; puesto que desde 2018 más de 108.000 personas nicaragüenses se han visto obligadas a huir de su país, buscando más de 80.000 protección en Costa Rica³⁷.

Asimismo, dada la gravedad de la situación, se presentaría además un ataque sistemático, entendido como “una acción organizada, que sigue un patrón regular, basada en una política común y que involucra recursos públicos y privados significativos”³⁸. Estos hechos habrían sido decididos y avalados por las máximas autoridades de Nicaragua³⁹.

³² ACNUR, Global Trends in Forced Displacement 2020, 2021.

³³ UN News, La Agencia de la ONU para los Refugiados solicita ayuda urgente para un millón de desplazados centroamericanos, 15 de mayo de 2021.

³⁴ Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela R4V, julio de 2021. ³⁵ CIDH, Migración forzada de personas Nicaragüenses a Costa Rica, 8 de septiembre de 2019, párr. 120.

³⁶ Véase, entre otros, TPIY, Fiscal c. Kunarac y otros, Decisión de Primera Instancia II, IT-96-23-T, 22 de febrero de 2001, párr. 428; TPIR, Nahimana, Decisión de apelación, ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, párr. 920; CPI, Situación en Darfur (orden de detención de Al Bashir), Sala de Cuestiones Preliminares I, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09, párr. 81.

³⁷ ACNUR, ACNUR pide más apoyo para las personas nicaragüenses forzadas a huir, 16 de abril de 2021.

³⁸ Véase, entre otros, TPIR, Fiscal c. Niyetegeka, Decisión de Primera Instancia, TPIR-96-14-T, 16 mayo de 2003, párr. 439; TPIY, Fiscal c. Blaskic, Decisión de Primera Instancia, 3 de marzo de 2000, IT-95-14-T, párr. 203.

Ahora bien, debido a que no se han iniciado investigaciones penales internas contra integrantes de grupos parlamentarios ni funcionarios del Estado⁴⁰, la CPI, en su carácter complementario a las jurisdicciones nacionales⁴¹, tendría competencia material frente a la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Nicaragua no es hasta la fecha parte del Estatuto de Roma, sin embargo, parte del *actus reus* del delito de deportación se produjo en Costa Rica, que sí reconoce la competencia de la CPI. Por lo tanto, siguiendo el criterio del caso Bangladesh/Myanmar, la presencia de un elemento de un crimen internacional en el territorio de otro Estado que sí es parte permite argumentar la competencia de la CPI; y los Estados Parte que cuentan con la potestad de remitir casos a la Fiscal de la CPI⁴², podrían analizar la procedencia de este criterio al caso descrito.

5. Conclusiones

Debido a su situación de vulnerabilidad y marginalización, las personas migrantes (en especial, en situación migratoria irregular), solicitantes de asilo, refugiadas y apátridas suelen ser víctimas de abusos y graves violaciones de sus derechos humanos que a menudo quedan en impunidad.

El acceso a la justicia penal internacional como una vía complementaria ante contextos de impunidad o donde la justicia a nivel nacional es irrisoria puede representar una vía para garantizar el acceso a la justicia y a la reparación de personas que han sido desplazadas forzosamente, así como para prevenir la repetición de estos hechos, independientemente del lugar en el que ocurran. Tal como sostuvo el TPIY en el Caso Tadić: “Las fronteras no deben ser consideradas como un escudo contra el alcance de la ley y como una protección para quienes pisotean los derechos más elementales de la humanidad”⁴³.

³⁹ Ob. cit. 35, párr. 118.

⁴⁰ GIEI Nicaragua, Informe sobre los hechos de violencia ocurridos entre el 18 de abril y el 30 de mayo de 2018, p. 236.

⁴¹ Décimo párrafo y artículo 10 de Estatuto de Roma.

⁴² *Ibidem*, artículo 13.

⁴³ TPIY, Caso Tadić, 1995, párr. 58.

LA PANDEMIA DE COVID-19 Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD HUMANA

JESSICA RAMÍREZ MORENO¹ Y MARCELA MARTINO AGUILAR²

La CIDH y la Corte-IDH, al igual que diversos órganos y mecanismos del Sistema Universal, han reconocido la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes en relación con las nacionales en un determinado territorio. Esta condición se deriva, por una parte, de factores jurídicos que se manifiestan en políticas, leyes y prácticas estatales que desconocen a las personas migrantes como sujetos de derechos en diferente medida³.

Asimismo, tiene su origen en la existencia de factores sociales que confluyen de diversas maneras y de forma interseccional en la experiencia vital de cada persona y que están cruzadas por prejuicios basados en género, edad, etnia, posición socioeconómica, origen nacional, entre otros, que derivan en manifestaciones de exclusión, racismo y xenofobia, los cuales implican barreras de acceso a derechos, dificultan la plena integración de las personas migrantes y propician la impunidad ante violaciones de sus derechos⁴.

El presente artículo presenta algunos de los desafíos más importantes que se derivan de la brecha que históricamente ha existido entre los estándares internacionales respecto de personas en el marco de la movilidad humana y la realidad en el goce de sus derechos en los países del hemisferio.

De igual forma, analiza cómo la pandemia generada por COVID-19 ha profundizado esta ya difícil situación generando aún más riesgo y vulneración a las personas migrantes y refugiadas. Así, pretende hacer un acercamiento a los principales estándares y resoluciones en torno a los derechos de las personas migrantes y refugiadas que deberían regir la actuación de las autoridades durante la pandemia, pero también más allá de ella en la construcción de políticas públicas y narrativas incluyentes y garantistas respecto a las personas en contextos de movilidad.

¹ Abogada del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

² Subdirectora del Programa para Centroamérica y México Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

³ CIDH, Movilidad Humana, Estándares Interamericanos, 31 de diciembre de 2015. Párr. 8.

⁴ Corte-IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Párr. 113.

I. La creciente distancia entre el deber ser y la situación de los derechos de las personas migrantes y refugiadas en el continente americano

A pesar de la existencia de un amplio desarrollo de la normativa y jurisprudencia internacional, y en particular del sistema interamericano, en relación con los derechos de las personas migrantes, refugiadas y las obligaciones estatales que de ellas emanan, la realidad de los países americanos es una de amplias y variadas brechas entre la normativa internacional y su plena vigencia.

Algunos ejemplos que evidencian la complejidad del panorama regional antes de la pandemia generada por COVID-19 son prácticas establecidas por los Estados como el uso de la detención migratoria, incluyendo a NNA; limitar el acceso a territorio de personas de determinadas nacionales⁵ en posible contravención a los derechos al asilo y a la no devolución⁶; la violación al derecho a la igualdad y no discriminación; el uso de expulsiones colectivas⁷ de manera arbitraria en tanto que no implican un análisis de las circunstancias individuales⁸; la renuencia de reconocer como refugiadas a personas con evidente necesidad de protección internacional, a pesar de contar en Latinoamérica con la definición de refugiado más incluyente a nivel global; militarización en zonas fronterizas; criminalización de la migración y quienes les acompañan o representan; separación de familias; así como invisibilizaciones de necesidades particulares de protección de personas LGBTIQ, adultas mayores, mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, entre otras. Asimismo, muchos países cuentan con marcos normativos que dificultan la regularización, teniendo como consecuencia importantes barreras a derechos básicos, como la salud, el empleo, la educación y la vivienda.

Adicionalmente, el contexto de los últimos años ha estado marcado por éxodos no de miles, sino millones de personas que no solo han transformado el paradigma y narrativas en torno a la movilidad, sino que generan renovados desafíos para el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

La crisis sanitaria ha profundizado las violaciones y vulnerabilidades de esta población, por lo que los Estados de la región deben tener presente que la ruta para dar respuesta desde la institucionalidad democrática debe partir de un enfoque centrado en la dignidad de la persona humana.

II. Pautas para la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas durante la emergencia de salud

A raíz de la emergencia sanitaria global causada por el virus COVID-19, declarado por la Organización Mundial de la Salud como una pandemia en marzo de 2020⁹, los Estados del hemisferio han adoptado medidas para hacerle frente a la propagación del virus. Muchas de éstas afectan de manera diferenciada a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, como las personas en contexto de movilidad humana¹⁰.

⁵ Corte-IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 99

⁶ Ídem.

⁷ Artículo 22.9 de la CADH.

⁸ Corte-IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N.º. 251. Párr. 171.

⁹ OMS, Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19, 11 de marzo de 2020.

¹⁰ CIDH, Pandemia y Derechos Humanos, Resolución 1/2020, 10 de abril de 2020. Pág. 7.

A lo largo del continente, la detención migratoria ha elevado, no solo el riesgo de contraer el virus, sino también el miedo y desesperación dentro de los centros de detención, lo que ha incluso generado motines, violencia y pérdida de vidas¹¹.

Otras medidas como el cierre de fronteras, las restricciones de movimiento, la expulsión colectiva de personas extranjeras, la suspensión de trámites de regularización o de protección internacional, entre otras, han tenido impactos profundos en la garantía de los derechos de las personas migrantes y refugiadas exacerbando la discriminación y las violaciones de sus derechos.

Las deportaciones sin protocolos adecuados han aumentado los discursos que señalan que quienes vienen de fuera o son regresados forzosamente son portadores del COVID y un riesgo.

Diversas agencias de la ONU se han pronunciado sobre el alto nivel de vulnerabilidad en que se encuentran en medio de la pandemia, evidenciando que “los migrantes y refugiados son desproporcionadamente vulnerables a la exclusión, el estigma y la discriminación, especialmente cuando están indocumentados”¹². Adicionalmente, los órganos del SIDH se han pronunciado en relación con la obligación de garantizar sus derechos sin discriminación y tomando en cuenta su condición de particular vulnerabilidad¹³. Así, la Corte-IDH consideró que la naturaleza de la pandemia obliga a los Estados a garantizar sin discriminación los derechos a la vida y a la salud, así como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales especialmente en grupos afectados desproporcionadamente, como las personas migrantes, refugiadas y apátridas¹⁴.

El presente apartado hace un recuento de algunos de los estándares y decisiones desarrollados en torno a los derechos de las personas migrantes y refugiadas durante la pandemia de COVID-19.

A. Derecho a buscar y recibir asilo

Las medidas para prevenir y mitigar la propagación exponencial del COVID-19, no pueden implicar que los Estados dejen de atender sus obligaciones de brindar protección internacional. La CIDH recordó la necesidad de que las medidas de contención del COVID-19 “no impliquen el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de protección frente a las poblaciones que huyen de la persecución, el conflicto o de riesgos para su vida e integridad”¹⁵.

Asimismo, llamó a los Estados a “ajustar las medidas de contención de la pandemia adoptadas, como la imposición de cuarentenas, medidas de aislamiento y cierre de fronteras, con sus obligaciones de protección internacional”¹⁶.

¹¹ EFE, "Un muerto y cuatro heridos en motín en estación migratoria del sur de México", 1 abril de 2020. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/mexico/un-muerto-y-cuatro-heridos-en-motin-estacion-migratoria-del-sur-de-mexico/50000545-4211139>

¹² OACNUDH, Los derechos y la salud de las personas refugiadas, migrantes y apátridas deben protegerse en la respuesta al COVID-19. Comunicado de prensa conjunto de ACNUDH, OIM, ACNUR y OMS.

¹³ CIDH, Comunicado de prensa, "La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19". 17 de abril de 2020

¹⁴ Corte-IDH, Declaración 1/20 COVID-19 y derechos humanos: los problemas con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020.

¹⁵ CIDH, y REDESCA, "La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del Covid-19, 20 de marzo de 2020.

¹⁶ Ob. cit. 13.

De conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen la facultad de regular la migración internacional dentro de sus territorios¹⁷. Sin embargo, las medidas adoptadas no pueden impedir que quienes huyen de persecución puedan solicitar asilo, tal como lo destacó el ACNUR¹⁸ lo que implica el deber de examinar de manera independiente las necesidades de protección internacional de quienes lleguen a sus fronteras o se encuentren en su territorio¹⁹. Debe garantizarse el debido proceso, incluyendo la posibilidad de asistencia y apelar las decisiones. Igualmente, los Estados deben garantizar la continuidad de los procedimientos de protección internacional.

Atendiendo el principio de igualdad, deben también asegurar que las personas con trámite en marcha o ya reconocidas puedan beneficiarse de todas las medidas de apoyo para suplir sus necesidades en contextos de desempleo generalizado y limitaciones de acceso a derechos.

B. Principio de no devolución

A raíz de la pandemia muchos Estados han cerrado sus fronteras y adoptado otras acciones que tornan a las personas con necesidad de protección internacional particularmente vulnerables a ser devueltas a lugares donde sus derechos humanos corren riesgo.

Al respecto, la Corte-IDH, estableció que el abordaje de la crisis debe hacerse con pleno respeto a los instrumentos y estándares del SIDH referentes al principio de no devolución²⁰. Por su parte, la CIDH llamó a los Estados a abstenerse de llevar a cabo “deportaciones o expulsiones colectivas, o cualquier forma de devolución que sea ejecutada sin la debida coordinación y verificación de las condiciones sanitarias correspondientes”²¹.

Tanto el ACNUR como la CIDH han establecido que aquellas medidas que restrinjan la entrada de no nacionales a los territorios, sin evidencia de un riesgo para la salud y sin medidas que protejan a las personas contra la devolución, resultan discriminatorias y contrarias a las obligaciones internacionales²².

Finalmente, el ACNUR mencionó la obligación de garantizar la no devolución de las personas que se presentan en frontera durante la pandemia y requieren protección internacional. Si existe riesgo de ser devueltas, el Estado no puede negar la entrada o expulsar de manera forzosa a la persona en cuestión²³.

¹⁷ Corte-IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, 218, párr. 169.

¹⁸ ACNUR, Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19, 16 de marzo 2020.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Corte-IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá, adopción de medidas provisionales, 29 de julio de 2020, párr. 24.

²¹ Ob. cit. 10, párr. 58

²² Ob. cit. 13 y 18.

²³ Ob. cit. 18.

C. Detención migratoria

Las personas privadas de su libertad durante la pandemia se exponen a situaciones de especial riesgo, tales como hacinamiento, deficientes condiciones sanitarias, y en muchos casos a estar detenidas en lugares sin protocolos que permitan atender a las personas portadoras del virus o disminuir su propagación²⁴. A pesar de ello, no solo persisten en el continente la detención migratoria, sino que esta práctica se recrudeció durante la pandemia²⁵.

La Corte-IDH consideró que el Covid-19 puede tener un alto impacto en “personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención”²⁶. Por lo que estableció que “en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”²⁷.

En el marco del caso Vélez Loor contra Panamá, la Corte-IDH otorgó medidas provisionales para proteger los derechos de las personas migrantes privadas de libertad en las Estaciones de Recepción Migratoria de La Peñita y Lajas Blancas en la provincia del Darién²⁸. La Corte consideró que las condiciones de detención configuran una situación de extrema gravedad, urgencia, y son susceptibles de generar daños irreparables a los derechos a la salud, vida e integridad de las personas allí detenidas²⁹.

Tomó en cuenta las condiciones de hacinamiento, las cuales favorecen la propagación del COVID-19, y pueden ocasionar un daño irreparable a los derechos a la vida e integridad³⁰. La Corte recordó importantes estándares sobre detención migratoria, tales como su excepcionalidad, el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, en condiciones acordes con su calidad de migrantes, entre otros³¹.

²⁴ OEA, Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad Departamento de Inclusión Social, Guía práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos Humanos ante el COVID-19 en las Américas, pág. 56.

²⁵ Ob. cit. 13. 26 Op. cit. 14. 27 Ídem.

²⁸ Medidas provisionales solicitadas por CEJIL en su calidad de representantes del señor Jesús Vélez Loor, en el marco del cumplimiento de la sentencia, debido al abierto y permanente incumplimiento del Estado panameño de su obligación derivada de “adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes [...]”.

²⁹ Ob. cit. 24, párr.33

³⁰ Ibídem, párr. 28

³¹ Ibídem, párr. 20

Asimismo, estableció que en establecimientos donde efectivamente haya personas bajo custodia estatal, los Estados deben adoptar como mínimo, las siguientes medidas:

- a) Reducir el hacinamiento al nivel más bajo posible [...] incluyendo la posibilidad de examinar medidas alternativas y basadas en la comunidad.
- b) Determinar, [...] opciones de acogida familiar o comunitaria para NNA migrantes no acompañados, [...] preservando la unidad familiar.
- c) Garantizar el respeto del principio de no devolución [...].
- d) Adoptar medidas para prevenir el riesgo de violencia, en particular aquella de carácter sexual [...].
- e) Establecer protocolos o planes de actuación para la prevención del contagio del COVID-19 y la atención de personas migrantes infectadas [...].
- f) Brindar a las personas migrantes acceso gratuito y sin discriminación a servicios de atención en salud [...].
- g) Proporcionar [...] acceso gratuito a servicios de atención en salud sexual y [...] de atención de maternidad, y facilitar servicios de atención en salud adecuados para NNA.
- h) Adoptar las medidas que sean necesarias para superar barreras [...] que dificulten el acceso a la salud y a la información.
- i) Adoptar medidas para asegurar la ventilación natural, limpieza máxima, desinfección y recolección de residuos para evitar que la enfermedad se propague.
- j) [...] Dotación gratuita [materiales de materiales para desinfectar y protegerse del virus] al personal de custodia y sanitario.
- k) Promover [...] las medidas de higiene personal recomendadas por las autoridades sanitarias [...].
- l) Proveer alimentación suficiente y agua potable para consumo personal, con especial consideración de los requerimientos nutricionales pre y post natales.
- m) Posibilitar el acceso a servicios de salud mental [...].
- n) Garantizar el acceso a los [establecimientos de recepción de personas migrantes de las ombudspersons] y de otros mecanismos independientes de monitoreo, así como de las organizaciones internacionales y de la sociedad civil.
- o) Evitar que las medidas que se adopten promuevan la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación³².

³² *Ibidem*. Párr. 35

Por su parte, la CIDH también ha otorgado medidas de protección a favor de personas migrantes detenidas durante la pandemia. En su resolución de medidas cautelares 41/2020, Centro de Detención del Noroeste de Tacoma respecto de los Estados Unidos de América, solicitó al Estado garantizar un “acceso adecuado, rápido y accesible” a recursos para evaluar la continuidad de su detención de las personas bajo su custodia, tomando en cuenta el riesgo que presenta el COVID-19.

Adicionalmente, solicitó incrementar los esfuerzos para identificar oficiosamente a personas que podrían ser puestas en libertad por encontrarse en especial vulnerabilidad ante el virus. Así como implementar medidas eficaces para prevenir la propagación del COVID-19 dentro del centro de detención³³.

Finalmente, debido al riesgo elevado, diversos organismos internacionales, incluyendo a diversas agencias de la ONU y a la CIDH, han hecho un llamado a los Estados a liberar a las personas migrantes que se encuentra detenidas durante la pandemia³⁴.

III. Conclusión y consideraciones a futuro

Las pautas desarrolladas en los últimos meses resultan de suma importancia para asegurar que se adopten respuestas a la pandemia con un enfoque centrado en los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas, que atiendan a las vulnerabilidades específicas que nacen a raíz de la emergencia de salud, pero a su vez tomen en cuenta las desigualdades y retos estructurales preexistentes a la pandemia, los cuales solo se han exacerbado con ésta.

Es esencial atender al llamado de la Corte-IDH³⁵ y entender el fenómeno complejo de la movilidad humana desde una óptica de responsabilidad compartida que requiere sinergia y solidaridad no solo por parte de los Estados sino de todos los actores involucrados.

Esta responsabilidad, sin embargo, debe ser dimensionada de forma adecuada en relación con los roles propios de cada parte, en el entendido de que son los Estados los llamados a garantizar los derechos de las personas en su territorio y de que existen importantes disparidades entre los recursos y capacidades de diversos Estados de la región que deben ser tomados en consideración.

Dicha respuesta debe incluir y tener como eje central a las personas migrantes y refugiadas, para a partir de ahí, generar las condiciones y rutas que garanticen sus derechos, no solo en tiempos de emergencia, sino, de manera permanente.

Si bien resulta una tarea fundamental que la realidad refleje las obligaciones en la materia, los movimientos de personas migrantes, las organizaciones en las que se aglutinan o que les acompañamos, así como los órganos de protección, debemos seguir reflexionando y promoviendo que el DIDH evolucione progresivamente para seguir ampliando los umbrales de protección y atendiendo también los nuevos retos desde la mirada de nuestra humanidad y dignidad compartidas.

³³ CIDH, Resolución 41/20, Medida Cautelar N.º 265-20, Centro de Detención del Noroeste de Tacoma respecto de los Estados Unidos de América, párr. 3

³⁴ Ver: Ob cit. 14; OACNUDH, COVID-19 y los Derechos Humanos de las Personas Migrantes: Guía, 7 de abril 2020. Pág. 3.

³⁵ Ob. cit. 24, párr. 37

CAPÍTULO 3:

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS POR TEMAS

ESTADOS DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ATENCIÓN A LAS PERSONAS DESPLAZADAS: COLOMBIA Y EL SALVADOR

IRIS MARÍN ORTIZ¹

Introducción

Este artículo tiene como propósito presentar dos sentencias emblemáticas en Latinoamérica, que han adoptado órdenes para la protección de personas desplazadas: la Tutela 025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia (T-025 de 2004) y la Sentencia de Amparo 411-2017 de 2018 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (411-2017). El artículo es esencialmente descriptivo, sin embargo, al final se identificarán los aspectos más importantes de estas decisiones judiciales para la protección de personas desplazadas, así como las problemáticas que enfrentan para su efectividad.

Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana

Para el año 2004, Colombia enfrentaba una crisis de desplazamiento muy grave debido al conflicto armado en el que participaban al menos dos grupos guerrilleros (las FARC-EP y el ELN), los grupos paramilitares (AUC) y la Fuerza Pública. Según el Registro Único de Víctimas, entre 1997 y 2004 había 3.087.173 personas desplazadas, impactando el 97% de municipios².

El país contaba con la Ley de Desplazamiento Forzado 387 de 1997, que cumplía los más altos estándares de protección constitucional e internacional, que adoptó la definición de desplazado, creó el Sistema Nacional de Atención a Población Desplazada con instancias nacionales y territoriales y el registro de población desplazada, adoptó mecanismos de prevención, así como medidas de atención humanitaria, retorno, consolidación y estabilización social y económica.

Sin embargo, las medidas institucionales resultaban insuficientes frente a la devastadora crisis humanitaria. A la Corte Constitucional habían llegado 108 expedientes de tutela buscando el amparo de los derechos de 1150 familias desplazadas ubicadas en 22 ciudades.

En la sentencia, la Corte estudió los problemas jurídicos que se sintetizan así: (i) ¿es la tutela un medio idóneo para controlar falencias en políticas públicas de desplazamiento forzado interno (DFI)?; (ii) ¿se violan los derechos fundamentales de las personas desplazadas si la entrega de atención humanitaria y de medidas de estabilización social y económica es supeditada a la existencia de recursos o negada debido a falencias institucionales?

¹ Constitucionalista, experta en derechos de las víctimas y justicia transicional.

² Centro Nacional de Memoria Histórica; Una nación Desplazada. Informe Nacional del Desplazamiento Forzado en Colombia; primera edición; Bogotá; CNMH-UARIV; 2015; p. 178.

La Corte respondió afirmativamente ambas preguntas y tuteló los derechos a la vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niño. En su argumentación, la Corte acudió a su propia jurisprudencia de protección a personas desplazadas, que ya era robusta. Igualmente aplicó transversalmente los Principios Rectores de los Desplazamiento Internos.

Concluyó que existía una brecha institucional amplia entre lo estipulado normativamente y en instrumentos de planeación; y lo efectivamente garantizado a la población desplazada. En la sentencia se caracteriza la situación como de violación de derechos masiva, prolongada, reiterada, no imputable a una única autoridad, pues obedecía a un problema estructural que respondía, entre otras causas, a la insuficiencia de recursos y a la precaria capacidad institucional para implementar las políticas. El alto tribunal encontró que tal situación constituía un estado de cosas inconstitucional (ECI), que se configura cuando "(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas "que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales" y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales"³.

La Sentencia ha contado con seguimiento judicial desde entonces, conformándose una Sala Especial de Seguimiento al interior de la Corte. El proceso ha sido ampliamente participativo, dio lugar a la creación de una Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil⁴, las mesas de participación de víctimas de todo el país concurren activamente al proceso.

Del proceso de seguimiento al cumplimiento de la T-025 se puede destacar que se adoptó un enfoque de goce efectivo de derechos, con mediciones basadas en indicadores⁵, aunque su contenido aún no es definitivo. También se han expedido decisiones judiciales de seguimiento diferenciales para comunidades étnicas, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes, así como para mujeres⁶.

Después de esta Sentencia se presentaron dos sucesos históricos que han contribuido a avanzar en su cumplimiento: (i) la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras⁷, que integró y potenció lo estipulado en la Ley de Desplazamiento de 1997 y fortaleció la capacidad institucional, presupuestal y de planeación⁸; y (ii) la firma del Acuerdo de Paz con las FARC-EP en 2016, que contribuyó significativamente a la reducción del desplazamiento y contempló medidas para atender a los desplazados y a quienes cruzaron la frontera.

³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.

⁴ Liderada por CODHES, también hicieron parte un Ex Defensor del Pueblo y ex Presidente de la Corte Constitucional, Pastoral Social de la Iglesia Católica, periodistas, economistas, universidades, centros de pensamiento, organizaciones de derechos humanos, organizaciones indígenas y afrodescendientes; contó también con acompañamiento internacional.

⁵ Mediante los autos 233 de 2007 y 116 de 2008 la Corte adoptó indicadores de goce efectivo de derechos.

⁶ Destacan los Autos 092 de 2008 y 009 de 2015 sobre riesgos específicos para las mujeres, incluyendo violencia sexual; Auto 004 de 2009 sobre indígenas, Auto 005 de 2009 sobre comunidades afrodescendientes; y Auto 006 sobre personas con discapacidad y 251 de 2008 sobre niñas, niños y adolescentes.

⁷ Se expidieron Decretos con fuerza de Ley para comunidades étnicas: 4633 para pueblos indígenas, 4634 para el pueblo gitano y 4635 para comunidades afrodescendientes.

⁸ La sentencia C-280 de 2013 de la Corte Constitucional Colombiana decidió proteger la plena vigencia de la Ley 387 de 1997, haciendo prevalecer un enfoque de fortalecimiento de la misma a través de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en vez de derogarla.

En sus últimos Autos de seguimiento⁹, la Corte ha encontrado niveles de cumplimiento: (i) alto en la superación del subregistro, en la cobertura en afiliación en salud, en participación de las personas desplazadas y en restitución de tierras; (ii) medio en vivienda, educación, atención humanitaria, retornos y reubicaciones; (iii) bajo en prevención y protección y en generación de ingresos, así como una especial desprotección de las comunidades étnicas.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

El Salvador venía enfrentando por años la violencia derivada de la acción de grupos de delincuencia organizada, de pandillas conocidas como maras, que estaba generando desplazamiento urbano, rural e intraurbano que el Gobierno se negaba a reconocer en su magnitud.

La Sentencia 411-17 de 2018 resolvió una acción de amparo interpuesta por 8 grupos familiares que integraban a 33 personas, que habían sufrido dos DFI en 2016. El primero se generó por el asedio de la Mara 18 quien les amenazó, extorsionó, violentó sus domicilios, violó a una mujer y a su hija de 12 años y les dio un plazo perentorio para salir. Ya desplazados, en una operación de la policía, murió la mamá de uno de los demandantes. A raíz de los hechos, interpusieron las acciones penales y solicitaron protección, sin embargo, terminaron viéndose obligados a salir del país.

Uno de los aspectos más destacables de esta providencia judicial es el análisis de contexto realizado por la Corte Suprema, en el que identificó que El Salvador es el país con más pandillas en la región, situación que había generado el aumento de homicidios y DFI en los últimos 10 años.

La situación de violencia verificada era de carácter sistemático, planeada y organizada conllevando, además, la deserción escolar, restricciones a la circulación, afectaciones en el ejercicio del voto residencial, paralización del transporte público y obstaculización de actividades económicas y laborales. La Corte identificó los principales impactos del desplazamiento en la población afectada. Para dicho análisis, la Corte consultó informes de diagnóstico del ACNUR, el Informe de la visita de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Desplazados de la ONU y el informe de la CIDH “Movilidad Humana. Estándares interamericanos”.

La Corte Suprema resolvió dos problemas jurídicos: (i) ¿había existido omisión de las autoridades en la investigación de los hechos y la protección de las víctimas?; (ii) ¿existía omisión de la Asamblea Legislativa y del ejecutivo por no “emitir, elaborar y promover leyes secundarias, normativa reglamentaria, políticas, programas y protocolos de actuación para garantizar la protección de las víctimas de DFI”?

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Autos 373 de 2016 y 331 de 2019.

Con fundamento en las pruebas del expediente y en la información del contexto, la Sentencia respondió afirmativamente ambos problemas jurídicos y amparó los derechos a la seguridad material, protección familiar, protección jurisdiccional y no jurisdiccional, propiedad y libertad de circulación y residencia. La Sentencia acude para su argumentación a la jurisprudencia interamericana y a los tratados internacionales de derechos humanos.

Al respecto sostuvo que, si bien los tratados no tienen rango constitucional, de la concepción constitucional personalista del Estado se deriva la regla hermenéutica a favor de la dignidad que expande la fuerza vinculante y jerarquía normativa de dichos tratados.

La sentencia identificó como problema estructural la anuencia del Gobierno al reconocimiento del DFI, lo que impedía la garantía de los derechos de la población desplazada. Respecto del primer problema jurídico, encontró que las autoridades policivas y penales fallaron, ya que no avanzaron en las investigaciones a pesar de (i) ser delitos de acción pública, es decir, que no dependen de la iniciativa de las víctimas, y (ii) involucrar hechos graves contra población vulnerable, como la violencia sexual contra una niña. En la sentencia también se constataron falencias en la protección de las víctimas derivadas, entre otros, que se les exponía a confrontar a los responsables.

Adicionalmente, concluyó que el programa de protección a las víctimas resultaba ineficiente porque (i) supeditaba la protección a la denuncia penal; (ii) y no contaba con presupuesto suficiente; lo que conllevaba que (iii) las víctimas no accedieran a atención humanitaria cuando lo necesitaban.

Sobre el segundo problema jurídico, el tribunal usó su propio precedente, según el cual la protección de derechos fundamentales es exigible tanto al legislador, quien tiene un deber de desarrollar los postulados constitucionales para hacer efectivos los derechos de la población, como al ejecutivo, quien tiene la obligación de adoptar medidas específicas.

La Sentencia (i) declaró que en El Salvador existe un fenómeno de DFI originado en la violencia de las pandillas; (ii) ordenó a la Fiscalía deducir las responsabilidades administrativas por la falta de diligencia en el proceso penal y promover la reparación de las víctimas; (iii) ordenó a la Policía y a la Fiscalía adelantar inmediatamente las investigaciones para esclarecer los delitos; (iv) ordenó a la Asamblea Legislativa y al Gobierno reconocer y categorizar normativamente a las víctimas de DFI como sujetos de derechos, y expedir legislación especial orientada a la protección de víctimas y testigos independientemente del avance del proceso penal, diseñar políticas públicas y protocolos de actuación para la prevención del desplazamiento, así como adoptar medidas para recobrar el control territorial, brindar protección a las personas desplazadas y garantizarles el retorno a sus residencias; (v) ordenó al Presidente de la República coordinar las acciones necesarias para prevenir y controlar la violencia, formular y ejecutar políticas sociales que eviten la marginación de sectores vulnerables, e implementar acciones para recobrar el control territorial y priorizar presupuestalmente la atención a víctimas de DFI. Por último, dispuso el trámite de reparación para las víctimas.

Finalmente, la Corte Suprema se declaró competente para hacer seguimiento al cumplimiento de la Sentencia a través de informes y audiencias, entre otros mecanismos que el tribunal considere.

Por lo pronto, ya se han producido dos resultados muy destacables: i) el reconocimiento oficial de la realidad de DFI en el país; y ii) la Ley Especial para la Atención y Protección Integral de Personas en condición de DFI, mediante Decreto 539 del 23 de enero 2020. La Ley, en sus considerandos, reconoce expresamente que se expide debido a que la Sentencia de amparo “mandató reconocer a las víctimas de la violencia y del DFI dicha calidad, como sujetos de derechos, y categorizarlos normativamente, y emitir la legislación especial orientada a su protección”.

Las sentencias, sus puntos en común y sus retos

Las sentencias presentadas constituyen hitos para la protección de personas desplazadas no solo en Colombia y El Salvador, sino en el continente. Ambas sentencias se producen en contextos diferentes en cuanto a las causas del DFI. Al momento de su expedición, los países contaban con respuestas institucionales distintas, pues en Colombia existía una normativa robusta y un diseño de política pública inicial, que resultaba inoperante o muy insuficiente, debido a la precariedad institucional y la falta de voluntad política. En El Salvador tampoco había voluntad política, tampoco se contaba con ninguna normativa, ni institucionalidad específica para la atención del DFI, excepto aquella derivada de los procesos penales, que también tenía falencias importantes.

Las decisiones hicieron visible una problemática grave y estructural que los Gobiernos se negaban aceptar o atender adecuadamente. Como tal, las sentencias son una victoria del Estado de Derecho para ambos países, pues muestran poderes judiciales independientes que garantizan derechos como límite a la discrecionalidad política de los órganos de Gobierno, e incluso el legislativo, como en el caso de El Salvador.

Hay aspectos comunes que hicieron posibles ambas decisiones. En primer lugar, la acción de tutela o amparo constitucional de derechos. Ambas sentencias evidencian que esta acción constitucional es una joya esencial para la garantía de los derechos humanos en el plano doméstico. En segundo lugar, la interpretación constitucional basada en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Colombia la Constitución lo permite a través de la *figura del bloque de constitucionalidad*, que integra los tratados de Derechos Humanos a la Constitución, por vía directa o como criterio interpretativo¹⁰.

En El Salvador la Corte Suprema entendió que era la interpretación de la Constitución más acorde con su principio personalista, basado en la dignidad humana. En tercer lugar, ambas decisiones acuden a la figura del *ECI*, asumiendo una perspectiva global del problema del DFI, lo cual hizo posible exceder el efecto *inter partes* – tradicional de las decisiones judiciales de tutela o amparo —, para dar órdenes de carácter estructural dirigidas a la protección de todas las personas desplazadas, y no solo a las accionantes.

Así, las órdenes comprometían a las otras ramas del poder público al más alto nivel. En cuarto lugar, en ambas decisiones, los organismos internacionales de derechos humanos tuvieron un rol fundamental.

En el caso de El Salvador, los diagnósticos internacionales fueron cruciales para probar el contexto; en Colombia han sido muy importantes en el proceso de seguimiento y acompañamiento a las organizaciones.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 93.

Ambas decisiones han dado resultados invaluable para la garantía de los derechos de las personas desplazadas. Cuesta imaginar cómo habría sido el camino de Colombia en la atención a las familias desplazadas sin la T-025. No lo sabemos, pero sin duda habría sido mucho más difícil de lo que ha resultado. En el caso de El Salvador, la decisión aceleró la discusión y sirvió de base para activar la voluntad política del Estado.

Sin embargo, los retos son significativos. El primero siempre será la prevención y protección de la población frente al DFI y el cúmulo de graves violaciones de los derechos humanos que lo causan. En Colombia, desde 2008 se empezó a explorar la pregunta: ¿cuándo se considera superado el ECI? Allí, el problema, más que jurídico, es fáctico. Mientras que la violencia siga causando DFI, la victimización crece y el esfuerzo institucional y presupuestal debe mantenerse. Hoy la T-025 no se ocupa exclusivamente de las más de 3 millones de personas que estaban desplazadas en 2004, sino de más de 6 millones que hacen parte del universo de 8 millones de personas desplazadas que hoy se encuentran registradas¹¹.

En estos 16 años, la violencia se ha transformado, pero no ha desaparecido, a pesar del Acuerdo de Paz. La prevención del desplazamiento es una tarea también de las autoridades investigativas, de policía y de los jueces penales. Eso lo ilustra claramente la Sentencia de El Salvador. En Colombia, para el 2014, solo se encontraban activas 14.612 investigaciones penales por el delito de DFI¹², a pesar de las órdenes emitidas por la Corte Constitucional¹³.

El segundo reto enorme son las soluciones duraderas. La asistencia humanitaria es necesaria y urgente para la precaria situación de las personas desplazadas. Sin embargo, el seguimiento de estas sentencias debe tomar en consideración que el asistencialismo, aunque es costoso, es una vía que resulta fácil y la tentación de quedarse allí es alta. Las personas tienen derecho a respuestas que les permitan reestructurar sus proyectos de vida y recobrar la autonomía y ciudadanía. Este es el enfoque de soluciones duraderas, esto es, garantizar los derechos al trabajo, salud, educación, vivienda y servicios esenciales, en el marco de condiciones de retorno o reasentamiento seguras, voluntarias y sostenibles. Esta es la apuesta a la que debe apuntarse para devolverles condiciones de vida dignas.

Por último, se debe advertir que las sentencias estructurales han sido motivo de debate en la doctrina, porque entran en tensión con el principio democrático, al intervenir, a través de sus órdenes, en las decisiones que adoptan las autoridades elegidas democráticamente¹⁴. Sin embargo, estas sentencias cada vez son más comunes pues han sido efectivas en paliar la exclusión de poblaciones vulnerables sin suficiente representación política. Sin embargo, ese asunto no se debe ignorar en la adopción y seguimiento de este tipo de decisiones. El verdadero éxito de ellas es que los órganos políticos incluyan los derechos de las personas desplazadas sin que un juez constitucional les deba recordar sus obligaciones bajo las normas de derechos humanos.

¹¹ De los más de 8 millones de personas desplazadas, alrededor del 20% ya no se atienden, ya sea porque ha finalizado su atención, falta de contacto, o fallecimiento.
Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>.

¹² Centro Nacional de Memoria Histórica; Una nación Desplazada. Informe Nacional del Desplazamiento Forzado en Colombia; primera edición; Bogotá; CNMH-UARIV; 2015; p. 310.

¹³ Colombia, Corte Constitucional, Auto 008 de 2009.

¹⁴ Ver: Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán; *El amparo estructural de los derechos*; primera edición; Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2016.

EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA: UNA BREVE MIRADA AL ROL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

DANIELA SALAZAR MARÍN Y DANIEL CABALLERO OLMEDO¹

El Ecuador históricamente ha sido un país de origen, tránsito y destino de personas migrantes y refugiadas. De ahí que no es casualidad que su Constitución reconozca una serie de derechos y principios relativos a las personas en situación de movilidad humana. Este breve ensayo describe algunos de los pronunciamientos de la justicia constitucional en Ecuador respecto de la protección del derecho de las personas migrantes a la libre circulación y residencia, así como de los límites que debe respetar el Estado al momento de establecer políticas migratorias, tales como requisitos de ingreso al territorio nacional.

Para ello, en primer lugar, se aborda el desarrollo en la jurisprudencia constitucional del derecho a la libre circulación y residencia a partir de algunas decisiones en el contexto de la migración forzada de personas venezolanas. En segundo lugar, se exponen decisiones de la Corte Constitucional que desarrollan elementos interrelacionados con el derecho a la libre circulación y residencia. Por último, se identifican algunos retos pendientes y se reflexiona sobre el rol de la justicia constitucional en la protección de los derechos de las personas migrantes.

La justicia constitucional y la libre circulación y residencia

El derecho a la libre circulación y residencia “se encuentra asociad[o] al ejercicio mismo de la libertad y de la autonomía de las personas, ya que estas deben poder definir en dónde residir y poder desplazarse, sin restricciones, de un lugar a otro para poder desarrollar, en forma plena e igualitaria, el proyecto de vida que han escogido”². El contenido y alcance de este derecho es más amplio y complejo, puesto que incluye componentes como el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado³, la libertad de poder salir de cualquier país, el derecho a buscar y recibir asilo, así como la garantía de no ser expulsado arbitrariamente⁴.

En general, el desarrollo de este derecho en la jurisprudencia constitucional en el Ecuador ha sido limitado. En los primeros casos que conoció la Corte Constitucional de Ecuador (CCE), se reconocieron algunos aspectos importantes, como la protección especial y situación de vulnerabilidad de las personas migrantes y refugiadas; la prohibición de establecer restricciones excesivas e injustificadas para el ingreso y permanencia de las personas no nacionales; y la flexibilización de las políticas migratorias para promover los derechos de las personas migrantes⁵.

¹ Daniela es profesora del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador. Daniel es profesor adjunto de la misma universidad y asesor en el Corte Constitucional.

² Christian Steiner y Marie Christine Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, segunda edición, Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2019, p. 648.

³ Corte-IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre del 2005, serie C, núm. 134, párr. 187.

⁴ Corte-IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 272, párr. 133.

⁵ Ver, Corte Constitucional, Sentencia N.º 090-15-SEP-CC, Ecuador, MP. Alfredo Ruíz, p. 20-21; sentencia N.º 002-14-SIN-CC, Ecuador, MP. Ruth Seni, p. 47-48, 59; dictamen N.º 007-15-DTI-CC, Ecuador, MP. Wendy Molina, p. 18; dictamen N.º 005-15-DTI-CC, Ecuador, M.P. María del Carmen Maldonado, p. 13.

Ahora bien, en el contexto de la migración forzada de personas venezolanas hacia Ecuador y otros países de la región, la justicia constitucional en Ecuador asumió un rol importante para dotar de contenido al derecho a la libre circulación y residencia. A través de dos resoluciones sobre medidas cautelares, la justicia constitucional enfatizó los límites del Estado para fijar sus políticas migratorias en relación con los requisitos de ingreso a territorio nacional.

En la primera decisión de medidas cautelares presentada en contra de la exigencia de pasaporte vigente como requisito de ingreso para personas venezolanas a territorio nacional⁶, la jueza constitucional que conoció el caso determinó que el Estado ecuatoriano no puede imponer requisitos que no se encuentren expresa y previamente reconocidos en la ley interna, y que la exigencia de pasaporte vigente atenta contra el derecho a migrar y la libre circulación de las personas venezolanas⁷.

En consecuencia, la jueza constitucional suspendió la exigencia de dicho requisito hasta que el Estado presente un plan integral de atención ante el incremento del flujo migratorio de personas venezolanas⁸.

A los pocos días de emitida la decisión favorable de medidas cautelares, el Estado ecuatoriano estableció un nuevo requisito de ingreso para personas venezolanas al territorio nacional: el certificado de validez de cédula de identidad; y al año siguiente, dispuso además la obligación de presentar certificado de antecedentes penales apostillado⁹. Estos nuevos requisitos sumados al primero sobre pasaporte vigente, dieron lugar a una acción de inconstitucionalidad presentada en conjunto con una solicitud de medidas cautelares ante la Corte Constitucional¹⁰.

En esta segunda decisión de medidas cautelares, la CCE reconoció la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes, en particular, aquellas en situación irregular, y estableció que, conforme lo han señalado tanto la CIDH como la CorteIDH¹¹, si bien el Estado ecuatoriano guarda un ámbito de discrecionalidad para determinar sus políticas migratorias, estas deben respetar los derechos humanos.

En este sentido, reconoció que el derecho y principio de la no devolución no es exclusivo para las personas refugiadas puesto que tiene como finalidad proteger la vida, la seguridad, la integridad o la libertad de toda persona extranjera¹².

⁶ Acuerdo ministerial 242 de 16 de agosto del 2018.

⁷ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, Proceso N.º. 17203-2018-07971, Ecuador, MP. Marjorie Judith Naranjo Briceño.

⁸ De forma similar, en Perú, a través de una acción de hábeas corpus se dejó sin efecto la resolución emitida por la Superintendencia Nacional de Migraciones a través de la cual se exigía la presentación de pasaporte vigente. En dicha decisión, se reconoció que las políticas migratorias no deben vulnerar los derechos inherentes a las personas, y que la exigencia de un requisito que no es de fácil obtención revictimiza y vulnera el derecho a la libertad de tránsito. Quinto Juzgado de Penal para procesos de Reos Libres, Sentencia, Perú, MP. Celia Verónica San Martín Montoya, párr. 4.7.10 y 5.3.

⁹ Acuerdo ministerial 244 de 22 de agosto del 2018, y acuerdos interministeriales 001 y 002 de 21 de enero y 1 de febrero del 2019.

¹⁰ La exigencia de los requisitos se encuentra suspendida hasta una resolución definitiva por la CCE.

¹¹ CIDH, Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 292; Corte-IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 168.

¹² Corte-IDH, La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo del 2018, serie A, núm. 25, párr. 180.

Con base en este principio, determinó el deber del Estado de garantizar el acceso a territorio nacional y realizar un análisis adecuado e individualizado sobre las distintas necesidades de protección de las personas migrantes, previo a cualquier procedimiento o práctica que afecte sus derechos humanos, como rechazos en frontera y/o cualquier medida de devolución o deportación *de facto*.

Asimismo, reconoció que la Resolución 2/18 sobre Migración Forzada de Personas Venezolanas de la CIDH, establece que los Estados deben permitir el ingreso al territorio nacional a personas venezolanas que se han visto forzadas a migrar y que buscan protección internacional o que requieren satisfacer necesidades humanitarias urgentes, así como a garantizar su protección efectiva y la evaluación individual de sus necesidades.

En la resolución de medidas cautelares se reconoció además que si bien el Estado ecuatoriano tiene la potestad de establecer medidas para responder a la migración masiva de personas, al mismo tiempo, los posibles efectos de la exigencia de requisitos adicionales de ingreso “podrían incrementar los riesgos y peligros a los que las personas migrantes, por su sola condición, ya se encuentran expuestas [así como] su situación de vulnerabilidad y la probabilidad de ser víctimas de abusos y violaciones de sus derechos humanos”¹³.

Si bien la decisión sobre medidas cautelares no constituye en sí misma una sentencia, y como tal, no determina vulneraciones a derechos concretas, marcó el inicio de varias decisiones de la CCE en relación con los derechos de las personas migrantes.

A continuación, se exponen algunas de estas decisiones que desarrollan elementos interrelacionados con el derecho a la libre circulación y residencia, en particular, el ingreso a territorio nacional a través del derecho a migrar, los límites a las medidas sobre cierre de fronteras en el contexto de la pandemia, así como las obligaciones en zonas de tránsito en los aeropuertos.

La jurisprudencia de la CCE y el ingreso a territorio nacional

En decisiones recientes, la CCE empezó a desarrollar el contenido y alcance del derecho a migrar, el cual se encuentra reconocido de forma expresa en la Constitución. Para ello, reconoció la existencia de un cambio de paradigma sobre la movilidad humana. “Se ha pasado de un asunto propio de la soberanía estatal y de la seguridad nacional, en que las personas eran objetos de control, a una perspectiva de sujetos de derechos”¹⁴.

En este contexto, entiende al derecho a migrar como la facultad de trasladarse que tienen las personas y la garantía de que dicho traslado ocurra en condiciones dignas en el lugar de origen, tránsito, destino y retorno.

¹³ Corte Constitucional, Auto 14-19-IN, Ecuador, MP. Daniela Salazar Marín, párrs. 23-24 y 29.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia 159-11-JH/19, Ecuador, MP. Ramiro Ávila Santamaría, párrs. 107 y 108.

Asimismo, la CCE estableció que el derecho a migrar debe ser considerado en cada caso y resuelto con base en las circunstancias individuales de cada persona. Es decir, reconoció –de la misma forma como lo ha hecho la CIDH– que la movilidad humana es un fenómeno multicausal, que las personas migran por distintas razones, voluntarias o forzadas, y que la migración ocurre como resultado de una combinación de factores de expulsión y atracción¹⁵. Por lo que cada persona requiere un análisis con base en sus propias circunstancias, razones y factores para migrar. La ausencia de dicho análisis, la práctica de mecanismos que criminalizan la migración y la imposición de restricciones innecesarias y desproporcionadas para el ingreso a territorio nacional, según la CCE, son contrarios al derecho a migrar¹⁶.

A criterio de la CCE, el derecho a migrar otorga una protección más amplia que el derecho a la libre circulación y residencia, puesto que parte del reconocimiento de los distintos riesgos y factores que obligan a las personas a salir de su lugar de origen o residencia habitual y, en consecuencia, su protección abarca todo el proceso de migración. Según la CCE, el desarrollo del contenido y alcance de este derecho permite reconocer a las personas migrantes como verdaderos sujetos de derechos.

En otra de sus decisiones, la CCE reconoció que las obligaciones del Estado en relación con el ingreso de personas migrantes no se limitan a los puntos de entrada fronterizos terrestres, sino que incluye también las zonas de tránsito o “internacionales” en los aeropuertos. Con fundamento en lo señalado por la CIDH y la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, determinó que estas zonas no excluyen las obligaciones del Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos¹⁷. En consecuencia, enfatizó la prohibición de detener a personas migrantes en dichas zonas y estableció la obligación del Estado de permitir el ingreso a territorio nacional y el acceso a procedimientos en los que se determinen necesidades particulares de protección.

De lo contrario, a juicio de la CCE, se vulnera el derecho y principio a la no devolución. Además, en relación con los documentos que podrían portar algunas personas con el fin de ingresar a territorio nacional, estableció que pueden existir motivos razonables y justificados para que personas que presenten posibles necesidades de protección internacional no tengan documentos de viaje o de identidad válidos, considerando el contexto de persecución, violencia generalizada, migración forzada, entre otras causas¹⁸.

¹⁵ CIDH, Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párrs. 3-4.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia 159-11-JH/19, Ecuador, MP. Ramiro Ávila Santamaría, párrs. 115-118; sentencia 335-13-JP/20, Ecuador, MP. Daniela Salazar Marín, párrs. 120-123.

¹⁷ Principio 6 de los Principios Interamericanos; ACNUDH, Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales, 2015.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia 335-13-JP/20, Ecuador, MP. Daniela Salazar Marín, párrs. 111.

Por otra parte, en el contexto de la pandemia de COVID-19, la CCE señaló que la suspensión de vuelos o el cierre de fronteras –como mecanismos para enfrentar la propagación del virus– no son medidas de carácter absoluto y por tanto el ingreso excepcional de personas debe garantizarse a través de los debidos controles sanitarios¹⁹. El pronunciamiento de la Corte es coherente con el reconocimiento de migraciones que se producen por factores estructurales que, incluso, podrían reforzarse durante la pandemia, como es el retorno voluntario, que debe garantizarse en condiciones seguras y dignas²⁰.

A partir de estas decisiones, la CCE ha procurado promover la protección de los derechos de las personas migrantes, en particular, su derecho a no ser rechazadas en frontera sin un análisis adecuado e individualizado de los factores que las obligan a salir de sus hogares. Ahora bien, existen algunos aspectos que requieren mayor atención para garantizar la protección de los derechos de las personas migrantes, conforme se desarrolla a continuación.

Retos pendientes para la protección de las personas migrantes

Uno de los principales retos para promover y garantizar los derechos de las personas migrantes es desarticular la situación estructural de discriminación y estigmatización que enfrentan con base en su condición migratoria o nacionalidad. Los estereotipos y prejuicios en contra de las personas migrantes perpetúan la discriminación en el acceso y ejercicio efectivo de sus derechos, promueven la violencia e incrementan su situación de vulnerabilidad.

Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas para prevenir y erradicar la xenofobia, así como otras formas conexas de intolerancia en contra de las personas migrantes. Ahora bien, ninguna ley, política pública o decisión judicial es suficiente para conseguir esto. Si bien se reconoce el rol que han tenido las cortes y los tribunales en impulsar o acelerar los cambios necesarios para proteger los derechos de las minorías, los problemas estructurales no se resuelven necesariamente desde arriba. Los verdaderos cambios se producen desde lo cotidiano.

Debemos dejar a un lado los preconceptos falsos y negativos en contra de las personas migrantes, y reconocer que la movilidad humana ha sido una característica inherente a las personas a lo largo de la historia y que migrar no es un delito.

Otro de los retos es la falta de reconocimiento de las personas migrantes como sujetos de derechos. Las personas migrantes no tienen peso político en las decisiones de los Estados ni forma de incidir en las discusiones públicas que afectan sus derechos. Es necesario que las políticas, leyes y prácticas migratorias se construyan a partir del reconocimiento de los derechos de las personas migrantes a través de procesos participativos e inclusivos.

Si las actuaciones del Estado no se adecúan conforme a las normas y principios que protegen los derechos de las personas migrantes y no se desarrollan a través de procesos transparentes y participativos, difícilmente promoverán migraciones ordenadas, seguras y regulares.

¹⁹ Corte Constitucional, dictamen 1-20-EE/20, Ecuador, MP. Teresa Nuques Martínez, párrs. 57-58.

²⁰ Corte Constitucional, dictamen 2-20-EE/20, Ecuador, MP. Ramiro Ávila Santamaría, párr. 42.

Al contrario, una política migratoria restrictiva que se fundamenta en prácticas que criminalizan la migración, externalizan el control migratorio, securitizan las fronteras, o que reducen espacios de protección internacional y el acceso a alternativas migratorias, promueve una migración irregular e incrementa la situación de riesgo de violación de los derechos de las personas migrantes. Además, que este tipo de políticas y prácticas, de nuevo, fomentan y respaldan la discriminación y xenofobia.

Es importante reconocer la limitación que algunos Estados podrían presentar en términos de capacidad institucional, asignación de recursos materiales y humanos para responder a ciertos flujos migratorios. Por lo que la adopción de mecanismos generales y efectivos para garantizar el respeto de los derechos de las personas migrantes, en particular, su derecho a migrar en condiciones dignas y seguras, debe ser el resultado de una respuesta regional coordinada con un enfoque en derechos humanos y de responsabilidad compartida. Solo así se podrá garantizar que las personas migrantes se encuentren menos expuestas a riesgos y peligros, así como a restricciones desproporcionadas e innecesarias de facto y jurídicas.

Por último, es necesario destacar las oportunidades que existen para promover los derechos de las personas migrantes. Las decisiones de la justicia constitucional referidas en el presente ensayo demuestran que, en contextos específicos, las cortes y tribunales pueden asumir un rol relevante al momento de proteger los derechos de las personas migrantes y exigir que las normas y políticas públicas sean respetuosas de la Constitución y los instrumentos internacionales.

A través de sus decisiones, las juezas y jueces tienen la oportunidad no solo de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos para proteger a las personas migrantes, sino además de establecer mecanismos de reparación integral que exijan acciones concretas por parte de los Estados, como la adopción de medidas reforzadas y especiales de protección.

La jurisprudencia constitucional, más allá de los casos concretos, debe constituir una guía permanente para las autoridades en el ejercicio de su facultad de emitir leyes y políticas migratorias.

EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO: COMENTARIO A ALGUNAS SENTENCIAS ADOPTADAS POR TRIBUNALES DE LA REGIÓN LATINOAMERICANA

MARK MANLY Y URIEL SALAS¹

I. Introducción

El derecho a buscar y recibir asilo está claramente reconocido como un derecho humano fundamental en los tratados internacionales relevantes, aunque con formulaciones distintas², e implica una obligación de los Estados de brindar protección a las personas que han cruzado una frontera internacional y enfrentarían persecución en caso de retorno a sus países.

Por un lado, el derecho a “buscar” abarca la posibilidad de solicitar o pedir asilo, ya sea en el territorio del Estado o cuando de cualquier forma se encuentre bajo su jurisdicción³; mientras que el derecho a “recibir” significa que los Estados deben otorgar protección internacional, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones para que esta pueda ser brindada⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido de manera tajante la relación entre este derecho, y la protección internacional de las personas refugiadas: “El derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia”⁵.

En la región de las Américas, los requisitos y las condiciones para reconocer la condición de refugiado incluyen, por un lado, la definición contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Convención de 1951) y, por el otro, la definición expandida en la Declaración de Cartagena e incluida en el marco jurídico interno de la mayoría de los Estados de América Latina.

La condición de refugiado, ligada de manera particular con el derecho a “recibir” asilo, tiene una naturaleza declarativa, toda vez que una persona es refugiada tan pronto como se reúnen las condiciones para ello, es decir, cuando cruza una frontera internacional y está fuera de su país de origen por un temor fundado de persecución por unos de los motivos establecidos en la definición. En este sentido, el reconocimiento de la condición de refugiado por parte de los Estados es únicamente un acto declarativo y no constitutivo: una persona “no adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado”⁶.

¹ Mark Manly es Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México. Uriel Salas es Oficial Asistente de Enlace en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México. Las opiniones expresadas en este artículo son de los autores y no necesariamente representan la posición de las Naciones Unidas o del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

² Ver, por ejemplo, art. 22.7 de la CADH.

³ Corte-IDH, Opinión Consultiva OC-25/18, solicitada por la República de Ecuador, 30 de mayo de 2018, párr. 122.

⁴ *Ibidem*, párr. 123.

⁵ *Ibidem*, párr. 200.

⁶ ACNUR: *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional*. En virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Reedición. Ginebra, febrero de 2019, 1 febrero 2019, párr. 28.

Como indica el *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* del ACNUR, “es evidente que, para que los Estados Partes en la Convención y en el Protocolo puedan aplicar sus disposiciones, es necesario que los refugiados sean identificados”.

Al establecer los procedimientos para implementar la Convención y asegurar el derecho de buscar y recibir asilo, los Estados no tienen discreción total. Más bien, como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías”⁷.

En el marco anterior, la existencia de plazos para la presentación de solicitudes de la condición de refugiado, contemplados en la legislación o las regulaciones internas de algunos Estados, plantean distintas interrogantes a la luz del derecho a solicitar y recibir asilo, así como de la naturaleza declarativa de la condición de persona refugiada.

En un primer momento del presente artículo, se presentarán de manera breve los estándares internacionales más relevantes frente a la existencia de plazos para la presentación de solicitudes de asilo. En un segundo momento, se pretende introducir algunas sentencias judiciales adoptadas por Ecuador y México, que ejemplificarán la manera en la que los tribunales nacionales han lidiado con este tipo de plazos contemplados en las legislaciones o regulaciones nacionales, de frente al derecho a solicitar y recibir asilo.

II. Estándares internacionales relevantes.

El régimen internacional de protección a personas refugiadas, y particularmente, la Convención de 1951, no especifica ningún plazo durante el cual las personas puedan acceder al procedimiento de asilo. Como muestra de lo anterior, las leyes de la mayoría de los Estados latinoamericanos no especifican plazo alguno⁸.

No obstante lo anterior, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), ha expresado su “preocupación de que ciertos Estados hayan establecido plazos para la presentación de solicitudes de asilo, después de los cuales no se acepten solicitudes para el procedimiento de asilo”, indicando que “el uso de plazos como impedimento para que las personas soliciten asilo es contrario a los principios aceptados de asilo y protección de refugiados”⁹.

En este mismo sentido, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha sido enfático en señalar que, a pesar de que los plazos pueden establecerse para ciertos efectos administrativos, la falta de presentación de la solicitud de la condición de refugiado dentro de cierto plazo “no debe derivar en que dicha solicitud no sea considerada”¹⁰.

⁷ Corte-IDH, Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013, párr. 197.

⁸ Ver ACNUR, Buenas prácticas legislativas en las Américas: Cuadro 1.

⁹ ACNUR, Nota sobre Protección Internacional, 4 de junio de 1999, EC/40/SC/CRP.12, párr. 18.

¹⁰ Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión N.º 15 (XXX), 1979, párrafo (i).

De esta manera, al momento de analizar la pertinencia o no de los plazos para la presentación de solicitudes de asilo, se debe partir de que “los requisitos formales no deben suponer un obstáculo para el ejercicio del derecho de solicitar asilo”¹¹.

Por lo tanto, el hecho de que los solicitantes de asilo no presenten su solicitud dentro de un plazo determinado o el incumplimiento de los requisitos formales no deberán conllevar la exclusión de la consideración de una solicitud de asilo, a pesar de que en determinadas circunstancias las solicitudes extemporáneas puedan afectar la credibilidad de las mismas. Por último, la aplicación automática y mecánica de plazos para la presentación de solicitudes es contraria a los principios de protección internacionales¹².

III. Sentencias adoptadas por Ecuador

a. Caso N°1567-13-EP.

El 25 de marzo de 2015, la Corte Constitucional del Ecuador emitió una sentencia en el caso N° 1567-13-EP, relacionado con el rechazo de una solicitud de asilo, por haberse presentado fuera del plazo de 15 días, contados a partir de su ingreso a Ecuador. Esto, de conformidad con las disposiciones del artículo 27 del Decreto Ejecutivo N° 1182.

El análisis de la Corte Constitucional del Ecuador se enfocó en la posible vulneración de los derechos al debido proceso y, particularmente, el derecho a la defensa, y a la tutela efectiva de los derechos de asilo y no devolución.

Respecto a la tutela efectiva al derecho de asilo y no devolución, la Corte consideró que, si bien la norma de carácter reglamentario determinaba imperativamente un tiempo rígido de 15 días para la presentación de la solicitud de asilo, en el caso específico del promovente, “le resultó insuficiente, debido a sus particulares situaciones fácticas por las que debió atravesar su integridad personal y psíquica, como consecuencia del obligado abandono de su país de origen (...) hacia el Ecuador, por presuntas afectaciones de parte de las autoridades estatales a su integridad física y de actos discriminatorios por su orientación sexual”¹³.

Según la Corte Constitucional, lo anterior obligaba a Ecuador, como país receptor, a otorgar un tratamiento conveniente que le permitiera tener la certeza de que su expectativa de acceder al derecho de asilo, a través de su solicitud, iba a ser objeto de estudio y análisis acorde con el principio pro persona¹⁴. Sin embargo, la Corte consideró que el análisis anterior no se llevó a cabo, de conformidad con la situación particular y las necesidades específicas del solicitante, resaltando que en las decisiones judiciales emitidas, no se advertía que se hubieran aplicado criterios de razonabilidad y proporcionalidad “que engargen las realidades humanas con la protección de los derechos constitucionales”¹⁵.

Lo anterior tuvo como consecuencia que la Corte Constitucional ordenara a las autoridades competentes a conocer y resolver la solicitud de asilo, con independencia de su aceptación o inadmisión¹⁶.

¹¹ ACNUR, Procesos de Asilo Justos y Eficientes: Panorama general sobre las Normas Internacionales aplicables, (“ACNUR, Procesos de Asilo Justos y Eficientes 2005”), 2 de septiembre de 2005.

¹² ACNUR, Procesos de Asilo, nota 38 anterior, párrafo 20; Jabari vs. Turquía, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de julio de 2000, párr. 40.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, SENTENCIA N.º 090-15-SEP-CC, CASO N.º 1567-13-EP, p.17.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem, p.18.

¹⁶ Ídem, p.22.

b. Casos N.00056-12-IN y 0003-12-IA

El 14 de agosto de 2014, la Corte Constitucional del Ecuador adoptó una sentencia en relación con diversas acciones públicas de inconstitucionalidad acumuladas (N.º 0056-12-IN y 0003-12-IA), en relación con la constitucionalidad del plazo de 15 días previsto en las regulaciones de Ecuador, para la presentación de solicitudes de asilo.

Asimismo, la sentencia analiza la constitucionalidad de los plazos de 3 y 5 días para presentar recursos judiciales para impugnar la decisión de no admitir una solicitud de asilo, por motivo de la presentación extemporánea de solicitudes de asilo¹⁷.

Al respecto, la Corte Constitucional estableció que los plazos de 3 y 5 días contemplados por la legislación ecuatoriana para presentar recursos de impugnación constituían una diferenciación injustificada de frente a los 15 días contemplados para otro tipo de procedimientos administrativos, propiciando un efecto discriminatoria a las personas solicitantes de asilo¹⁸.

Por lo tanto, la Corte decidió ampliar estos plazos a 15 días¹⁹. Asimismo, respecto al plazo de 15 días para la presentación de solicitudes de la condición de refugiado, se consideró que se trataba de un período mínimo, en el que no se consideraba el contexto de las personas que huyen por motivos fundados de persecución²⁰. En este sentido, la Corte decidió ampliar este plazo a 3 meses²¹.

Una cuestión adicional, pero de gran trascendencia, que analizó la Corte, fue la compatibilidad de la definición de “persona refugiada” contenida en la legislación secundaria de Ecuador, con la Constitución del mismo Estado, la cual establece la aplicación directa de los derechos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos. Al respecto, la Corte consideró que, si bien la legislación secundaria de Ecuador únicamente recogía expresamente la definición de la Convención de 1951, a la luz del principio pro persona, la definición de “persona refugiada” contenida en la Declaración de Cartagena debía incluirse dentro del artículo 8 del Decreto Ejecutivo N.º 1182²².

IV. Sentencias adoptadas por México.

a. Caso 119/2018

El 15 de enero de 2019, el Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región de la Ciudad de México adoptó la sentencia 119/2018, considerando la inconstitucionalidad del plazo de 30 días establecido en la legislación mexicana, para la presentación de solicitudes de asilo ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, SENTENCIA N.º 002-14-SIN-CC CASO N.º 0056-12-IN y 0003-12-IA ACUMULADOS, p.24.

¹⁸ *Ibidem*, p. 47.

¹⁹ *Ibidem*, p. 49.

²⁰ *Ibidem*, p. 48.

²¹ *Ídem*.

²² *Ibidem*, p. 52.

Al respecto, el Juzgado realizó un análisis exhaustivo del contenido del derecho a solicitar y recibir asilo, a la luz de la legislación mexicana y los estándares internacionales aplicables, resolviendo que el compromiso del Estado mexicano es: (i) reconocer la condición de refugiado a las personas que reúnan con los requisitos de la definición; y (ii) otorgar la protección internacional, que se traduce en el derecho a la no devolución y a la garantía de los derechos humanos de la persona que se asimilará dentro del territorio nacional.

Bajo esta óptica, y haciendo énfasis en la naturaleza declarativa del reconocimiento de la condición de refugiado, el Juzgado consideró que no existía una razón constitucionalmente válida para sustentar el establecimiento de un plazo para solicitar dicho reconocimiento, por lo que no se satisfacía el escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad, necesarios para restringir un derecho humano²³.

b. Caso 353/2019 y otros

El 17 de octubre de 2019, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió diversos amparos en revisión (353/2019, 399/2019, 437/2019 y 529/2019) y, de manera contrastante a la decisión mencionada en el apartado anterior, consideró que el plazo de 30 días contemplado en la legislación mexicana, para la presentación de solicitudes de asilo, es constitucional.

Al respecto, la Corte resaltó que el plazo de 30 días para la presentación de una solicitud de asilo ante la COMAR debe empezar a contarse a partir del día siguiente a aquel en que haya ingresado al país o, en su caso, a aquel en que le haya sido materialmente posible presentarla.

En este sentido, la Corte consideró que dicho plazo era consistente con el análisis de proporcionalidad, por las siguientes razones: (i) existe una finalidad válida, al tratarse de un deber y facultad del Estado en el control de sus fronteras e identificar a quienes ingresan a su territorio y sus diferentes condiciones migratorias; (ii) se pretende evitar que el extranjero en condición de refugiado se quede de manera irregular por mucho tiempo, por lo que el plazo pretende protegerlo de manera efectiva; y (iii) si bien se trata de una limitante al exigir un plazo para la presentación de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, el derecho fundamental que pretende proteger no se ve excesivamente limitado si se toma en cuenta que existe una excepción prevista en la propia legislación mexicana, que señala que se dará trámite a las solicitudes presentadas fuera del plazo previsto, cuando el extranjero pruebe que por causas ajenas a su voluntad no le fue materialmente posible presentarla oportunamente; por lo que el establecimiento de dicho plazo no impide, total y definitivamente, la admisión de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado²⁴.

Sobre dicha excepción al plazo de 30 días, la Corte enfatizó que se debe considerar el estado de vulnerabilidad en que se encuentran las personas solicitantes de asilo, por lo que dicha excepción no debe analizarse de manera estricta ni rigurosa, pues no resultaría válido exigir a las personas solicitantes, acreditar la imposibilidad para presentar su solicitud mediante pruebas documentales.

²³ Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región de la Ciudad de México, Sentencia 119/2018. 15 de enero de 2018, Poder Judicial, 15 febrero 2018, p. 43.

²⁴ Tesis, refugiados. El artículo 18 de la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, que prevé el plazo para solicitar el reconocimiento de ese estatus jurídico, supera el test de proporcionalidad.

V. Consideraciones finales

A la luz de los estándares internacionales aplicables, la naturaleza y el contenido del derecho a solicitar y recibir asilo, y las decisionales nacionales previamente presentadas, se considera que la mejor práctica es la no imposición de plazos para la presentación de solicitudes de asilo²⁵.

La Convención de 1951 no especifica plazo alguno durante el cual las personas puedan acceder al procedimiento de determinación de la condición de refugiado; sin embargo, cuando los plazos se contemplan en la ley, es importante que el periodo no sea tan corto que menoscabe la imparcialidad y calidad del procedimiento²⁶. Esto, ya que cuando no se otorga suficiente tiempo durante el procedimiento de asilo para el ejercicio del derecho de solicitud de asilo, la eficacia del procedimiento se reduce o se niega²⁷.

Asimismo, los plazos excesivamente cortos e inflexibles pueden tener un efecto negativo en la justicia de un procedimiento y derivar a la toma de decisiones incompletas o apresuradas, lo que genera un riesgo de resoluciones incorrectas y situaciones de devolución²⁸.

En este sentido, la determinación de la compatibilidad de un plazo con las normas internacionales está relacionado con analizar si el Estado ha llevado a cabo un estudio riguroso e individualizado de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, ya que pueden existir múltiples razones válidas por las cuales una solicitud no se presentó a tiempo.

En cualquiera de los casos, el establecimiento de un plazo no puede negar al solicitante el derecho a un escrutinio exhaustivo de los hechos que motivaron su temor a regresar a su país²⁹. Lo contrario sería incompatible con el derecho de buscar y recibir asilo y a las garantías mínimas de debido proceso.

²⁵ ACNUR, Procesos de Asilo Justos y Eficientes: Panorama general sobre las Normas Internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005.

²⁶ Declaración del ACNUR emitida en el contexto de la referencia de sentencia preliminar a la Tribunal Europeo de Justicia en el caso de LH vs. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (C-564/18), septiembre de 2019, párr. 23.

²⁷ Declaración pública del ACNUR con relación al caso Brahim Samba Diouf vs. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration pendiente ante la Corte de Justicia de la Unión Europea, 21 de mayo de 2010, párr. 8.

²⁸ ACNUR, Escrito de *Amicus Curiae* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el caso East Bay Sanctuary Covenant et al vs. Donald J. Trump, 5 de diciembre de 2018, Caso N.º 3:18-CV-06810-JST, p.14.

²⁹ Jabary vs. Turquía, Solicitud N.º 40035/98, 11 de julio de 2000, párrafo 40; Čonka v. Bélgica, Solicitud N.º 51564/99, TEDH, 5 de febrero de 2002, párrafo 79.

EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

HELEN KERWIN¹

El derecho a buscar y recibir asilo está claramente reconocido como un derecho humano. El principio de no devolución (*non refoulement*) es un principio fundamental en el ordenamiento internacional, recogido en diversos instrumentos vinculantes² y reconocido como norma de *jus cogens* en el sistema interamericano de derechos humanos³.

La no devolución exige a los Estados que una persona no sea regresada —de cualquier manera, mediante la deportación, expulsión, retorno, rechazo en frontera, o cualquier otro medio, directa o indirecta (esta última también conocida como “devolución en cadena”)⁴— a un país o territorio donde su vida o integridad peligre.

Este concepto abarca la protección internacional bajo el estatuto de refugiado (de acuerdo con la definición de la Convención de 1951 y la de la Declaración de Cartagena), la protección contra la tortura y la protección complementaria.

Así, precedentes internacionales indican que cualquier peligro para la vida e integridad —como necesidades médicas serias y falta de acceso a atención médica o medicamentos— debe ser evaluado en el marco de un procedimiento que compromete el principio de no devolución⁵.

El principio de no devolución por lo tanto tiene una dimensión procesal y una dimensión sustantiva. Para cumplir con la dimensión procesal, es necesario asegurar el debido proceso legal⁶ en la determinación de una decisión de devolver o no a una persona a su país de origen u otro país o territorio⁷.

Para cumplir con la dimensión sustantiva, la decisión debe efectivamente evitar la devolución, eso es, no devolver a la persona a un país o territorio donde su vida o integridad peligre⁸.

¹ Consultora independiente en temas de migración y derechos humanos. Ninguna opinión aquí expresada deberá ser interpretada como opinión de su empleador.

² Artículos 22.8 CADH; I, XXVI, XVIII DADDH; 3.1 CAT; 33 Convención de 1951; 13 CIPST.

³ Corte-IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N.º 272, párr. 151; CIDH. Informe N.º 29/20. Caso 12.865. Fondo (Publicación). Djamel Ameziane. Estados Unidos. 22 de abril de 2020, párrs. 256-258.

⁴ Principio 6 de los Principios Interamericanos. Ver también CIDH, John Doe et al. (Canadá) (Fondo), Informe No 78/11, Caso 12.586, 21 de julio de 2011, párrs. 107, 112. En casos de devolución en cadena, todos los países responsables de devolver a la persona migrante hacia el país en donde teme persecución o tortura son internacionalmente responsables de la devolución.

⁵ CIDH, Andrea Mortlock (Estados Unidos) (Admisibilidad y fondo), Informe N.º 63/08, Caso 12.534, 25 de julio de 2008, párr. 94.

⁶ Pacheco Tineo, ob. cit. 3, párr. 159; ver también CIDH. Informe N.º 51/96. Interdicción de Haitianos en Altamar. 13 de marzo de 1997, párrs. 163, 169.

⁷ Ameziane, ob. cit. 3, párrs. 260-262.

⁸ Pacheco Tineo, op. cit. 3, párr. 151.

Aunque el principio de no devolución está ampliamente reconocido en el ordenamiento internacional y en la mayoría de los sistemas nacionales de las Américas, son notorios los ejemplos de la no observancia del principio, mediante rechazos en frontera y expulsiones inmediatas y colectivas —ya sean justificadas oficialmente con argumentos de seguridad nacional, la pandemia por COVID-19, o bien sin explicación oficial alguna— a países de origen o terceros países sin permitir un análisis individual adecuado caso por caso y las necesidades de protección que presentan las personas⁹. El principio de no devolución también se viola cuando se viola el debido proceso, o no existe un marco jurídico interno que establezca un proceso legal adecuado¹⁰.

En el presente artículo, se expondrá el contenido y la importancia del principio de no- devolución a través de una reciente sentencia del Ecuador y precedentes interamericanos, y se expondrá la importancia de asegurar la garantía amplia de este principio a través del desarrollo de mecanismos de protección complementaria y otros mecanismos que garanticen una evaluación individual y con debido proceso legal del riesgo de devolución a cualquier persona en situación de movilidad humana.

1. La sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador

En una sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, ganadora del Premio de Sentencias de 2020, la Corte abordó el alcance y contenido del principio de no- devolución en el caso de un hombre nigeriano que huyó de su país debido a una situación de conflicto en torno a la explotación petrolera en su comunidad de origen y la persecución particular que temía en este marco a raíz de su relación familiar con su padre¹¹.

En el Ecuador le fue negado la protección internacional en el 2011 y se le concedió 30 días para salir del país, “sin analizar que esto podría poner en riesgo de violación a sus derechos a la vida, integridad o libertad”, lo que constituyó materialmente una expulsión¹².

Esta negación de la protección se debería, a su vez, a la falta de traducción adecuada que derivó en una determinación errónea sobre si se había asentado previamente en un tercer país¹³. En el caso, la Corte analiza las garantías mínimas del debido proceso en los trámites de solicitud de asilo, el derecho a solicitar asilo, el principio de no devolución, el derecho al recurso efectivo y a la reparación integral. Al momento de dictar la sentencia, el paradero y suerte del peticionario era desconocido¹⁴.

⁹ *Ibidem*, párr. 153. Véase también CIDH, John Doe, ob. cit. 4, párr. 94.

¹⁰ Pacheco Tineo, ob. cit. 3, párr. 133. Indica que cualquier “procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero” debe tener carácter individual, observar la no-discriminación, y observar: 1) el derecho a ser notificado formalmente sobre el procedimiento y sus derechos en el proceso; 2) derecho a recurrir una decisión desfavorable; 3) la eventual expulsión solo puede llevarse a cabo mediante decisión fundamentada y debidamente notificada.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 897-11-JP/20: Garantías mínimas en el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado, 12 de agosto de 2020, párrs. 9-11.

¹² *Ibidem*, párr. 75.

¹³ *Ibidem*, párrs. 45-50.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 80.

Sobre la no devolución puntualmente, la Corte Constitucional, en vista de la variación con la que se articula el principio de no-devolución en los tratados internacionales (por ejemplo, el Convención de 1951 prohíbe la devolución de las personas que sufrirían “persecución” de acuerdo con la definición del término que establece ese instrumento¹⁵, mientras la Convención Contra la Tortura prohíbe la devolución de personas que correrían riesgo de tortura, por ejemplo), propone una lectura conjunta de la normativa con el objetivo de dar una interpretación sintética y pro persona de las normas que constituyen el bloque de constitucionalidad ecuatoriano¹⁶. Así, concluye:

la interpretación integral y más favorable a la vigencia de los derechos es que: las personas refugiadas se encuentren protegidas por el derecho a la no devolución aun cuando no hayan sido admitidas legalmente en el Estado receptor, **no podrán ser devueltas o expulsadas a un país, sea o no de origen, donde su vida, libertad, integridad o la de sus familiares peligren**¹⁷.

Este principio incluye la prohibición de la devolución indirecta¹⁸ (o devolución en cadena) y “exige un análisis adecuado y pormenorizado de las peticiones de asilo, sin lo cual no es procedente una expulsión”¹⁹.

No obstante, el principio o derecho a la no devolución no solo aplica a personas solicitantes de asilo o refugiadas, pues “en concordancia con el [art. 22.8] de la CADH [...] este derecho es más amplio en su alcance, así las personas están protegidas contra la devolución sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate”²⁰.

Esto requiere a los Estados “contemplar formas de protección para quienes no cumplan con lo determinado en la definición de refugiado, pero que al ser devueltas a sus países su vida, libertad, seguridad o integridad pueden verse amenazadas”²¹.

¹⁵ La “persecución” es un término de arte en el Derecho Internacional de Refugiados. Cfr. ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional*, 1 de febrero de 2019, párrs. 37-65.

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, ob. cit. 11, párrs. 70-71

¹⁷ *Ibidem*, párr. 71 (cita la Conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados).

¹⁸ *Ibidem*, párr. 72.A

¹⁹ *Ibidem*, párr. 74.

²⁰ *Ibidem*, párr. 73 (cita Pacheco Tineo op. cit 3, párr. 135-136).

²¹ *Ibidem*, párr. 78 (cita Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 de agosto de 2014. Serie A N.º. 21, párr. 238; y CIDH, Migración Forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, párr. 211.)

2. Alcance del principio de no devolución en el derecho internacional

Queda evidenciado entonces que la no devolución en el derecho internacional —también reflejado en diversos sistemas nacionales— abarca no solo la prohibición de devolución a situaciones de riesgo de persecución o tortura, sino también a cualquier situación que atentaría contra la vida, integridad o seguridad de la persona. Esto requiere, a su vez, la realización de un análisis individual sobre el riesgo de devolución en el caso concreto de cualquier persona en movilidad humana, no solo las personas solicitantes de asilo y refugiadas.

Sobre el alcance del principio, en el sistema interamericano el caso de *Andrea Mortlock vs. EE.UU.* demuestra que la obligación de no devolución debe interpretarse en sentido amplio a la luz de cualquier circunstancia —por ejemplo, necesidades médicas— que podrían llevar al sufrimiento o la muerte de la persona en el país al que sea deportada²².

En dicho caso, la CIDH concluyó “que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura ²³”.

Asimismo, el caso *Djamel Ameziane vs. EE.UU.* demuestra la aplicabilidad del concepto a toda persona en movilidad, no solo a personas solicitantes de la condición de refugiado. Djamel Ameziane, hombre de nacionalidad argelina quien estuvo detenido arbitrariamente sin cargos y torturado durante más de una década en el centro de detención de Guantánamo, que temía por diversas razones sufrir persecución de ser devuelto por EE.UU. a su país de origen, fue finalmente devuelto a Argelia tras un proceso que carecía de salvaguardas mínimas.

Así, la CIDH determinó en el caso que su retorno a Argelia sin el debido proceso que permitiera una evaluación adecuada de los temores que él manifestaba, constituyó devolución²⁴.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos resolvió recientemente la prohibición de deportar a personas que enfrentan condiciones inducidas por el cambio climático y que ponen en riesgo el derecho a la vida. Aunque el Comité decidió de manera desfavorable sobre el caso concreto del señor Ioane Teitota, nacional de la isla pacífica de Kiribati, al considerar que, a pesar de la seriedad de la situación ecológica y social de la isla a causa del cambio climático, se estaban tomando medidas adecuadas para la protección de las personas, estableció estándares relevantes relativos a las obligaciones de los Estados.

Concretamente, este caso es el primero a nivel internacional que resuelve sobre la posibilidad de obtener protección al cruzar fronteras por situaciones relacionadas con el cambio climático.

²² *Andrea Mortlock* Ob. cit. 5.

²³ *Ibídem*, párr. 94.

²⁴ *Djamel Ameziane*, ob. cit. 3, párrs. 263-266.

En particular, el Comité estableció que “los Estados partes deben permitir que todos los solicitantes de asilo que aleguen un riesgo real de vulneración de su derecho a la vida en el Estado de origen accedan a procedimientos para la determinación de la condición de refugiado o de otra condición a título individual o colectivo que les puedan brindar protección contra la devolución”²⁵.

Al respecto, es necesario observar que para hacer real esta garantía a nivel interno, los Estados deberán incorporar en sus procedimientos de asilo u otros procedimientos de protección complementaria el reconocimiento de causales amplios de no devolución que reconozcan cualquier tipo de riesgo a la vida, integridad y seguridad, entre otras por, riesgos relacionados con el cambio climático.

Cabe recordar que, en el caso concreto, el señor Teitota tuvo acceso al proceso de determinación de la condición de refugiado en Nueva Zelanda, pero su solicitud fue negada por ese país pues no se enmarcaba dentro de la definición de refugiado que establece la Convención de 1951.

En el mismo sentido, el Comité estableció que, si no se toman enérgicas medidas en los planos nacional e internacional, los efectos del cambio climático en los Estados receptores pueden exponer a las personas a la violación de los artículos 6 o 7 del PIDCP, haciendo que “entren en juego las obligaciones de no devolución de los Estados de origen”²⁶.

3. Desarrollo de la protección complementaria en las Américas

Habida cuenta de estos desarrollos jurisprudenciales y la importancia de asegurar el principio de no devolución a toda persona en movilidad humana, es de suma importancia que los países de la región avancen en la creación y observancia de mecanismos de protección complementaria²⁷ que permitan y aseguren un respeto amplio al principio de no devolución, incluido para quienes no cumplan con la definición de refugiado, pero que al ser devueltas a sus países correría riesgo su vida, libertad, seguridad o integridad. Lo anterior, para garantizar plenamente los derechos humanos fundamentales de las personas en movilidad, incluidas la vida y la integridad personal.

Al respecto, pueden observarse diversos esquemas legislativos más y menos garantistas en los Estados de la región. Sin embargo, es de notarse que muchos guardan silencio sobre los mecanismos concretos de protección a personas que no cumplan con la definición de refugiado.

Algunos países establecen esquemas que dejan huecos importantes en la protección disponible a las personas. Por ejemplo, el marco jurídico de los Estados Unidos es relativamente restrictivo: establece en tres esquemas la protección contra la devolución²⁸, pero esta es limitada a las personas que han demostrado que sufrirían “persecución” en los términos de la definición del Estatuto de Refugiado de la Convención de 1951 o que puedan demostrar que es probable que serían torturadas de ser devueltas a su país o un tercer país, en los términos de la Convención contra la Tortura, lo que requiere entre otros demostrar la participación o aquiescencia de agentes estatales²⁹.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, *Ioane Teitota vs. Nueva Zelanda*, 23 de septiembre de 2020, párr. 9.3.

²⁶ *Ibidem*, párr. 9.11.

²⁷ Cfr. Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford: 2007.

²⁸ En la ley federal que establece la figura de asilo, 8 U.S.C. § 1158, en la ley federal que establece “withholding of removal” (no-devolución) para personas inelegibles para recibir asilo de conformidad con la normativa interna pero que de otra manera cumplan con la definición de asilo establecida, 8 CFR § 1208.16(a),(b), y en la ley federal que establece “withholding of removal” (no-devolución) por riesgo de tortura de conformidad con la definición establecida en la Convención contra la Tortura, 8 CFR § 1208.16(c).

Asimismo, la carga de la prueba para estos procedimientos es alta. Estados Unidos no ha adoptado la definición de refugiado establecida en la Declaración de Cartagena, por lo que este tipo de protección contra la no devolución queda excluido de su marco legal; su ley tampoco contiene una consideración amplia de los riesgos a la vida e integridad (más allá de la persecución y la tortura) que podría ocasionar una devolución.

En cambio, México, por ejemplo, establece en su legislación una definición amplia de la protección complementaria y no devolución que mejor garantiza este principio a favor de las personas. En México, la protección complementaria se garantiza:

al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado en los términos de la presente Ley, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³⁰.

Asimismo, la persona reconocida como beneficiaria de protección complementaria en México, tiene derecho a acceder a la residencia permanente en el país³¹.

Por otra parte, diversos países de la región establecen la no devolución como principio de su ley migratoria —o incluso lo establecen como derecho con rango constitucional—, o articulan el derecho de toda persona extranjera a no ser devuelta a un país o territorio donde su vida o integridad peligre, pero carecen de mecanismos legislativos concretos para materializar esta garantía para personas que no cumplan con la definición de persona refugiada establecida en su legislación interna. La ausencia de legislación que crea mecanismos y procedimientos específicos para asegurar la no devolución, impide la plena observancia de este principio.

Ante los vacíos legislativos que puedan existir, la labor judicial y de personas defensoras litigantes cobra una importancia mayor, pues requiere de creatividad en la aplicación del principio pro persona para asegurar la protección efectiva —consistente en la observancia de la no devolución, y la posibilidad de acceder en el mediano plazo a una solución duradera— a las personas en movilidad humana.

²⁹ De acuerdo con su jurisprudencia interna. No obstante, para interpretar el alcance del deber de no devolución por riesgo de tortura, es importante señalar que en el derecho internacional, se configura la responsabilidad estatal por la tortura cometida por particulares cuando exista “instigación, consentimiento, aquiescencia y falta de actuación cuando pudieran impedir tales actos” de parte de autoridades estatales, por lo que “deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto [...] por consentir o tolerar esos actos inaceptables”. Corte-IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párrs. 192, 191

³⁰ Art. 2.VII. Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político de México.

³¹ Art. 54, Ley de Migración de México.

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD EN TRES SENTENCIAS CONSTITUCIONALES RECIENTES

JUAN IGNACIO MONDELLI¹

Desde una perspectiva jurídica, la nacionalidad es el vínculo que une a una persona con un determinado Estado. El derecho internacional ve en esta relación una prerrogativa estatal de determinar quiénes son (o no son) sus nacionales. Un poder para regular todo lo relativo a los criterios, las modalidades y los procedimientos para la adquisición, renuncia, pérdida y privación de la nacionalidad.

Aunque, en sus orígenes, esta prerrogativa estatal era considerada casi irrestricta, progresivamente el derecho internacional de los derechos humanos fue imponiendo algunos límites. El punto de partida fue la consagración de la nacionalidad como un derecho humano en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), hace más de 70 años. Siguió luego la regulación del derecho a la nacionalidad y la apatridia² en diversos tratados internacionales y regionales.

Tal y como ocurrió con el derecho humano a buscar y recibir asilo, la nacionalidad ha debido transitar desde un enfoque centrado en el poder estatal hacia una mirada más balanceada que reconoce la existencia de un derecho individual. Este peregrinar ha ido por un camino largo y pedregoso, que a veces resultó en sentencias que generaron o agravaron situaciones de apatridia³. Este artículo analiza tres precedentes constitucionales recientes sobre nacionalidad, mirando cómo incorporan el enfoque de derechos humanos y abordan el problema de la apatridia.

1. Colombia: adquisición de la nacionalidad por nacimiento en el territorio cuando la persona, de otro modo, sería apátrida

El art. 20.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que “[t]oda persona tiene derecho a una nacionalidad”, en tanto el Art. 20.2 dispone que “[t]oda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”. Este derecho puede entenderse como conteniendo un derecho a no ser apátrida⁴.

La Sentencia T-006/20⁵ de la Corte Constitucional de Colombia se refiere a dos acciones de tutela acumuladas, presentadas en favor de una niña (Sara) y un niño (Yoel) que no adquirieron la nacionalidad colombiana automáticamente al nacer en el territorio.

Las autoridades registrales de Colombia consideraron que la niña y el niño no podían ser inscriptos como nacionales dado que sus padres y madres venezolanos no estaban domiciliados en el país. En ambos casos, los padres y madres contaban con un tipo residencia legal (Permiso Especial de Permanencia (PEP) que se consideraba inválido para probar el domicilio. Así, si bien el niño y la niña fueron registrados al nacer, la inscripción se hizo con la anotación de que no era válida para demostrar la nacionalidad colombiana.

¹ Oficial regional principal de protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente las del ACNUR o las de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

² De acuerdo con la definición del art. 1.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), una persona apátrida es aquella que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, de acuerdo con su legislación.

³ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0168/13, Expediente TC-05-2012-0077, 23 de septiembre de 2013.

⁴ Juan Ignacio Mondelli, El derecho humano a no ser apátrida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XLVI Curso de Derecho Internacional (2019), OEA, 2020, p. 358.

⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de tutelas, Sentencia T'006-20, Expedientes-7.206.829 y T-7.245.483, de enero de 2020.

A su vez, para reconocer (confirmar) la nacionalidad venezolana de los niños, el consulado de Venezuela exigía la presentación de documentación que los progenitores no podían presentar. Situación que se agravó con la ruptura de las relaciones diplomáticas entre ambos países, dado que dejaron de prestarse servicios consulares en Colombia. Por esta razón, los padres alegaron que los niños se encontraban en alto riesgo de apatridia.

Tras notar que las autoridades registrales omitieron considerar el riesgo de apatridia en el que se encontraban los niños al momento de su nacimiento, la Corte encontró que se vulneraron los derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de los niños.

La sentencia recuerda que el derecho a la nacionalidad es un derecho humano reconocido por el derecho interno y el derecho internacional, y que tiene una especial relevancia para la infancia. Sostiene que el derecho a una nacionalidad exige “un deber de diligencia y protección estatal que debe remover cualquier obstáculo administrativo para su reconocimiento ágil y eficaz”.

En esta línea, la Corte sostuvo, en primer lugar, que la ley interna (art. 2, Ley 43 de 1993) establece que para adquirir la nacionalidad por nacimiento (art. 96, Constitución Política) el domicilio de las personas extranjeras es simplemente la residencia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio (Código Civil). La Corte encontró que la normativa que condicionaba la acreditación del domicilio a la posesión de una visa migratoria determinada (Circular 168 de 2017) era inaplicable al caso.

La Corte indicó que, ante una situación inminente de apatridia (riesgo de apatridia), la exigencia de una visa específica para acreditar el domicilio de los padres extranjeros con el fin de que sus hijos obtengan la nacionalidad colombiana es incompatible con los postulados constitucionales. Sencillamente, “[n]o responde a la obligación del Estado de conceder la nacionalidad a los niños y niñas nacidos dentro del territorio que de otro modo serían apátridas”.

En segundo lugar, la Corte dijo que, en un hipotético caso de duda sobre la residencia y ánimo de permanencia de las personas migrantes venezolanas en Colombia, es obligatorio que la autoridad registral coordine en forma expedita con el Ministerio de Relaciones Exteriores para determinar la apatridia de los niños (art. 5, parágrafo 3, Ley 43 de 1993).

Finalmente, la Corte sostiene que cuando por las circunstancias políticas y de orden público del país de origen de los padres extranjeros no puede materialmente certificarse la imposibilidad de acceder a la nacionalidad de otro país al nacimiento, la autoridad administrativa que recibe la solicitud o el operador judicial a quien se pide tutela debe proceder inmediatamente a reconocer la nacionalidad colombiana a las personas nacidas en Colombia.

La Corte concluyó que las autoridades deben prestar atención a si los niños tienen una posibilidad real de adquirir la nacionalidad de sus padres, o a la existencia de obstáculos insuperables para acceder a ese derecho.

2. Argentina: denegación arbitraria del derecho a adquirir la nacionalidad por naturalización

La Constitución y legislación argentina no exigen conocer el español (idioma nacional) como requisito para naturalizarse. El caso Cairong⁶ involucraba la denegación arbitraria de la naturalización, debido a que el solicitante desconocía el español y el juez federal de primera instancia –autoridad competente para la naturalización– y, más tarde, la cámara de apelación, consideraron que sí era un requisito. La Corte Suprema tuvo que resolver si tal conocimiento podía considerarse como requisito implícito o imprescindible, por ejemplo, para ejercer derechos políticos.

La Corte encuentra que tal exigencia no sólo contradice el texto de la ley vigente, sino también la finalidad perseguida por el legislador: 1) restablecer la “secular tradición jurídica argentina” sobre nacionalidad –que había sido derogada por el decreto-ley (de facto) de la dictadura militar (1976–83); 2) abordar diversas cuestiones de constitucionalidad y; 3) resolver situaciones de discriminación contra la persona extranjera.

Para la Corte no era evidente que la falta de conocimiento del español constituyera en la actualidad una barrera que impidiese a una persona extranjera acceder a la información necesaria para ejercer diligentemente su derecho a votar.

La sentencia es positiva en tanto impide la denegación arbitraria de la nacionalidad argentina basada en un requisito exigido judicialmente pero no por las leyes. La decisión sigue los lineamientos de la Corte IDH⁷ en cuanto deja claro que el legislador (o el constituyente) puede valorar la conveniencia de establecer dicha exigencia y regular sus alcances, pero tal requisito es inaplicable si no tiene previsión legal.

La decisión, no obstante, se enfoca exclusivamente en la cuestión de la legalidad de la exigencia, sin incluir referencia a la nacionalidad como derecho individual tutelado en la Constitución y los tratados internacionales de derecho humanos con jerarquía constitucional (art. 75.22, Constitución Nacional). Tampoco incluye referencia alguna a los estándares regionales sobre denegación arbitraria de la nacionalidad, en especial a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el art. 20.3, CADH⁸.

La visión de derechos humanos viene de la mano del Procurador General que incorpora en su dictamen referencias a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre las restricciones a los derechos, en particular a la observancia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. Es el Procurador quien indica que la nacionalidad argentina “no es un privilegio que otorga la ley ni la justicia, sino un estado que involucra derechos y consiguientes compromisos”.

⁶ Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Liu, Cairong s/ Solicitud Carta de Ciudadanía, FLP 40452/2014/CA1-CS1, 18 de febrero de 2020.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada Con La Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, Serie A N.º 4, 19 de enero de 1984.

⁸ Juan Ignacio Mondelli, Notas sobre nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en XLIV Curso de Derecho Internacional (2017), OEA.

3. Ecuador: privación arbitraria de la nacionalidad adquirida por naturalización

La sentencia 335-13-JP/20⁹ de la Corte Constitucional del Ecuador se refiere a un caso de privación arbitraria de la nacionalidad —que derivó en la apatridia—, como resultado de la violación del debido proceso en el procedimiento administrativo de revocación de la naturalización.

El caso se inició con la revocatoria de una resolución administrativa de naturalización, luego que se verificara que la persona había presentado documentación considerada fraudulenta (informe de movimiento migratorio) durante el procedimiento de naturalización. Habiéndose concedido la nacionalidad, la autoridad encontró que, desde un comienzo, la persona no cumplía con el tiempo legalmente exigido para que se configurase la unión de hecho con una persona nacional, que era la base de su derecho a naturalizarse.

En julio de 2010, la autoridad competente para la naturalización declaró lesivo el acto en sede administrativa, suspendió el goce de los derechos inherentes a la nacionalidad y dispuso se inactivese y retire el pasaporte a la persona. La decisión se dio a conocer en un boletín de prensa sin ser notificada personalmente a la persona afectada. En octubre, la autoridad inició una acción de lesividad. Finalmente, en noviembre de 2013, un tribunal contencioso administrativo declaró la nulidad de la resolución (naturalización).

La persona afectada alegó que no pudo defenderse y que tuvo conocimiento de la revocatoria de su naturalización recién en octubre de 2011, cuando salía del Ecuador hacia Cuba. En esta oportunidad, se le retiró su pasaporte nacional ecuatoriano. Al llegar a Cuba, país del cual era nacional originalmente, no pudo ingresar dado que había renunciado a su nacionalidad cubana para naturalizarse. Por ello, fue devuelto al Ecuador donde quedó detenido en el aeropuerto durante cinco días, finalmente admitido al territorio, pero quedando en situación de apatridia.

En 2013 la persona presentó una acción de protección contra la resolución revocatoria, que fue rechazada en primera y segunda instancia. Los tribunales argumentaron que el acto impugnado era uno de simple administración, que la acción no era la vía para analizar la legalidad o legitimidad de un acto que no vulneró derecho alguno, y que existía una vía judicial ordinaria.

El caso llegó luego a la Corte Constitucional que debió analizar, entre otras cuestiones, si la acción estatal vulneró los derechos a un recurso sencillo y efectivo al debido proceso y a la nacionalidad.

⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No.335-13-JP/20, Caso No.335-13-JP, de agosto de 2020.

3.1. Recurso sencillo y efectivo

Sobre la primera cuestión, la Corte dijo que la acción de protección -y no la contenciosa administrativa- es la más apropiada para resguardar los derechos constitucionales en juego en casos de movilidad humana. Para ello, puso de relieve: 1) el carácter fundamental de los derechos en juego en los casos de movilidad humana; 2) la situación de hecho que frecuentemente enfrentan las personas extranjeras y 3) los efectos jurídicos inmediatos de los actos estatales.

La Corte dijo que los procesos constitucionales son los más expeditos, sencillos y eficaces para tutelar derechos protegidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos. Luego, sostuvo que no puede soslayarse que las personas extranjeras suelen encontrarse en una “situación de vulnerabilidad estructural” que puede agravarse como resultado de su situación migratoria irregular o de formas de discriminación basadas en la edad, la raza, el género, la orientación sexual y la identidad de género, la situación de pobreza o pobreza extrema, y el origen nacional, entre otras.

Finalmente, observó que cuando una autoridad competente emite un acto administrativo referido a temas de movilidad humana, “este surte efectos inmediatos y mientras dicho acto se encuentre vigente, se podrían vulnerar de forma inminente derechos como la no devolución, o de forma continuada algunos derechos económicos, sociales y culturales (...) como consecuencia de la falta de regularización de su situación migratoria o la ausencia de la determinación de necesidades de protección internacional”.

3.2. Debido proceso

Por lo que se refiere a la afectación del derecho al debido proceso, la Corte consideró que la falta de notificación del inicio del procedimiento administrativo de declaratoria de lesividad colocó a la persona afectada en un estado de indefensión que tornó impracticable el ejercicio de garantías del debido proceso, tales como contar con una audiencia en la que pudiera presentar argumentos y pruebas o interponer recursos.

En cuanto a la notificación de la revocatoria de la naturalización, advirtió que no es suficiente que la persona afectada sea notificada mediante publicaciones en boletines de prensa, páginas oficiales u otros medios de comunicación masiva.

La autoridad competente debe actuar con debida diligencia y esforzarse para determinar el domicilio de la persona afectada, con miras a notificarla sobre el inicio del procedimiento. Al respecto, cita los recientemente adoptados “Principios Interamericanos” que indican que, para no ser arbitraria, la privación de la nacionalidad debe realizarse “por razones no discriminatorias previamente establecidas en la ley, con pleno derecho al debido proceso, incluida la notificación y la posibilidad de impugnar la decisión”¹⁰.

La Corte también advirtió que la autoridad otorgó al acto administrativo declaratoria de lesividad los efectos jurídicos propios de un acto judicial de revocatoria de la nacionalidad. Así, advirtió que la simple declaración de lesividad llevó a la autoridad a disponer la caducidad y retiro de documentos de nacionalidad ecuatorianos, en vulneración a lo prescripto por la ley interna.

¹⁰ CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas, Resolución 04/19, de diciembre de 2019, párr. 25.

3.3. Derecho a la nacionalidad

Para la Corte la privación de la nacionalidad fue arbitraria por el sólo hecho de no haberse respetado el debido proceso. No obstante, agregó que la arbitrariedad se reforzaba por “la ausencia de un análisis individualizado respecto de los efectos de la revocatoria de la nacionalidad y las posibles necesidades de protección internacional”.

Este análisis individualizado es necesario para proteger a la persona de: 1) quedar apátrida (“no poder acceder a nacionalidad alguna”); o 2) quedar en situación migratoria irregular.

Con relación a la apatridia, el Tribunal indica que la autoridad debe “verificar que la decisión administrativa no genere que la persona sea apátrida *de facto* o *de jure*; y de ser el caso debe reconocer a la persona la protección internacional necesaria de conformidad con los instrumentos internacionales”.

Sobre la situación migratoria, la Corte sostuvo que “el Estado debe evitar que la persona respecto de la cual se revocó la nacionalidad por naturalización quede en situación migratoria irregular a través de la disposición de alternativas migratorias de regularización accesibles y asequibles”.

Así, las autoridades deben adoptar un enfoque diferenciado, medidas de protección especial e informar a la persona sobre posibles alternativas migratorias que dispone para regularizar su situación dentro de un plazo razonable.

Finalmente, la Corte encontró que las prácticas administrativas que evidenciaban el caso eran contrarias a principios constitucionales, tales como el de ciudadanía universal y a propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña.

4. Conclusiones

En este breve artículo me interesa destacar tres aspectos que revelan la aproximación de los tribunales en casos sobre nacionalidad.

En primer lugar, las sentencias de Colombia y Ecuador se centran en el reconocimiento de la nacionalidad como derecho humano y en las implicancias de su desconocimiento para el efectivo disfrute de otros derechos humanos. En contraste, la sentencia de Argentina enfoca la cuestión de la denegación arbitraria de la nacionalidad como una de legalidad, sin resaltar la dimensión humanitaria del problema. Apunta al principio de legalidad para echar por tierra la exigencia judicial de un requisito no previstos en la ley.

En segundo lugar, las Cortes de Colombia y Ecuador prestan atención a la vinculación de la nacionalidad con la apatridia. Especialmente, a la importancia de realizar un análisis individualizado sobre la posibilidad de ocurrencia de apatridia, sea al nacimiento o como resultado de la privación de la nacionalidad.

Este tema no está presente en la sentencia argentina, dado que la renuncia a la nacionalidad del país de origen no es un requisito para solicitar la naturalización¹¹.

¹¹ Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Plenario. Zunino Ignacio s/ Petición, Causa 2775/2010, 1 de julio de 2010.

Finalmente, las Cortes de Colombia y Ecuador ponen énfasis en el rol de los jueces en la tutela del derecho a la nacionalidad, destacando que debe recurrirse a las acciones constitucionales para su defensa puesto que son más rápidas y efectivas para brindar protección.

A su turno, la Corte argentina mira al rol de legislador -y su silencio- para subrayar la imposibilidad de los jueces de exigir requisitos adicionales que no surgen de la ley. Así, destaca el rol de abstención del juez antes que un rol proactivo de tutela.

Con sus fortalezas y debilidades argumentativas, las tres sentencias son valiosas en términos de resultados. Todas salvaguardan el derecho individual a la nacionalidad, y en el caso de las sentencias de Colombia y Ecuador se evidencia muy claramente el enfoque de derechos humanos y su vinculación con el problema humanitario de la apatridia.

Ciudad del Saber, Panamá
23/10/2020

DERECHO A NO SER SUJETO DE EXPULSIÓN ARBITRARIA: UN VACÍO LEGAL DE PROTECCIÓN EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

CAROLINA MORENO V.¹

En la presente contribución exploro la competencia de la autoridad migratoria, Migración Colombia, para el adelantamiento de los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio y sus repercusiones en los derechos de las personas migrantes y de sus familias en el contexto colombiano.

Esta competencia sancionatoria se caracteriza por una amplia discrecionalidad, debido, entre otras razones, a la ausencia de un marco normativo de rango legal que encuadre el ámbito de acción de la autoridad migratoria. Esto resulta especialmente problemático en relación con las decisiones que se derivan de los llamados “otros eventos de expulsión”, previstos en el Decreto 1067 de 2015².

Bajo este supuesto, la autoridad migratoria está facultada para la expedición de actos administrativos sancionatorios a partir del adelantamiento de procedimientos ultrasumarios, los cuales concluyen con la expedición de actos de ejecución inmediata, no susceptibles de recurso alguno y supremamente lesivos de los derechos de las personas migrantes y de sus núcleos familiares.

El ejercicio de esta competencia, caracterizado por un amplio margen de discrecionalidad y carente de un control efectivo, es contrario a los derechos y principios previstos en la Constitución colombiana, desconoce abiertamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia y resulta contrario a los estándares internacionales en materia de debido proceso legal, previsto en el artículo 8.1. de la CADH.

El presente artículo se estructura así: i) descripción del marco normativo colombiano en decisiones administrativas sancionatorias de carácter migratorio; ii) los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional colombiana (la Corte), relativos al debido proceso en actuaciones administrativas migratorias; iii) argumentación del por qué este diseño normativo resulta contrario a lo dispuesto en la CADH sobre debido proceso legal y a las decisiones de la Corte-IDH en la materia; y iv) conclusiones.

¹ Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Directora de la Clínica Jurídica para Migrantes y del Centro de Estudios en Migración (CEM) de la misma Universidad. (camoreno@uniandes.edu.co).

² Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 1067 de 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”.

1. Las decisiones sancionatorias migratorias en el ordenamiento jurídico colombiano

De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política colombiana, el debido proceso es un derecho fundamental aplicable a todas las actuaciones, tanto judiciales como administrativas. Entre estas últimas se encuentran los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio de competencia de Migración Colombia.

El ordenamiento jurídico colombiano carece de una regulación normativa especial, de rango legal o reglamentario, que fije las pautas para el adelantamiento del procedimiento que precede estas sanciones administrativas.

Esta importante cuestión aparece tangencialmente contemplada en unos pocos artículos del capítulo 13 del Decreto 1067, en los que se prevén las sanciones migratorias, tales como multas, deportaciones y expulsiones. Más allá de las sanciones y sus causales, no existe una descripción de las etapas mínimas que se deben agotar al adoptar estas decisiones, las cuales impactan significativamente la vida de las personas migrantes y de sus núcleos familiares.

De acuerdo con la gravedad de la falta cometida, estas medidas pueden ser: económicas, de deportación y de expulsión, siendo esta última la que reviste mayor gravedad. Por regla general, los actos administrativos de carácter particular y concreto, incluidos los de carácter sancionatorio, se expiden mediante resolución motivada y admiten recursos en sede administrativa, los cuales se conceden en el efecto suspensivo.

Esta es una garantía fundamental, pues hasta que no se resuelva el recurso administrativo en cuestión, la decisión no puede ser ejecutada. El ordenamiento jurídico colombiano prevé como actos susceptibles de recursos ante las autoridades migratorias las decisiones que imponen sanciones económicas, así como algunas de deportación y expulsión. Por oposición, existen otros eventos en los cuales no proceden los recursos en sede administrativa.

En la presente contribución me enfoco en aquellos actos previstos en el artículo 2.2.1.13.2.2. sobre “otros eventos de expulsión”, conforme a los cuales se impone sanción migratoria de expulsión al extranjero que, a juicio de Migración Colombia, realice actividades que:

[A]tenden contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la tranquilidad social, la seguridad pública o cuando existan informaciones de inteligencia que indiquen que representa un riesgo para la seguridad nacional, el orden público, la seguridad pública, o la tranquilidad social (Subrayas introducidas).

Esta disposición es especialmente problemática y contraria a los principios generales aplicables a las actuaciones administrativas. Las decisiones administrativas adoptadas a partir de las causales de “*otros eventos de expulsión*” son de ejecución inmediata y no permiten que la persona sancionada pueda controvertir en modo alguno esta decisión. La experiencia acumulada por la Clínica Jurídica para Migrantes indica que, estas actuaciones suelen ser supremamente sumarias, sin el agotamiento de las distintas etapas del procedimiento previo a la sanción.

Además, concluyen con la expedición de una resolución carente de motivación real y suficiente y sin un análisis de las pruebas disponibles, en la que escasamente se enuncia la competencia normativa de Migración Colombia para expedir el acto.

Este proceder de la autoridad migratoria es a todas luces contrario a los postulados legales, constitucionales e internacionales que sustentan el derecho al debido proceso. El ejercicio de esta amplia competencia, sin las correlativas garantías de debido proceso y defensa resulta tremendamente gravoso, ya que puede conducir a la detención de la persona bajo verificación migratoria y, posteriormente, a la medida de expulsión.

Al respecto, el artículo 2.2.1.13.3.2 establece que: “El extranjero que sea objeto de un trámite de deportación o expulsión, podrá ser retenido preventivamente hasta por treinta y seis (36) horas y/o sometido a vigilancia o custodia por las autoridades migratorias hasta que la medida se haga efectiva.” (Subrayas introducidas)

En este sentido, se contempla una privación de la libertad sin un límite temporal claro, requisitos mínimos de aplicación ni mecanismos de control judicial. La privación de la libertad, sin contacto con sus familiares o sin acceso a asesoría/representación jurídica, además de la ejecución inmediata de la expulsión o deportación, implica una supresión absoluta del derecho de defensa y de acceso a la justicia que asisten a toda persona en Colombia, incluidas las extranjeras.

2. La dimensión constitucional de la cuestión: la acción de tutela y la jurisprudencia de la Corte Constitucional³

La forma de proceder de la autoridad migratoria en aplicación de los llamados “otros eventos de expulsión” resulta a todas luces violatoria del derecho al debido proceso, de expresa aplicación en las actuaciones administrativas. La Corte ha sido enfática en señalar que las decisiones sancionatorias de carácter migratorio, aunque deriven de una competencia discrecional y del principio de soberanía del Estado, están sometidas al principio de legalidad y no pueden desconocer el núcleo esencial del derecho al debido proceso, el cual se aplica a las actuaciones administrativas por expresa disposición constitucional.

a. La acción de tutela

La acción de tutela, mecanismo preferente y sumario para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, ha sido una vía judicial clave para la garantía del derecho al debido proceso administrativo de las personas migrantes, cuando son sancionadas con medidas de expulsión y deportación. Aunque la jurisprudencia constitucional al respecto es escasa, ha sido suficiente para sentar las bases del derecho al debido proceso administrativo en decisiones sancionatorias migratorias. La Corte ha reconocido que la tutela es procedente para controvertir los actos administrativos que imponen sanciones a las personas migrantes. Así mismo, ha establecido que las sanciones pueden ser dejadas sin efectos por parte del juez constitucional, de forma definitiva o transitoria, cuando los mecanismos ordinarios disponibles no son idóneos ni efectivos para proteger los derechos del migrante accionante⁴.

³ Moreno V., Carolina y Gracy Pelacani. “Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?” *Latin American Law Review*, N.º 05 (2020): 139-157.

⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 24 de julio de 2018, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado. La Corte concedió el amparo al debido proceso de un migrante japonés, adjunto mayor que no tuvo intérprete y/o traductor oficial a pesar de no dominar el español. Había sido sancionado con deportación por permanencia irregular en Colombia mediante un procedimiento administrativo sancionatorio migratorio surtido en menos de una hora.

b. El derecho al debido proceso en las sanciones migratorias

La Corte ha señalado que el debido proceso se debe aplicar a las actuaciones sancionatorias de carácter migratorio, independiente del estatus migratorio de la persona sancionada⁵. Así, deben ser vinculados de forma oportuna y adecuada al procedimiento y la decisión debidamente fundamentada, con el fin de poder ejercer su derecho de defensa. La Corte reconoce también que la discrecionalidad administrativa es limitada y está sometida al principio de legalidad.

La anterior consideración no debe estar ausente en “otros eventos de expulsión”, catalogados por Migración Colombia como “expulsión discrecional” y en los que la autoridad suele aducir que no requieren motivación, más allá de la referencia a la competencia para tomar la decisión.

La Corte ha desestimado este argumento, recordando a la autoridad migratoria que sus decisiones sancionatorias no pueden ser adoptadas mediante el desconocimiento de las reglas jurisprudenciales del debido proceso. Este criterio jurisprudencial ha sido fundamental, ya que ha sido proferido en el marco de un caso en el que la decisión administrativa sancionatoria versaba sobre una expulsión por razones de seguridad nacional, prevista en los “otros eventos de expulsión”, supremamente proclive a la violación del derecho al debido proceso.

Para la Corte, la discrecionalidad administrativa no puede ser arbitrariedad: “[l]a discrecionalidad que en estos eventos persigue el restablecimiento del orden público no es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con el ejercicio de una atribución irrazonable o arbitraria”⁶.

c. El derecho al a unidad familiar

La unidad familiar es un aspecto supremamente significativo, vinculado a las decisiones que imponen sanciones administrativas migratorias. La Corte ha sido enfática en señalar que se debe analizar el entorno familiar de la persona migrante, previamente a la decisión. Cuando no se tiene en consideración las condiciones personales y familiares de la persona expulsada o deportada, particularmente cuando allí hay menores de edad, la resolución administrativa adolece de un vicio de ilegalidad suficiente para la anulación del acto administrativo sancionatorio, en tanto violatorio del debido proceso⁷.

⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 24 de julio de 2018, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado. La Corte concedió el amparo al debido proceso de un migrante japonés, adjunto mayor que no tuvo intérprete y/o traductor oficial a pesar de no dominar el español. Había sido sancionado con deportación por permanencia irregular en Colombia mediante un procedimiento administrativo sancionatorio migratorio surtido en menos de una hora.

⁵ Ídem.

⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-500 de 19 de diciembre de 2018, MP: Diana Fajardo Rivera. La Corte concede el amparo del derecho al debido proceso y a la unidad familiar de un médico cubano quien ejercía la profesión médica en Colombia con una credencial obtenida mediante una identificación falsa. El migrante había sido sancionado con decisión de expulsión, por ser considerado un riesgo para la seguridad nacional. La sentencia deja sin efecto la expulsión y la prohibición de.

⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-530 de 12 de noviembre de 2019, MP: Alejandro Linares Cantillo. La Corte concede la protección de los derechos al debido proceso y a la unidad familiar de un menor colombiano, hijo de un migrante cubano con estatus migratorio regular en Colombia, cobijado con una medida de deportación. El acto administrativo sancionatorio se adoptó a partir de una posible falsedad en el registro civil de matrimonio, que le había permitido al padre del menor acceder a una visa. El migrante instauró la tutela en nombre de su hijo, solicitando la protección al debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella.

Así, la evaluación concreta y previa del entorno familiar es un requisito ineludible cuando existen hijos/as menores de edad, toda vez que la decisión en cuestión puede lesionar sus derechos, en razón de la fractura física del núcleo familiar que se produce a partir de la orden de abandono del territorio nacional y de la prohibición de ingreso al territorio.

La Corte ha reconocido el efecto adverso que trae para los derechos de los menores la separación *de facto*, producto de la decisión de expulsión o deportación. Ello, a su vez, resulta contrario al interés superior del menor que las autoridades deben preservar.

En breve, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la unidad familiar no solo es un derecho del que gozan los hijos e hijas de personas migrantes sometidas a procedimientos sancionatorios migratorios. La unidad familiar es también un presupuesto del derecho al debido proceso administrativo, el cual debe irradiar el adelantamiento de estos procedimientos sancionatorios.

3. Los estándares del debido proceso legal

Las decisiones administrativas sancionatorias que devienen de “*otros eventos de expulsión*” o “*decisiones discrecionales*”, así como su regulación, no solo son contrarias al ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia constitucional en la materia. Estas decisiones también son contrarias a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano en materia de debido proceso legal del artículo 8.1, así como del derecho a un recurso idóneo, efectivo y rápido del artículo 25.1 de la CADH.

La Corte-IDH ha extendido las garantías del debido proceso a cualquier procedimiento en el que se decidan los derechos de las personas, incluyendo las actuaciones administrativas⁸. Ha entendido que cuando la CADH prevé el derecho de toda persona a ser oída ante un juez o tribunal para la determinación de sus derechos, ha de entenderse que cobija a toda autoridad, siempre que en tal decisión se definan derechos y obligaciones de las personas. El ejercicio de esta función materialmente jurisdiccional, como lo es precisamente la decisión sobre abandono del territorio por parte de la persona migrante sancionada, vía “*expulsión discrecional*”, requiere su apego a las garantías del debido proceso legal.

La Corte-IDH sentó que: “(...) en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el artículo 8 de la Convención⁹. Estos procedimientos administrativos sumarios y las decisiones carentes de motivación sustancial, además de desconocer el derecho al debido proceso, riñen también con el artículo 25 sobre acceso a un recurso idóneo, efectivo y rápido.

⁸ Corte-IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N.º 71, Párrafo 71. Corte-IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N.º 227, párr. 115.

⁹ Corte-IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C N.º 297. Corte-IDH. Caso Familia Pacheco Tíneo Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N.º 272.

A pesar de existir la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante nulidad y restablecimiento del derecho para ejercer control de legalidad y obtener reparación, lo cierto es que este mecanismo judicial termina siendo ilusorio.

Esto es así, toda vez que la persona migrante sancionada con expulsión, especialmente derivada de la mal llamada “expulsión discrecional”, es obligada a abandonar súbitamente el territorio colombiano, impidiendo el acceso real y efectivo a la justicia. Una vez fuera de Colombia, resulta tremendamente difícil acceder a servicios legales de asesoría y más aún de representación jurídica para adelantar el proceso judicial respectivo.

Este argumento vale también para la acción de tutela. La cuestión no es ni siquiera de fondo para determinar el mecanismo judicial idóneo para la garantía de los derechos de la persona migrante expulsada. Esto es así, debido a que la persona ya se encuentra fuera del territorio nacional, separada de su familia y de la escasa red que pudo construir en el país de llegada.

Ello hace que las posibilidades de acceder a la justicia se vean completamente anuladas, situación que resulta más compleja, al no existir la posibilidad de discutir la decisión administrativa ante la autoridad que la expidió. Así, se trata de un marco normativo que suprime el ejercicio del derecho al debido proceso legal y el acceso a la justicia mediante un recurso efectivo, pues no hay tal.

Conclusión

El escenario de amplia discrecionalidad para la adopción de la decisión administrativa sancionatoria migratoria, aunado a la ausencia de control administrativo de dichas decisiones, es un diseño normativo supremamente cómodo para la actuación de la autoridad, pero tremendamente adverso para los derechos de las personas migrantes y sus núcleos familiares.

Este diseño normativo, y las decisiones administrativas que de allí se derivan, riñen con los postulados constitucionales y legales, la jurisprudencia constitucional en materia de debido proceso, así como lo dispuesto en la CADH y la jurisprudencia de la Corte-IDH en materia de debido proceso legal.

Por las razones aquí expuestas, es claro que Colombia está en mora de adoptar un marco normativo, de orden legal y no administrativo, que fije fronteras claras que encausen la acción administrativa de la autoridad migratoria para la adopción de las decisiones sancionatorias, particularmente de las mal llamadas “discrecionales”.

El marco normativo actual no está en armonía con los postulados constitucionales y legales domésticos del derecho al debido proceso administrativo. Mucho menos lo está con los estándares internacionales del debido proceso legal.

Actualmente cursa en el Congreso de la República un proyecto de ley migratoria que podría ser una oportunidad de oro para introducir estos mínimos del debido proceso en las actuaciones sancionatorias. No obstante, este aspecto no ha sido considerado en el texto del proyecto.

Así, se mantendrá inalterado el marco normativo, con las gravosas repercusiones para los derechos de las personas migrantes y sus núcleos familiares que aquí he puesto de relieve.

LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIONES COLECTIVAS EN LAS AMÉRICAS: DESAFÍO Y EXPERIENCIAS

VICENTE JIMÉNEZ GUAJARDO¹ Y FRANCISCA VARGAS RIVAS²

1. Introducción

La prohibición de expulsiones colectivas es un aspecto muy importante en las migraciones, precisamente porque detiene toda intención de acción o política antimigrante, a la vez que protege los derechos y la integridad de las personas. Hoy, en un mundo globalizado, donde más personas que nunca se mueven, ya sea en búsqueda de mejores oportunidades o protección-, vemos cómo, lamentablemente, se difunden en diversas partes del planeta discursos contrarios a la migración racistas, xenófobos y aporófobos que llevan, en ocasiones, a políticas –populistas o no– que buscan frenar la migración al entenderla no como el ejercicio del derecho humano al libre desplazamiento, sino como un fenómeno del que hay que cuidarse.

Aquí es donde ocurren las llamadas “devoluciones en caliente” o expulsiones sumarias³, y también las expulsiones o deportaciones de personas extranjeras sin mayor análisis de sus situaciones particulares y, muchas veces, de manera grupal.

Las situaciones anteriores pueden ser consideradas, en cada caso particular, expulsiones colectivas prohibidas a la luz de la legislación internacional sobre derechos humanos⁴.

El presente trabajo hace un análisis crítico del concepto de expulsión colectiva y releva casos regionales donde el concepto desarrollado al día de hoy ha sido aplicado de manera correcta e incorrecta.

2. El concepto de expulsión colectiva y su desafío

Ha sido la jurisprudencia internacional la encargada de proponer nociones y criterios que hagan de la prohibición de las expulsiones colectivas un concepto más claro para ser aplicable a los casos concretos.

¹ Egresado de Derecho, Universidad Diego Portales.

² Abogada, profesora Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, Universidad Diego Portales.

³ Las expulsiones en caliente o sumarias son aquellas que se dan respecto de personas en movilidad que no tienen opción de defenderse o presentar recurso alguno. Estos conceptos refieren normalmente a situaciones fronterizas bajo la jurisdicción de un Estado, cuando se les expulsa inmediatamente. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/que-son-las-devoluciones-en-caliente-7-claves-para-comprenderlo/>

⁴ Artículos 22.9 CADH, 22.1 CIPDTMF, 4 del Protocolo 4 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales y, en algún sentido, el artículo 13 del PIDCP. Ver: Palacios Sanabria, M., "Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2013). pp. 319-352.

En esta línea, los elementos fundamentales que aporta en su conjunto la jurisprudencia de órganos judiciales internacionales como el TEDH⁵ y la Corte-IDH⁶, para entender que nos encontramos ante una expulsión colectiva, son: (1) una medida o procedimiento estatal, dirigida a un grupo de personas extranjeras (dos o más), para abandonar el territorio del Estado o prohibir su ingreso; (2) ausencia de un análisis previo, objetivo y racional de las circunstancias individuales de cada persona afectada, y (3) falta de garantía del derecho a recurrir dicha expulsión⁷.

Adicionalmente, los tribunales internacionales han utilizado otros elementos relativos a circunstancias fácticas al determinar la existencia de expulsión colectiva en un caso concreto, como la citación/detención de personas de la misma forma, en el mismo lugar y tiempo; el traslado en los mismos medios y tiempo, y la rapidez temporal de ejecución de las expulsiones⁸.

Establecido lo anterior, consideramos que existe el gran desafío de reunir dichos criterios, para postular normativamente un concepto de expulsión colectiva más concreto y comprensivo de los distintos elementos.

3. Experiencias positivas y negativas en las Américas en cuanto a expulsiones colectivas

3.1 Ejemplos de aplicaciones correctas del DIDH

A continuación, se destacan buenas experiencias de la jurisprudencia sobre expulsiones colectivas en la región.

a) Caso colectividad de venezolanos, Brasil. Año 2017⁹

Aproximadamente 450 personas venezolanas en situación migratoria irregular fueron detenidas el 9 de diciembre de 2016 tras un operativo migratorio en Boa Vista para ser expulsadas de Brasil. La mayoría de estas personas eran indígenas, habiendo hombres, mujeres y más de 180 niños y niñas¹⁰.

La Defensoría Pública de la Unión interpuso un recurso de *hábeas corpus* solicitando medidas cautelares con el propósito de frenar esta expulsión colectiva. La autoridad estatal brasileña recurrida señaló que las medidas impugnadas estaban amparadas por el Estatuto del Extranjero, normativa que permitiría la expulsión sumaria de no nacionales con estadía irregular por motivos de interés nacional. Adicionalmente, se señaló la falta de un análisis individual de cada caso, estudio que, según la recurrida, supuestamente se haría el mismo día 9 de diciembre de 2016.

⁵ TEDH, Caso Vedran Andric vs. Suecia, Solicitud n.º 45917/99, Decisión sobre inadmisibilidad, Sentencia de 23 de febrero de 1999; TEDH, Caso Conka vs. Bélgica, Solicitud no. 51564/99, Sentencia de 5 de febrero de 2002, y TEDH, Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia, Solicitud n.º 27765/09 Sentencia de 23 de febrero de 2012.

⁶ Corte-IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, sentencia de 24 de octubre de 2012, y Caso personas Dominicanas y Haitianas vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de agosto de 2014.

⁷La Corte-IDH en sus fallos toma el concepto de expulsión colectiva previamente desarrollado por el TEDH.

⁸ TEDH, Caso Conka vs Bélgica, 2002, párr. 62. Replicado en Corte-IDH, Personas Dominicanas y Haitianas vs. República Dominicana, 2012, en donde se desarrolla como un “elemento adicional”, párr. 383.

⁹ Hábeas corpus N.º 6447-87.2016.4.01.4200, Tribunal Regional Federal Da Primeira Região, Brasil.

¹⁰ CIDH, CIDH expresa preocupación por situación de personas venezolanas y llama a Estados de la región a implementar medidas para su protección, 25 de enero de 2017.

Estas medidas cautelares fueron acogidas el 10 de diciembre de 2016 y, en la sentencia que las otorga, el tribunal Regional Federal destacó la prohibición de expulsiones colectivas contenida en la CADH, haciendo un análisis de convencionalidad. Además de indicar que se habían vulnerado normas de debido proceso, señaló que, al reconocer el Supremo Tribunal Federal de Brasil la suprallegalidad de la CADH, el Estatuto del Extranjero en la parte citada por las autoridades brasileñas es contrario por lo que se produce una vulneración al derecho a no ser expulsadas colectivamente.

Este fallo es destacable por cuanto recoge el elemento de la falta de análisis individual de cada caso y lo sumario del procedimiento de expulsión, haciendo, además, un análisis de convencionalidad respecto a las expulsiones colectivas.

b) Casos Ecuador. Año 2019: grupo 22 personas venezolanas¹¹ y caso grupo 7 personas venezolanas¹²

En el primer caso, encontramos un grupo de 22 personas venezolanas, incluyendo dos niños/as en brazos, quienes habrían ingresado a Ecuador de manera irregular, por un paso no habilitado, logrando avanzar cerca de 500 metros al interior del país. Sorprendidas allí por la autoridad migratoria, fueron devueltas hacia Colombia, siendo dejadas en el puente internacional de Rumichaca.

Frente a esta situación, se presentó una acción constitucional de protección que fue acogida por el voto de mayoría. Dicha resolución fue apelada y en la sentencia de apelación se estableció que fueron vulnerados los derechos al debido proceso, la tutela efectiva y la seguridad jurídica.

El Tribunal hizo presente que, al haber ingresado las personas venezolanas a territorio ecuatoriano de manera irregular, debió aplicárseles la normativa correspondiente y seguirse un procedimiento individualizado que determinaría si podrían permanecer o no en el país. Al hacer una devolución en el momento, las autoridades habrían transgredido la prohibición de expulsiones colectivas.

El segundo caso refiere a 7 personas de nacionalidad venezolana, incluyendo dos mujeres embarazadas, quienes habrían ingresado por un paso no habilitado y habrían sido interceptadas por la policía colombiana después de avanzar algunos metros, siendo devueltas a Colombia.

En contra de esta medida se presentó una acción constitucional de protección, en la que la autoridad recurrida se defendió señalando que las personas habían decidido, supuestamente, devolverse a Colombia de manera voluntaria para así intentar ingresar regularmente a territorio ecuatoriano.

El Tribunal resolvió que se vulneraban los derechos a la movilidad humana y a un procedimiento que garantice su defensa, debido a que se devolvió *de facto* a las personas colombianas, sin aplicarse las normas relativas para determinar, caso a caso, si podían permanecer en Ecuador.

Aunque el tribunal no menciona expresamente la prohibición de las expulsiones colectivas, sí hace énfasis en uno de sus elementos esenciales: la necesidad de un análisis individualizado de sus casos, en un procedimiento legalmente establecido.

¹¹ Juicio N.º 04243-2019-0001, Tulcán, 2 de mayo de 2019.

¹² Juicio N.º 04333-2019-00190, Tulcán, 28 de mayo de 2019.

3.2 Ejemplo de aplicación errónea del DIDH

También nos encontramos con otras situaciones de aplicación errónea del derecho tanto por autoridades administrativas como por tribunales de justicia. Un ejemplo es el caso de Chile, durante los años 2018 a 2021, en donde se realizaron diversos procedimientos de expulsión que fueron ampliamente cuestionados y catalogados, por la prensa y diversas instituciones de derechos humanos, como expulsiones colectivas prohibidas por el Derecho Internacional.

Al respecto, OACNUDH manifestó en 2019 su preocupación por las “expulsiones colectivas” ejecutadas por el Estado chileno en la audiencia “Situación de los migrantes en Chile” del período 172 de la CIDH.

Dichas expulsiones se enmarcan en un plan político del gobierno chileno llamado “ordenar la casa”¹³ y consistente, entre otras cuestiones, en expulsar personas extranjeras cuya presencia en el país no fuera conveniente, buscando eliminar una migración supuestamente amenazante, constituida por personas con antecedentes penales en su país de origen o en Chile, aquellas con ingresos al país por pasos no habilitados y personas que han cometido faltas migratorias.

Así, entre 2018 y 2019 se produjo en distintas ocasiones la citación y detención de un gran número de personas extranjeras, a quienes se les retuvo por horas hasta subirlas de madrugada a un mismo avión hacia sus países de origen.

Este procedimiento tuvo importante cobertura mediática que la prensa nacional hizo de la mano con el poder ejecutivo¹⁴ y fue celebrado por un apreciable sector de la población.

Al analizar las circunstancias fácticas de las expulsiones ocurridas y las resoluciones administrativas de expulsión en un caso particular¹⁵, existe una seria sospecha de que Chile habría efectuado expulsiones colectivas.

A pesar de que las expulsiones grupales contaban con resoluciones individuales para cada persona del grupo¹⁶, no se vislumbra en ellas un análisis individualizado, objetivo y razonable del caso, cuestión que es esencial¹⁷, ya que se limitan a versar sobre los antecedentes administrativos o penales de la persona, sin hacer mención alguna a su arraigo familiar o personal en el país, y menos a alguna ponderación de derechos frente a las circunstancias particulares del caso.

Además, hubo una detención y retención grupal, y posterior traslado conjunto de éstas hacia sus países de origen. Lo anterior se repitió en 2021, bajo el denominado “Plan Colchane”. Un gran número de personas, predominantemente venezolanas, ingresó a Chile por un paso no habilitado cercano a la localidad de Colchane, trasladadas a residencias sanitarias por la pandemia del Covid-19, y otras quedaron en situación de calle, acampando en plazas de las ciudades cercanas.

¹³ Dirección de Prensa y Difusión, “Discurso de SE. el Presidente de la República, Sebastián Piñera Echenique, al presentar la iniciativa de Ley de Reforma Migratoria”, 9 de abril de 2018 24HORAS, “Chadwick: Aprobación del proyecto de Migraciones “es un paso muy significativo para ordenar la casa”, 16 de enero de 2019.

¹⁴ Véase *La Tercera*, “los detalles del operativo que expulsó 51 colombianos”, 16 de agosto de 2018.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 40 de 2019, Chile, confirmado por la Corte Suprema, causa Rol N.º 9216 de 2019. Este fue uno de los 5 casos de expulsiones grupales en Chile. Se cita como ejemplo porque fue posible acceder a la carpeta digital de la causa examinando un total de 5 de 6 resoluciones de expulsión de las personas representadas.

¹⁶ Subsecretaría del Interior, Departamento de extranjería y Migración, Decretos: N.º 956, 29 de agosto de 2012; N.º 1640, 23 de noviembre de 2017; N.º 93, 5 de enero de 2018; N.º 431, 1 de marzo de 2019; N.º 1927, 17 de diciembre de 2017, Chile.

¹⁷ Corte-IDH, Caso Personas Dominicanas y Haitianas vs. República Dominicana, ob.cit., y Dictamen pericial rendido en audiencia público en relación al mismo caso de Pablo Ceriani Cernadas.

Las autoridades del país se apersonaron en el lugar e indicaron que toda persona que ingresara irregularmente al país sería expulsada y que los vuelos privados ya estaban contratados¹⁸.

A estas personas se les dictó una medida de expulsión de forma masiva, en un plazo menor a 48 horas desde la declaración por ingreso irregular y, nuevamente, no se contempló un análisis individualizado¹⁹.

El Ministro del Interior incluso se jactó públicamente de la masividad de estas expulsiones dictadas por motivos administrativos²⁰. Adicionalmente, algunas personas fueron retenidas en residencias sanitarias pese a haber cumplido con el tiempo de cuarentena o encontrarse de alta en relación con la pandemia.

Los casos relatados cumplen con todos los elementos de una expulsión colectiva: un procedimiento estatal dirigido a un grupo de personas extranjeras para abandonar el territorio del Estado (elemento 1), donde no se realiza un análisis individualizado, objetivo y racional, a pesar de existir resoluciones previas de expulsión individuales (elemento 2) y, el recurso de reclamación existente contra la orden de expulsión resulta ilusorio en la práctica debido a todos los problemas de dicha herramienta procesal²¹ y porque, una vez expulsada la persona (que mantiene su medida de expulsión de manera indefinida en el tiempo²²), intentar revocar la orden en cuestión desde el exterior del país es prácticamente imposible²³ (elemento 3).

En consideración con los elementos adicionales relevados con anterioridad, encontramos citaciones y detenciones de las personas involucradas de la misma forma, en el mismo lugar y tiempo; que fueron trasladadas en los mismos medios y período, y que la ejecución de las expulsiones fue ejecutada rápidamente, desde la detención de las personas.

¹⁸ *La Tercera* “Crisis migratoria: Gobierno anuncia “Plan Colchane” y campaña en el extranjero con advertencia de expulsión para quienes ingresen por pasos no habilitados”, 9 de febrero de 2021 en relación con *ADN Radio* “Gobierno expulsó a 143 extranjeros condenados: ministro del Interior anunció licitación de chárter para próximos procesos”, 4 de diciembre de 2020.

¹⁹ Información obtenida en el marco de la acción de amparo causa rol 36-2021, Corte de Apelaciones de Iquique.

²⁰ Radio uChile “Plan Colchane: 138 migrantes son expulsados del país”, 10 de febrero de 2021.

²¹ Vargas, Francisca, “Una ley de migraciones con enfoque en los derechos humanos”, en: VIAL, TOMÁS (Ed.) “Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018”, p. 523. Además, en los casos del año 2021, la policía indicaba a las personas información sobre un recurso inexistente, de acuerdo con la información obtenida directamente en el marco de la acción de amparo rol 36-2021 antes mencionada.

²² Díaz Tolosa, Regina Ingrid. (2016). “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”. *Estudios constitucionales*, 14(1), 179-220.

²³ Visto en el trabajo de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, la cual funciona desde el año 2009.

Esto se torna más evidente frente al discurso político²⁴ consistente en demostrar que la expulsión de personas extranjeras significa “ordenar la casa”²⁵ y lo señalado bajo el “Plan Colchane”. A esto se suma la exposición ante las cámaras de las personas abordando el avión que los llevaría a sus países de origen²⁶.

Lo anterior es una mala aplicación de los estándares internacionales, pues corresponde, a todas luces, a una expulsión colectiva.

El poder judicial es el llamado a corregir los errores de la administración cuando ésta yerra, y se intentó que esto pasara en estos casos sin éxito. Un ejemplo es la causa “*INDH y Jefatura nacional de Extranjería y Migración, Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2019)*”, ROL 40-2019 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta²⁷; donde se interpuso una acción de amparo en favor de 6 personas colombianas, que fueron parte de un proceso de expulsión que contempló un total de 51 personas.

La Corte descartó la ilegalidad y arbitrariedad de las expulsiones debido a la facultad del Estado para expulsar y el espíritu que emana de la legislación migratoria chilena, sin cuestionarse el procedimiento o el contenido de las resoluciones y sin analizar si el caso se trataba de una expulsión colectiva. Misma situación ocurrió en 2021 en las causas de apelación de amparo roles 14.392-2021 y 14.396-2021 ante la Corte Suprema de Justicia.

En estos casos, a diferencia de lo sucedido en Brasil y Ecuador, a las personas se les dictó una medida de expulsión individual de manera previa. Sin embargo, es válido preguntarse: ¿es acaso suficiente la sola existencia de una resolución individual y previa de expulsión, o se requiere verdaderamente en ella un análisis individualizado efectivo del caso para cumplir con el estándar de análisis individual, previo, objetivo y racional? Lo segundo es lo que la correcta aplicación del elemento demanda.

Al no haber un estudio individual del caso, las personas involucradas pasan a ser un número más de un plan grupal de expulsión para demostrar una posición política. Dicho análisis no ocurrió en el caso chileno, por lo que, al sumar el resto de los elementos, tenemos que hubo expulsiones colectivas.

²⁴ El discurso político sobre planes de expulsión, deportación o repatriación debe ser considerado en los casos de expulsiones colectivas. En, TEDH, *Conka vs. Bélgica* (2002), se solicitó considerar la existencia de un plan de repatriación de inmigrantes hacia Eslovaquia sustentado principalmente en declaraciones del Primer Ministro de Bélgica.

²⁵ Subsecretaría del Interior, “Gobierno materializará expulsiones de extranjeros irregulares con antecedentes penales”, 26 de junio de 2018.

²⁶ T13, “INDH presentará recurso tras expulsión de 51 colombianos de Chile”, 16 de agosto de 2018 y Radio uChile “Plan Colchane: 138 migrantes son expulsados del país”, 10 de febrero de 2021.

²⁷ Causa confirmada por sentencia ROL N.º9216 de 2019 de la Excelentísima Corte Suprema, Chile.

4. Conclusión

Existen dos grandes desafíos en la región ligados a la prohibición de las expulsiones colectivas: i) postular normativamente un concepto de expulsión colectiva más concreto y comprensivo de los distintos elementos desarrollados por la jurisprudencia internacional; ii) seguir avanzando en la aplicación correcta y profunda de los estándares internacionales en los casos concretos que se presentan en los diferentes países, tanto por las autoridades migratorias como por los tribunales de justicia.

Los Estados deben abstenerse de adoptar este tipo de medidas, y, si lo hacen, los tribunales de justicia deben, aplicando los mencionados estándares en su completa cabalidad, revertir la situación. En este sentido encontramos buenas experiencias que pueden ser tomadas como ejemplos, como el caso de Brasil y los de Ecuador, que indican el camino a seguir.

EL ROL JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL DE PERSONAS MIGRANTES

MÓNICA OEHLER TOCA¹

La migración ha sido gestionada por muchos Estados con políticas restrictivas que buscan controlar, contener e inhibir la migración, haciendo uso sistemático de la detención administrativa de personas migrantes por su ingreso o permanencia irregular en un país².

El derecho internacional reconoce que migrar no es un delito³, sin embargo, la consecuencia para muchas personas que migran es la privación de su libertad, generando consecuencias importantes en su salud mental, como depresión, ansiedad, estrés postraumático, así como problemas de desarrollo en casos de NNA⁴, aun cuando ésta se realice por periodos cortos.

La privación de la libertad de personas migrantes presenta diversas interrogantes jurídicas de suma importancia, entre las que resaltan el cuestionamiento mismo de su uso, los estándares que debe cumplir para no volverse arbitraria, sus condiciones, su duración, el cumplimiento del debido proceso, entre otras. No obstante, en las Américas existen muy pocas sentencias a nivel doméstico que aborden el alcance del derecho a la libertad personal de las personas migrantes.

El presente artículo expone de manera breve los estándares internacionales e interamericanos, las barreras del acceso a la justicia en estos casos y el papel que el poder judicial ha tenido en la garantía de este derecho a través de dos sentencias en Ecuador, dos en México y una en Chile.

i) Normas y estándares internacionales en materia de privación de la libertad

La libertad personal es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales y regionales en materia de derechos humanos⁵ y se refiere a la ausencia de confinamiento físico⁶.

La detención migratoria entra en esta definición, independientemente de las diversas denominaciones y eufemismos que han sido utilizadas en el continente, como “alojamiento”, “aseguramiento”, “retención”, “custodia”⁷, ya que es una orden de una autoridad en una institución pública o privada, de la que la persona no puede salir libremente⁸.

¹ Asesora jurídica para la Delegación de México y América Central del CICR. Las opiniones expresadas en este artículo son de la autora y no necesariamente reflejan la postura del CICR.

² CICR, Documento de doctrina del CICR sobre la detención de migrantes, Ginebra, abril de 2016, p. 2.

³ CMW, Observación General N.º 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 20 de agosto de 2013, párr. 24; Corte IDH, caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 171, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes, Informe sobre el compendio de principios, buenas prácticas y políticas sobre una migración segura, ordenada y regular de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, 29 de septiembre de 2017, párr. 8.

⁴ Second ICRC Comment on the Global Compact for Safe, Orderly and regular migration focus on immigration detention, 2017, p. 3.

⁵ Artículo 3 de la DUDH, 9 del PIDCP, 7 de la CADH.

⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General 35: Artículo 9 (libertad y seguridad personales), párr. 3, 16 de diciembre de 2014.

⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸ Artículo 4, párrafo 2, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Disposición general. Adoptados por la Comisión durante el 1310 período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

El derecho internacional de los derechos humanos no ha prohibido de manera categórica la detención de personas migrantes, pero sí ha establecido normas y estándares para que ésta no sea arbitraria. Se ha entendido que la detención no debe tener un fin punitivo ni buscar disuadir la migración⁹, se puede recurrir a ella cuando una persona representa un peligro para sí misma o para la sociedad, o porque existe riesgo de sustraerse de los procedimientos administrativos migratorios o de otra índole¹⁰.

Recurrir a la detención migratoria debe ser una medida excepcional, primando las alternativas a la detención¹¹. En caso de utilizarse, debe realizarse una evaluación individualizada del caso y responder a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad¹², así como durar el menor tiempo posible, incluyendo exámenes periódicos de las razones de la detención¹³. Finalmente, la detención debe contar con condiciones dignas y respetar las garantías al debido proceso¹⁴.

La detención de NNA nunca es en su mejor interés y no se debe recurrir a ella¹⁵, buscando alternativas a la detención para NNA no acompañados y para quienes vienen acompañados. Adicionalmente, se ha establecido la necesidad de prevenir la privación de la libertad de personas en situaciones de vulnerabilidad, como como mujeres, personas LGBT, personas adultas mayores, con discapacidad física o mental, sujetas de protección internacional, sobrevivientes de tortura o traumas, o que hayan experimentado hechos traumatizantes¹⁶.

En estos casos, tanto el Comité de Trabajadores Migratorios como el Relator Especial contra la Tortura han establecido que el umbral de malos tratos puede alcanzarse rápidamente, si no inmediatamente¹⁷.

Finalmente, el Comité de Trabajadores Migratorios estableció que las condiciones pobres de detención pueden constituir trato cruel, inhumano y degradante o tortura y pueden aumentar el riesgo de violación a otros derechos, como la salud, alimentación, agua y vivienda. Este umbral también se puede alcanzar si las malas condiciones son intencionalmente impuestas para, entre otras, disuadir a las personas a continuar sus procesos migratorios o de protección internacional¹⁸.

⁹ Ob. cit. 3.

¹⁰ Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes (2012), A/HRC/20/24, párrafo 9; y ACNUR, Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención (2012), Directriz 4.1.

¹¹ Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 171.

¹² Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Deliberación Revisada No.5 sobre la privación de libertad de las personas migrantes (2018), párrafo 12.

¹³ Principio 68 de los Principios Interamericanos.

¹⁴ Principio 69.d y 70 de los Principios Interamericanos.

¹⁵ CMW y CDN, Observación general conjunta núm. 4 (2017) sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017, párr. 12; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, párr. 283.6.

¹⁶ CMW, Observación General No. 5(2021) sobre los derechos de migrantes a la libertad, prohibición de detención arbitraria y su conexión con otros derechos humanos, 23 septiembre 2021, párr. 46.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Íbidem, párr. 83.

ii) Barreras al acceso a la justicia de personas migrantes privadas de la libertad

Las personas migrantes encuentran diversas barreras para acceder a la justicia cuando están privadas de su libertad, como la falta de información sobre los procesos, posibilidades de regularización y acceso a protección internacional, así como la falta de protección consular efectiva y de asesoría o representación jurídica gratuita brindada por el Estado¹⁹, o bien por organizaciones de la sociedad civil y abogados particulares, que suelen tener capacidad limitada y que en muchos casos tienen dificultades para acceder a las personas migrantes y defender sus casos²⁰.

Adicionalmente, dado que la detención se da por supuestos jurídicos, los procesos judiciales tienden a prolongar la restricción del derecho a la libertad²¹.

iii) Discusión judicial en las Américas relativa a la detención migratoria

A través de la protección judicial en las Américas se ha logrado garantizar el derecho a la libertad personal de algunas personas migrantes. En Ecuador, se ha establecido la prohibición de privación de la libertad por condición migratoria, estándares fundamentales para detención en aeropuertos, condiciones de detención dignas, así como medidas de reparación integral del daño; en Chile, se han establecido plazos máximos y condiciones dignas de detención; y en México, se ha permitido que las personas lleven sus procesos en libertad, así como la prohibición de detención de NNA. A continuación, se analizan de manera breve dichas sentencias:

No criminalización de la migración y prohibición de detención por condición migratoria- Ecuador²²

La Corte Constitucional de Ecuador se pronunció sobre la detención migratoria en el caso de un cubano detenido por un policía mientras iba en su motocicleta y fue llevado por 3 días a un albergue temporal conocido como “calabozo de migración”, en condiciones de hacinamiento y sin baño. Al cuarto día fue trasladado a un hotel en donde permaneció 45 días.

Entre otras violaciones a derechos, la Corte encontró la violación a la libertad personal debido a la falta de orden judicial o de delito en flagrancia, por lo que la detención fue considerada inconstitucional, máxime que no fue detenido por autoridad no perteneciente al Servicio de Migración. Precisó que la infracción de una norma administrativa no puede bajo ninguna circunstancia ser entendida ni tratada como una infracción penal, ya que configuraría una forma de criminalización por la condición migratoria. En consecuencia, el Estado no puede privar de la libertad por condición migratoria ni tampoco iniciar un proceso de deportación proveniente de una privación arbitraria de la libertad. La Corte utilizó estándares interamericanos y las directrices del ACNUR para determinar la violación al derecho a la integridad personal debido a las condiciones de detención.

Resulta interesante que se dictaron las siguientes medidas de reparación integral: i) otorgarle la nacionalidad ecuatoriana gratuitamente si cumple con los requisitos; ii) publicación de la sentencia y distribución al personal policial y operadores de justicia, para el conocimiento de hechos violatorios de derechos y evitar su repetición; iii) compensación económica por el tiempo que dejó de trabajar.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ibídem, párr. 83.

¹⁹ Report of the special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 26 de febrero de 2018, párr. 45 a 49.

²⁰ Ídem.

²¹ Artículo 111.V Ley de Migración.

²² Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N.º 159-11-JH19, 26 de noviembre de 2019.

Necesidad, duración, condiciones de detención y visitas de verificación, – Chile²³

La sentencia de la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile, ganó mención especial en el Premio Sentencias de 2016. La Sala ordenó poner inmediatamente en libertad a 18 personas migrantes que llevaban recluidas entre 15 a 16 días en las dependencias de la Policía de Investigaciones de Chile, el “Cuartel Borgoño”.

De manera novedosa e interesante, la Sala decidió desempeñar un rol de monitoreo y vigilancia al realizar de oficio una inspección a dicho lugar en donde verificó que había una serie de celdas que no contaban con las condiciones elementales para privaciones prolongadas de libertad, sino que únicamente para detenciones transitorias.

Consideró que las condiciones en que se ejecutaron las detenciones eran del todo inadecuadas e indignas para cualquier persona, ya que había hacinamiento, las personas dormían en el suelo, encerradas todo el día en un lugar sombrío y con poca ventilación.

Adicionalmente, se pronunció sobre la necesidad de que la privación de la libertad fuera estrictamente necesaria para el cumplimiento de la orden de expulsión, por lo que se debía cumplir con el plazo de 24 horas establecido en el Reglamento de Extranjería.

Reconoció que las órdenes de expulsión pueden tardar eventualmente más tiempo en ejecutarse por necesidades de coordinación de compra de pasajes o de asignación de equipos policiales, pero especificó claramente que en este lapso las personas jamás deben estar recluidas, sino encontrarse en libertad.

Así, concluyó que la privación de la libertad resultaba desproporcionada e innecesaria y ordenó la inmediata libertad de las personas migrantes que aún estaban detenidas.

²³ Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile, Rol N.º 351-2013, 9 de marzo de 2013.

Detención migratoria en aeropuertos o zonas de tránsito internacionales, – Ecuador²⁴

La Corte Constitucional de Ecuador se pronunció sobre la detención de personas extranjeras en aeropuertos en el caso de un señor cubano que quedó varado 3 días en el aeropuerto de Guayaquil debido a que se le revocó su nacionalidad sin haber sido notificado ni del inicio ni del final de su procedimiento.

Al respecto, la Corte estableció que la persona estaba bajo custodia del Estado con libertad de movimiento sustancialmente limitada, por lo que se configuraba una forma de detención migratoria. Resolvió que ésta era arbitraria e ilegal ya que se realizó sin mediar orden judicial. Adicionalmente, encontró violaciones a los derechos: i) a migrar, recordando que el Estado debe abstenerse de implementar prácticas y políticas migratorias que refuercen estereotipos falsos y negativos de que los migrantes son criminales; ii) a la no criminalización por la condición de movilidad humana, recordando que los agentes no deben aplicar sanciones punitivas no proporcionales a faltas administrativas; iii) a la integridad personal, debido a la incomunicación excesiva, la falta de un lugar para descanso y de previsión de alimentos, lo que podría llegar a constituir trato cruel, inhumano y degradante.

Determinó que las detenciones en aeropuerto por más de 24 horas son arbitrarias y que deben cumplir con un trato digno, incluyendo: a) no ser incomunicadas; b) información sobre las razones de la limitación de ingreso; c) intérprete o traductor; d) solicitar protección internacional con las debidas garantías; e) asistencia consular; f) asesoría jurídica de su elección o apoyo de la Defensoría Pública y la Defensoría del Pueblo (con notificación inmediata ante inadmisión); g) activar mecanismos legales que consideren necesarios e idóneos.

La Corte utilizó diversas normas y estándares en materia de derechos humanos y dictó medidas de reparación integral, como dar una compensación económica, amplia y generalizada difusión de la sentencia a jueces y juezas y funcionarios de migración.

²⁴ Pleno de la Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N.º 335-13-JP/20, 12 de agosto de 2020.

Suspensión en el amparo para llevar los procesos en libertad – México²⁵

En México, interponer un recurso judicial o administrativo tiene como consecuencia la privación de la libertad por todo el tiempo que dure el proceso²⁶. Esta situación ha ocasionado que muy pocas personas quieran acceder a la justicia, al quedarse privados de la libertad de manera indefinida. Al respecto, la CIDH recomendó a México que el ejercicio de derechos, como acceso a la justicia, no conlleve la privación de la libertad indefinidamente²⁷.

Más recientemente, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas mencionó que juicios que buscan la protección de derechos fundamentales se han traducido en una causa para la prolongación de la detención, manteniendo a las personas migrantes en una posición aún más vulnerable y dando cabida a posibles violaciones adicionales de derechos²⁸.

Si bien hasta la fecha no existe una resolución judicial que analice la constitucionalidad de esta medida, algunos jueces han otorgado la suspensión en el amparo para que las personas migrantes lleven sus procedimientos en libertad. Han resuelto que, al ser una detención de carácter administrativo, el otorgamiento de la suspensión debe darse para efectos de que la persona quede en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento que estime correspondientes²⁹.

Éstas varían según el caso, como ir a firmar una vez por semana al Juzgado, establecer un domicilio y no abandonar una demarcación territorial, entre otras. Se debe resaltar que se ha resuelto no pedir fianzas por la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes³⁰.

Incluso recientemente se creó jurisprudencia en Veracruz resolviendo que se debe otorgar la suspensión de oficio para la deportación y, simultáneamente, la privación de la libertad, para lo que los jueces pueden establecer las medidas que estimen adecuadas³¹.

Estas resoluciones han permitido a las personas acceder verdaderamente a la justicia, eliminando la barrera de quedarse privadas de su libertad hasta que se resuelvan sus procesos.

²⁵ Vigésimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Incidente de suspensión (revisión) 311/2016, 19 de abril de 2017.

²⁶ Artículo 111.V Ley de Migración.

²⁷ CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/VII, Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 533.

²⁸ Ob. cit. 12, párr. 158.

²⁹ Vigésimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, QA311/2016, 19 de abril de 2017.

³⁰ Ídem.

³¹ Pleno del Décimo Circuito, Jurisprudencia Común, Tesis PC.X. J/15 K (10a.).

Detención de Niños, niñas y adolescentes no acompañados o con familiares, - México³²

El Tribunal Colegiado³³ resolvió el incidente de suspensión de oficio en un amparo interpuesto a favor de todos los NNA detenidos en la Ciudad de México reconociendo que se encuentran en situación de vulnerabilidad y requieren de una protección especial con una interpretación extensiva para lograr garantizar sus derechos.

Citando la Opinión Consultiva de la Corte IDH sobre niñez migrante, hizo énfasis en la importancia de aplicar los principios de unidad familiar y del interés superior de la niñez. La resolución ordenó: i) identificar e individualizar a los NNA; ii) información sobre la temporalidad de la detención y si han tenido derecho a asesoría y representación jurídica; iii) corroborar el estado de salud y personas que tengan necesidades específicas; iv) designar tutor o representante legal, así como traductor o intérprete si se requiere; v) canalización al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales de protección y de la Ciudad de México; vi) contacto con su consulado, a excepción de personas que requieran protección internacional; vii) supervisión de la Procuraduría Federal de Protección de NNA y la implementación de un plan inmediato para asegurar alternativas a la detención en casos de NNA acompañados, o planes de alojamiento alternativos para quienes estén solos³⁴.

Es importante destacar que la decisión parte de una suspensión de oficio, por lo que todas las medidas que se dicta se deben cumplir en caso de NNA detenidos sin necesidad que se solicite la suspensión en el amparo.

iv) Conclusión

El rol que tiene poder judicial en la garantía de los derechos humanos de las personas migrantes contribuye a la mejor interpretación de ésta, en contraposición de las políticas migratorias restrictivas y que atentan contra el derecho a la libertad. Las sentencias expuestas anteriormente han logrado establecer condiciones dignas y plazos máximos de detención en Chile y en Ecuador, se ha reforzado prohibición de la detención de NNA y que las personas lleven sus procesos en libertad a través de la suspensión en el amparo en México. Ecuador ha establecido la prohibición de la detención por motivos migratorios y la criminalización de la migración.

Quedan pendientes discusiones jurídicas fundamentales, como la constitucionalidad y convencionalidad de la detención migratoria, el momento en que las condiciones alcanzan la brecha de un trato cruel, inhumano y degradante o de tortura, y las consideraciones especiales que deben existir para personas en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, existen desafíos para su correcta implementación, en especial para lograr cambios sistémicos que sean benéficos para toda la población migrante, al respecto es destacable el papel proactivo del poder judicial al realizar visitas a los lugares de detención en el caso chileno, así como el otorgamiento de la reparación integral del daño en Ecuador, buscando no únicamente medidas compensatorias, sino la no repetición del daño.

³² *Ibidem*, QA 205/2019, 6 de junio de 2019.

³⁴ Tesis 1.21 o.A.4.A(10a), Libro 69, agosto 2019, Tomo IV, p. 4587.

LA PORTABILIDAD DE DERECHOS PARA PERSONAS MIGRANTES DESAPARECIDAS Y SUS FAMILIAS

ANA LORENA DELGADILLO PÉREZ*
EDUARDO ROJAS VALDEZ**
MARISOL MÉNDEZ CRUZ***

I. Introducción: desaparición de personas migrantes en México

Desde el año 2006, México vive una crisis de violencia a raíz de una estrategia fallida de lucha contra el narcotráfico, que dejó miles de casos de desaparición y ejecución. Hasta el 26 de octubre de 2021, la versión pública del Registro Nacional de Personas Desaparecidas o no Localizadas reporta 84.253 personas desaparecidas en el país¹. Estas cifras oficiales de por sí alarmantes, no toman en cuenta el subregistro de casos², especialmente notorio tratándose de víctimas migrantes.

La crisis de los servicios forenses en México ha llevado a la existencia de 38.891 cuerpos sin identificar (2006-2019), de los cuales al menos 27.271 han sido enviados a la fosa común³. Se tienen documentados múltiples errores que incluyen entregas equivocadas, así como registros deficientes que agravan la situación de desaparición.

Existen diversos obstáculos para que las personas migrantes accedan a la verdad y la justicia, que favorecen la impunidad: dificultades para accionar medidas de búsqueda, así como para obtener información y denunciar desapariciones desde el extranjero; falta de sistematización de información forense; ausencia de servicios legales; poca cooperación de los países, entre otros⁴.

Lo anterior se traduce en enormes dificultades para que los familiares puedan participar en procesos de búsqueda, de investigación, sanción y reparación.

* Directora Ejecutiva y fundadora de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho (FJEDD).

** Abogado en el área de defensa integral y litigio estratégico de la FJEDD y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

*** Responsable de Incidencia en la FJEDD.

¹ Cfr. Registro Nacional de Personas Desaparecidas o no Localizadas.

² Cfr. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias acerca de las desapariciones forzadas en el contexto de la migración, 28 de julio de 2017, párr. 82. Se señala, por ejemplo, que cuando la desaparición de migrantes es llevada a cabo por actores no estatales, pero con participación directa o indirecta de autoridades, estos actos deben ser clasificados como desapariciones forzadas y no como secuestros.

³ Quinto Elemento, Crisis Forense.

⁴ Ob. cit. 2, párrs. 68 y 69.

II. La portabilidad de derechos de personas migrantes víctimas de desaparición y sus familias

Los esquemas de justicia actuales no están adecuados para garantizar los derechos de la población en movilidad cuando son víctimas de desaparición en el tránsito. Frente a esto, en la región (Centroamérica, México y Estados Unidos) se comenzó a construir un *corpus iuris* que integra principios, estándares y mecanismos que han sido recogidos por organismos internacionales, legislación estatal y precedentes judiciales. Este *corpus iuris* sirve de base para la construcción de una justicia transnacional que tiene como fundamento la portabilidad de derechos de las personas migrantes desaparecidas y sus familias.

El reconocimiento de la portabilidad de derechos implica asumir que las obligaciones de protección y garantía no se circunscriben al territorio sobre el que ejercen jurisdicción, sino que éstas persisten más allá de las fronteras cuando se requiera el accionar del Estado frente a la posible violación de derechos humanos.

En este sentido, la portabilidad de los derechos se sustenta en la concepción de que los derechos humanos, al ser inherentes e inseparables de las personas, les acompañan independientemente del país donde se encuentren, sin importar su origen, nacionalidad o idioma, mismos que se extienden a sus familias, frente a casos de desaparición o ejecución.

La portabilidad para casos de desaparición forzada implica adoptar diversas medidas de prevención y protección. Como medidas de prevención, los Estados deben evitar políticas migratorias excesivamente rígidas, a fin de que las personas ingresen y transiten a través de canales regulares⁵. Asimismo, las rutas de tránsito deben ser monitoreadas y, en contextos de macrocriminalidad transnacional como ocurre en México, es fundamental emprender todas las medidas posibles para detener organizaciones criminales que abusen o exploten a los migrantes.

La privación de la libertad por ingreso irregular debe ser excepcional. En casos de necesidad, las personas migrantes deben estar en lugares oficialmente reconocidos y se debe contar con registros formales y públicos⁶. Por otro lado, es indispensable establecer recursos judiciales pronto y efectivos para precisar el destino y condición de las víctimas cuando su paradero sea incierto⁷.

La prohibición de la desaparición forzada y la obligación de búsqueda de las personas migrantes configura también la portabilidad de derechos. La CIDH ha recomendado a México la creación de mecanismos de búsqueda de personas migrantes desaparecidas o no localizadas, con la coordinación de los distintos niveles de gobierno, así como entre los países de origen y destino, principalmente Centroamérica y Estados Unidos⁸.

⁵ CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, 30 de diciembre 2013, párr. 409.2.

⁶ Ob. cit. 2, párrs. 60-66.

⁷ Ibídem, párrs. 72-76.

⁸ Ob. cit. 5, párr. 409.14.

Las víctimas indirectas, independientemente de que se encuentren en un país diferente en donde ocurrió la desaparición, tienen derecho a saber dónde se encuentran los restos de sus seres queridos, como parte del derecho a la verdad y como forma de reparación. Además, tienen derecho a sepultarlos de acuerdo con sus creencias, lo que implica la repatriación del cuerpo en condiciones que lo permitan. Las instancias de asistencia, incluyendo atención médica y psicológica, deben estar igualmente disponibles con independencia de la ubicación de las víctimas⁹.

La cooperación internacional es un principio indispensable para palear las limitaciones físicas de los familiares para participar en los procedimientos de investigación¹⁰.

La creación de mecanismos transnacionales de búsqueda, identificación de restos, justicia y reparación es el principal instrumento para asegurar la portabilidad de los derechos de las víctimas y sus familias, como base para la construcción de una justicia transnacional, en tanto implican asumir de forma colectiva por los Estados involucrados la obligación de proteger los derechos humanos con independencia de la localización de las personas.

III. Avances en México y en la región sobre portabilidad de derechos en casos de desaparición de personas migrantes

De los primeros instrumentos aplicados en la región en materia de cooperación frente al fenómeno de la desaparición forzada, son los Bancos de Información Forense liderados por el Equipo Argentino de Antropología Forense, con la participación de comités de familiares, actores gubernamentales y no gubernamentales. Su propósito es concentrar de manera integral y sistemática, información forense que permita la identificación de personas migrantes desaparecidas.

La CIDH la ha reconocido como una buena práctica, resaltando la importancia de la participación de la sociedad civil en su dirección¹¹. Estos bancos forenses abrieron la puerta a la creación del primer mecanismo transnacional de la región: la Comisión Forense¹², que permite un intercambio masivo de información entre países, a fin de establecer la identidad de las víctimas de tres masacres ocurridas en el norte del país.

Con el impulso de la FJEDD y comités de familiares de migrantes desaparecidos de la región, en el año 2015 se crea mediante acuerdo el Mecanismo de Apoyo Exterior de Búsqueda e Investigación, a fin de garantizar el acceso a la justicia de víctimas migrantes y sus familias¹³. Este mecanismo fue recogido posteriormente a nivel legislativo.

⁹ *Ibidem*, párrs. 195, 207 y 409.16, 24, 25 y 26. 10, *ob. cit.* 2, párrs. 77, 78 y 92.

¹¹ *Ob. cit.* 5, párr. 208.

¹² La Comisión Forense fue creada mediante el Convenio de Colaboración para la identificación de restos localizados en San Fernando, Tamaulipas y en Cadereyta, Nuevo León celebrado entre el Equipo Argentino de Antropología Forense, la Fiscalía General de la República, la FJEDD y diez organizaciones y comités de la región. *Cfr.* DOF, 4 de septiembre de 2013.

¹³ DOF, 18 de diciembre de 2015.

Así, la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas establece este Mecanismo (artículo 4.º), señalando que corresponde a un conjunto de acciones ejecutadas por conducto de los consulados, embajadas y agregadurías de México en otros países, con el objetivo de que las personas que se encuentren en el extranjero puedan coadyuvar en la búsqueda de personas migrantes y en la investigación de los delitos, así como para garantizar otros derechos. La propia ley le confiere facultades a la Comisión Nacional de Búsqueda para proponer la celebración de convenios con autoridades extranjeras para realizar acciones de búsqueda transnacional de personas desaparecidas (artículo 53, fracción XXXIV) y a los Consulados para recibir solicitudes de búsqueda (artículos 53, fracción XXXV y 84).

Por su parte, el artículo 10, fracción XII de la Ley de la Fiscalía General de la República de 20 de mayo de 2021, señala que este órgano constitucional autónomo debe garantizar a través del Mecanismo de Apoyo Exterior los derechos de las víctimas “para recibir, recabar y proporcionar información sobre las acciones de investigación y persecución de los delitos cometidos en contra de personas migrantes”. La Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República del 14 de diciembre de 2018 poseía una regulación más adecuada, que fue sustituida en contra del principio de progresividad¹⁴.

IV. El papel del litigio en el fortalecimiento de la portabilidad de derechos de los migrantes

Existen precedentes judiciales que han logrado el fortalecimiento de la portabilidad de derechos para personas migrantes desaparecidas y sus familias.

En primer lugar, nos referiremos a las sentencias que resolvieron los amparos en revisión 38/2017¹⁵ y 661/2014¹⁶. Estos precedentes abrieron la puerta para que organizaciones de la sociedad civil tengan acceso a información que les permita supervisar la actuación de la autoridad y coadyuvar a la tutela de derechos. En este sentido, la portabilidad de los derechos en casos de graves violaciones de derechos humanos, incluye la posibilidad para la sociedad de saber lo que pasó.

En ambos casos, se empleó la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha definido que tanto los familiares de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como la sociedad en su conjunto tienen derecho a conocer la verdad de los hechos¹⁷.

¹⁴ Delgadillo Pérez, Ana Lorena y Rojas Valdez, Eduardo, Pasos atrás en el combate a la impunidad. ¿Necesita la Fiscalía General una nueva ley?, México, Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, 2020, pp. 18-19.

¹⁵ Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=209826>

¹⁶ Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=171394>

¹⁷ Se alude a las sentencias de la Corte IDH en los casos: García y familiares vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, 29 noviembre de 2012; Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2004, y Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004.

Estos casos son relevantes en tanto atribuyeron la obligación a dos instituciones que investigan graves violaciones —la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y la Procuraduría General de la República (PGR) (ahora Fiscalía General de la República, FGR)— de analizar si los casos investigados deben ser considerados graves violaciones para efectos de acceso a la información y, por tanto, de interés público, transparentar las investigaciones y dar copia a quien lo solicite. Esto es relevante, ya que son pocos los países donde se permite el acceso a la información a quien no es parte en el proceso.

Sin embargo, la legislación de transparencia en México¹⁸ marca una excepción a la reserva de la información cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, como lo son casos donde desaparecieron o fueron masacradas personas migrantes que estaban en tránsito por México hacia los Estados Unidos.

Una sentencia relevante en materia de portabilidad de derechos es la emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el Amparo en revisión 382/2015. Dos personas salieron de El Salvador en marzo de 2011 rumbo a los Estados Unidos de América. Durante su viaje habían estado en contacto con sus familias, por lo que, una vez que dejaron de comunicarse, sus familiares acudieron varias veces a la Cancillería mexicana en El Salvador a denunciar la desaparición, sin que esto motivara medidas efectivas de búsqueda. Meses después, los familiares de ambos fueron contactados por personal de la PGR, por conducto de la Cancillería, que les informó que los cuerpos de los dos migrantes habían sido encontrados y que uno de ellos sería cremado.

De esta manera, las familias tuvieron conocimiento que los restos de sus seres queridos estaban posiblemente dentro de los 195 cuerpos localizados en Tamaulipas en fosas clandestinas, por lo que solicitaron a la PGR que se frenara la cremación, les reconociera el carácter de víctimas en la investigación iniciada, se les diera acceso al expediente y copia del mismo. La PGR negó la intención de cremar los restos, al igual que la petición de acceso al expediente por tratarse de información reservada, que no podían conocer en tanto no se les consideró partes del procedimiento.

En contra de esta respuesta iniciaron juicio de amparo. La cremación pudo ser evitada gracias a la suspensión otorgada por los tribunales, y posteriormente originó cambios en la legislación para que se prohibiera la cremación de restos sin identificar.

El caso resuelto el 2 de marzo de 2016 por la SCJN¹⁹ señala que es innecesario exigir, como lo hizo la PGR, que se acredite la relación de parentesco de algunos de los restos hallados con los de las personas solicitantes de la calidad de víctimas, sobre todo tomando en consideración que habían denunciado previamente la desaparición de sus familiares.

¹⁸ Artículo 8 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

¹⁹ Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=178853>

Esto posibilita que familias de personas desaparecidas puedan ser parte en investigaciones penales donde hay restos sin identificar y contar con la información para verificar si sus seres queridos se encuentran entre los restos.

Para apoyar esta determinación, fue invocada la doctrina desarrollada en la jurisprudencia de la Corte IDH²⁰, que ha considerado que los familiares de las víctimas directas tienen derecho a saber la verdad, lo que deriva en el deber de las autoridades de garantizar que tengan amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procedimientos tendientes al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la obtención de la reparación del daño.

En casos de desaparición forzada, la Primera Sala advirtió la dificultad para acreditar la existencia de un daño, sobre todo cuando las víctimas son migrantes. En la mayoría de los casos, los familiares únicamente contarán con su palabra, consistente en la afirmación de que han perdido comunicación con sus seres queridos. Por ello, con base en el principio de buena fe, en casos en los que sea difícil demostrar el daño sufrido para la víctima directa, debe concedérsele credibilidad a las declaraciones de los familiares, siempre que no haya elementos contundentes que susciten dudas sobre su versión de los hechos.

Además, con base en el precedente desarrollado en el Amparo en revisión 650/2014, la Primera Sala recordó que el acceso al expediente no sólo es físico, sino que supone la posibilidad de obtener copias simples. Por estas razones, la SCJN ordenó a la autoridad ministerial reconocer la calidad de víctimas, permitirles acceso a las constancias de la indagatoria y obtener copias simples de estas. Esta sentencia es un precedente sobre los derechos de las familias de migrantes desaparecidos, en casos donde hay restos sin identificar.

Finalmente, en la sentencia de 2019 en el Amparo en revisión 835/2018²¹, la SCJN determinó que el derecho de las víctimas a recibir asesoría en el procedimiento penal no sólo abarca la asistencia jurídica de abogados, sino que debe entenderse en términos complejos y multidisciplinarios para garantizarles una atención integral. Las víctimas tienen derecho a recibir asistencia, orientación y acompañamiento no restringido a un perfil profesional único. El fallo es novedoso porque amplía el halo protector en favor de las víctimas y reconoce el derecho de los defensores —no abogados— de acompañar a las familias en sus procesos de justicia.

²⁰ La sentencia de la Primera Sala emplea la jurisprudencia de la Corte IDH desarrollada en los casos: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, 19 de noviembre de 1999; Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo, 25 de noviembre de 2000; Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007; Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009, y Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, así como el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006.

²¹ Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=243923>

V. Conclusiones

Existe un *corpus iuris* integrado por estándares, principios y precedentes judiciales, que sientan las bases para establecer la portabilidad de los derechos para casos de graves violaciones a derechos humanos cometidos contra la población migrante en su tránsito. Se establece una garantía para que las personas migrantes y sus familias puedan ejercer sus derechos con independencia de su nacionalidad y su ubicación física.

Se posibilita que las familias, desde donde se encuentren, soliciten acciones de búsqueda, identificación de restos e investigación, utilizando las embajadas y consulados de México en otros países.

Aunque los esfuerzos son valiosos, se requiere mayor voluntad para que estos mecanismos funcionen de manera eficiente y efectiva, de tal suerte que la portabilidad de derechos se garantice integralmente.

LA PROTECCIÓN A LA UNIDAD FAMILIAR EN CASOS DE DEPORTACIÓN Y EXPULSIÓN EN AMÉRICA LATINA

HELEN KERWIN*

La protección a la familia y el principio de unidad familiar se encuentran ampliamente protegidas en diversos instrumentos internacionales¹ y en los estándares del Sistema Interamericano², pero en contextos de deportación y expulsión en particular, estas protecciones no siempre se materializan en la práctica.

Si bien en varios países de la región la posibilidad de regularización migratoria por vínculo familiar, por ejemplo, con un cónyuge, hijo/a o padre/madre, constituye una medida importante para favorecer y garantizar la unidad familiar, también es necesario asegurar la expresa valoración de los vínculos familiares de una persona extranjera, así como el interés superior de la niñez, durante cualquier procedimiento migratorio que pudiera derivar en la deportación, expulsión y/o impedimento de reingreso al país³.

Algunos casos recientes de la región representan precedentes prometedores para la adecuada protección y correcta valoración del principio de la unidad familiar y el interés superior de la niñez en casos de deportación. El artículo tomará como ejemplo particular la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú ganadora del Premio Sentencias 2017⁴.

Estos desarrollos jurisprudenciales son de suma importancia, sobre todo a la luz de los flujos migratorios mixtos crecientes en la región, pues la protección de los derechos humanos en el contexto de procedimientos migratorios y la creación de caminos a la regularización migratoria deben ser prioritarios para proteger la unidad familiar de personas migrantes.

La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú

Jesús de Mesquita Oliveira, ciudadano brasileño, residía en Perú desde 2003; en 2011 entró al país como turista, calidad que se venció después de 90 días, por lo que, en el 2013, la autoridad migratoria le impuso la sanción de salida obligatoria del país e impedimento de ingreso al territorio nacional, la cual alegó no le fue notificada⁵.

Mesquita Oliveira impugnó la decisión, alegando que se le violaron los derechos al debido proceso, la protección familiar y el interés superior de su hija menor de edad peruana, al omitir considerar sus vínculos familiares con personas peruanas (matrimonio e hija), ordenando su salida obligatoria del país⁶.

* Consultora independiente en temas de migración y derechos humanos.

¹ Artículos 16 DUDH; 17 y 23 PIDCP; 10 PIDESC; 9, 10, 22 CDN; 17 CADH.

² Corte-IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A N.º 21, párrs. 273, 280; Corte-IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C. N.º 221, párr. 125; Corte-IDH. Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N.º 242, párr. 116.

³ Este artículo se enfoca en particular en contextos de deportación; no obstante, la unidad familiar es una consideración importante para temas como la reunificación familiar de personas refugiadas, el reconocimiento de familiares como refugiados por estatuto derivado y la no detención de la niñez migrante, entre otros.

⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 02744-2015-PA/TC. Jesús de Mesquita Oliveira y otros (2016).

⁵ *Ibidem*, párr. 20.

⁶ *Ibidem*, párrs. 37-39.

Al considerar el caso, el Tribunal Constitucional analizó el contenido y alcance del derecho a la unidad familiar en contextos migratorios; estableció que “la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas, por lo que [la] detención administrativa debe ser excepcional, [prevista en ley y] necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar...”, y que “los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria [del Estado]”⁷, esto, también en atención al principio de no discriminación⁸.

En este sentido, “la sola condición migratoria irregular de una persona no puede ser invocada, sin más, como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales”, entre ellos, a la unidad familiar⁹.

Respecto a la protección constitucional a la familia, el TC consideró que “una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran”¹⁰.

Asimismo, estableció las garantías procesales mínimas en el marco de un procedimiento migratorio sancionador¹¹, y dispuso:

“Por lo tanto, de forma previa a la imposición de una sanción migratoria, la Superintendencia Nacional de Migraciones o autoridad competente **deberá efectuar un análisis específico de la situación personal y familiar que atraviesa cada migrante al momento de definir su condición migratoria (edad, tiempo de permanencia, antecedentes penales, situación laboral, vínculos familiares, etc.)**”¹². La indiferencia o falta de valoración de tales circunstancias podría conllevar, como se alega en este caso, a una indebida aplicación de las sanciones migratorias al margen de las circunstancias particulares del migrante, tales como los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente, o las implicancias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente”¹³ (énfasis agregado).

Pronunciándose sobre los derechos de la hija de Mesquita Oliveira, el TC estableció que el Estado debe efectuar “una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo que corresponderá determinar, en [...] cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño”¹⁴.

⁷ TC del Perú, Jesús de Mesquita Oliveira y otros, párr. 9(i),(ii).

⁸ *Ibidem*, párr. 11 (citando estándares de la Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03 y Caso Vélez Loo vs. Panamá).

⁹ *Ibidem*, párr. 12 y 13 (citando CIDH, Caso Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros respecto de EE.UU.).

¹⁰ *Ibidem*, párr. 32.

¹¹ *Ibidem*, párrs. 18-19, adoptando el estándar articulado en Corte IDH, Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia, párr. 133.

¹² Para definir estos criterios, el TC cita CIDH, Caso Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros respecto de EE.UU., párr. 54. TC del Perú, Jesús de Mesquita Oliveira y otros, párr. 27.

¹³ *Ibidem*, párr. 28.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 34.

De esta manera, “cualquier decisión relativa a la separación del niño [de su familia] que [se adopte] por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño”¹⁵.

Así, una adecuada valoración de este principio **deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de los padres o familiares del menor en cada caso (historia inmigratoria, lapso temporal de la estadía, la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor, el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, entre otros), así como la participación del menor y la manifestación de su opinión**, en la medida que se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura¹⁶. (énfasis agregado).

En el caso concreto, el Tribunal estableció que la deportación efectivamente generaría una ruptura a la unidad familiar, que no se había tomado en cuenta la opinión de la niña ni valorado su interés superior y que la autoridad migratoria no había dado razones de interés público que tornarían imprescindible la salida obligatoria del país de Mesquita Oliveira¹⁷.

Precisó que su decisión no concede al recurrente el derecho a una permanencia legal y automática en el país, sino que vincula a la [autoridad] a valorar las condiciones especiales mencionadas con el fin de proteger [la protección a la familia e interés superior del niño], **una vez que el accionante retome los trámites administrativos para regularizar su situación migratoria, corresponderá a la autoridad migratoria recabar la documentación pertinente e idónea** sobre los antecedentes y la situación jurídica del recurrente, **para posteriormente efectuar una valoración conjunta de tales circunstancias y proceder a definir su situación migratoria**¹⁸ (énfasis agregado).

El Tribunal estableció que la entonces vigente Ley de Extranjería no se encontraba debidamente reglamentada, por lo que el procedimiento sancionador violó el derecho al debido proceso¹⁹.

¹⁵ Ibídem, párr. 36.

¹⁶ Ibídem, párr. 36. Para establecer estos criterios, la TC adopta el estándar articulado en Corte IDH. OC-21/14, párr. 279.

¹⁷ Ibídem, párrs. 40-42.

¹⁸ Ibídem, párr. 44.

¹⁹ Ibídem, párrs. 20-23.

Tomando en cuenta este antecedente y la ausencia de reglamentación del Decreto Legislativo actualmente vigente en materia migratoria²⁰, el Tribunal declaró un estado inconstitucional de las cosas al considerar que

"si bien los efectos de la sentencia son, en principio, de carácter *inter partes*, [la inconstitucionalidad de la situación] ha quedado en evidencia. **Esta omisión en la regulación no sólo da cuenta de la indiferencia del Estado frente a la protección jurídica que reconoce la Constitución a los migrantes, sino que resulta lesiva de su derecho al debido procedimiento.**

"[Dado que esta inconstitucionalidad no sólo afecta a las partes del presente juicio], **este Tribunal considera necesario recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucionales** a fin de dotar de efecto expansivo general a las consideraciones realizadas en esta ocasión. [...] **Se trata, en buena cuenta, de proveer justicia no sólo a quienes se ven forzados a acudir a un proceso judicial para solicitar tutela a los órganos jurisdiccionales, sino también a todas aquellas personas que, estando en las mismas condiciones, sufren las mismas lesiones a sus derechos**²¹ (énfasis agregado).

Esta sentencia representa un avance importante dentro del Perú y en la jurisprudencia comparada sobre unidad familiar, pues partiendo de la protección internacional y constitucional, recoge y adopta de manera clara los precedentes interamericanos existentes en la materia en contextos de migración.

En este sentido, y sobre todo tomando en cuenta la ausencia de regulación del procedimiento sancionador migratorio, el Tribunal actuó proactivamente para establecer estándares procesales claros y garantistas a partir de los precedentes interamericanos para favorecer no solo a Mesquita Oliveira y su familia, sino también a toda persona que pudiera ser sujeta a un procedimiento migratorio de la misma naturaleza.

La protección a la unidad familiar en otros países de la región

Existen en otros países de la región precedentes prometedores para la protección de la unidad familiar en contextos de deportación. Por ejemplo, la sentencia T-530/19 de la Corte Constitucional de Colombia es la más reciente sentencia del alto tribunal en materia de unidad familiar²²; surge a partir de la impugnación de una orden de deportación por parte de un ciudadano cubano que alegó que no se valoró adecuadamente el impacto que ésta tendría en el interés superior de su hijo de nacionalidad colombiana.

En la sentencia, la Corte establece que Migración Colombia “incumplió el deber de evaluar desde el inicio y hasta el final del proceso migratorio, el contexto familiar del sancionado y la realidad del vínculo paterno que este sostiene con su menor hijo”, por lo que dejó parcialmente sin efectos la decisión de esa autoridad²³.

²⁰ El Decreto Legislativo 703, anterior Ley de Extranjería que rigió el procedimiento de Mesquita Oliveira fue derogado por Decreto Legislativo 1236 en septiembre de 2015. Dicho Decreto debió ser reglamentado dentro de 90 días de su expedición por una Comisión Multisectorial creada especialmente para ello. No obstante, para la fecha de esta sentencia, el Decreto Legislativo 1236 se encontraba todavía sin reglamentar. Ver, párrs. 45-46.

²¹ *Ibidem*, párr. 47. El uso de la figura “estado inconstitucional de las cosas” para ordenar la reglamentación de un procedimiento migratorio administrativo mandatado por ley merece mayor estudio y desarrollo, pues la posibilidad de usar la figura para ordenar la adecuación de procedimientos administrativos para evitar la violación de derechos de toda persona que se encuentra en una misma situación jurídica podría ser innovadora para superar algunos formalismos de las acciones constitucionales en las Américas, al permitir que se den efectos generales a una sentencia o jurisprudencia en un mayor número de supuestos. Por otra parte, el uso de la figura en este contexto se asemeja en su intención y efectos a una medida de no repetición, como las ordenadas por la Corte IDH.

²² Los precedentes de este tribunal en la materia datan por lo menos a 1993 e incluyen las sentencias T-178 de 1993, T-215 de 1996, T-956 de 2013 y T-500 de 2018. Véase Corte Constitucional de Colombia, T-530/19 (2019), párrs. 64-68.

²³ *Ibidem*, párr. 95.

Por otra parte, diversos casos de Argentina también han amparado el derecho a la unidad familiar en contextos de deportación²⁴.

En una sentencia ganadora del Premio Sentencias 2019, la Cámara Federal de La Plata consideró el caso de un hombre que recibió orden de deportación tras haber recibido una condena de pena de prisión mayor a tres años, de acuerdo con la legislación argentina²⁵.

La Corte revirtió la orden de deportación al constatar que “no ha sido considerado ni mencionado, siquiera en forma tangencial, ninguno de los derechos de la hija [de nacionalidad argentina] del aquí recurrente, en su condición de niña, en el acto administrativo que dispuso la expulsión de su padre”²⁶.

Así, constató “la imposibilidad de tener por cumplido el requisito de una debida motivación de este acto”, “debiendo haber efectuado un análisis pormenorizado de los efectos que la decisión podía producir sobre ella, cotejando el nivel de interferencia sobre sus derechos con los otros en pugna”²⁷.

Estos tres casos dan cuenta de una variedad de situaciones en las que la existencia de un procedimiento migratorio que tome en cuenta explícitamente el derecho a la unidad familiar como elemento de ponderación en la toma de una decisión de deportación o expulsión resulta de importancia fundamental para garantizar el debido proceso y otros derechos humanos de personas migrantes.

Estas incluyen, entre otras, situaciones de poca regulación o ausencia de reglamentación formal de procedimientos migratorios donde el establecimiento expreso de estos estándares es fundamental para su protección, como en la sentencia de Perú²⁸; en situaciones donde una persona es sujeta a un procedimiento de deportación por algún causal particular más allá de encontrarse en un estatus irregular, como haber sido condenado por ciertos delitos, por lo que procede un ejercicio de ponderación del derecho a la unidad familiar y el interés superior de la niñez frente al interés estatal en materia migratoria, como en la sentencia de Argentina; y en situaciones donde la autoridad migratoria habría ponderado la unidad familiar e interés superior de la niñez, no obstante, hay alegatos sobre la suficiencia de la investigación fáctica de la autoridad, como en la sentencia de Colombia.

Cabe enfatizar, por supuesto, que estos no representan el universo de casos sobre unidad familiar en América Latina²⁹, pero evidencian una tendencia importante y prometedora de parte de algunas cortes de tomar en serio y hacer efectivo el derecho a la unidad familiar y el interés superior de la niñez en contextos migratorios.

²⁴ Véase en general Ministerio Público Fiscal de Argentina. Derechos de las personas migrantes: Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012-2019) (2019).

²⁵ Cámara Federal de La Plata – Sala I. Exp. No. FLP 32156/2017/CA1. [Nombre testado] c/Dirección Nacional de Migraciones s/Recurso Directo (2018).

²⁶ *Ibidem*, pág. 16.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Cabe recordar que en este caso la resolución no le fue notificada al señor Mesquita Oliveira, por lo que no tuvo la oportunidad de participar en el procedimiento desde el principio. En tales casos, la protección expresa de la unidad familiar en el marco de un procedimiento migratorio resulta fundamental para poder revertir una decisión administrativa en apelación.

²⁹ La unidad familiar es una consideración fundamental en diversos contextos, incluido por ejemplo la reunificación familiar de personas reconocidas como refugiadas, los cuales están fuera del alcance del presente artículo.

La importancia de estos precedentes emergentes en la materia y de garantizar de manera expresa la unidad familiar en contextos de deportación se resalta al considerar el ejemplo de Estados Unidos, país que durante décadas ha separado familias mediante un sistema migratorio que no toma en cuenta de manera expresa y generalizada la unidad familiar en procedimientos de deportación³⁰.

Esta ausencia de consideración automática y universal de unidad familiar en procedimientos de deportación viola derechos humanos e impacta fuertemente a familias en toda la región³¹.

Ante los flujos migratorios mixtos crecientes a lo largo de las Américas, una actitud proactiva de parte de todo el aparato estatal -tanto las cortes, como el legislativo y las agencias ejecutivas encargadas en materia migratoria- para garantizar la unidad familiar de personas migrantes en procedimientos migratorios es necesaria para proteger y tutelar el derecho a la unidad familiar y el interés superior de la niñez, promover y facilitar la migración regular y promover el bienestar de las familias en movilidad por la región.

³⁰ Aunque existen diversas “defensas a la deportación” que permiten a una persona migrante acreditar, entre otras condiciones, fuertes vínculos familiares en el país para evitar la deportación, hay millones de personas que no califican y por lo tanto son sujetas a deportación pese a tener hijos, cónyuges y otros familiares residentes o ciudadanos del país. Un ejemplo es que para que una persona indocumentada solicite la “cancelación de la deportación”, debe acreditar 10 años de presencia en el país, ausencia de antecedentes penales, buen carácter moral y poder demostrar un sufrimiento o dificultad extremo e inusual para algún familiar nacional o residente, lo cual constituye un estándar extremadamente alto y difícil de alcanzar. ILRC, “Non-LPR Cancellation of Removal: An Overview of Eligibility for Immigration Practitioners” (16 junio 2018). Asimismo, diversas disposiciones del derecho migratorio impiden asegurar el derecho a la unidad familiar, como el requisito para un ciudadano/a de tener 21 años para solicitar la inmigración de una persona por vínculo familiar y las largas esperas para recibir dichas visas. Cfr. Z. Gubernskaya y J. Dreby, “US Immigration Policy and the Case for Family Unity”, *J. Migration and Human Security* Vol. 5 N.º. 2 (2017): 417-430.

³¹ Human Rights Watch, *Forced Apart: Families Separated and Immigrants Harmed by United States Deportation Policy* (2007).

JUECES DE DERECHO: ESENCIALES EN GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MIGRANTES

IVONNE GARZA GARZA¹

Con base en la perspectiva planteada por el Magistrado Carlos Emilio Arenas Bátiz, quien fuese el primer juez en México en ejercer el control de convencionalidad de las normas en sede interna tras la reforma constitucional de 2011, todos los jueces, sin importar materia y nivel, son jueces de derecho² que pueden determinar su propia interpretación sobre el contenido, alcance y limitaciones de las normas de derechos humanos.

En la medida en que se asumen y actúan como jueces de derecho, los juzgadores construyen diálogo judicial virtuoso que se traduce en un razonamiento más adecuado para la protección de los derechos humanos³. En el marco de los derechos de las personas migrantes, es precisamente en esos jueces de derecho en quienes recae el rol de garantizar el derecho a la salud y de avanzar en la delimitación de su contenido y alcance.

En el ámbito universal, el derecho a la salud se encuentra reconocido por el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el ámbito regional, el derecho a la salud está reconocido por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 10 de su Protocolo Adicional, mejor conocido como “Protocolo de San Salvador”.

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC) ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente⁴. Asimismo, que este derecho se encuentra estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos humanos⁵, entre ellos se encuentran el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

En sintonía con lo anterior, el Comité DESC ha determinado que el derecho a la salud comprende cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad⁶.

¹ O'Neill Institute for National and Global Health Law, Georgetown University Law Center.

² Carlos Emilio Arenas Bátiz, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2011. Según dos perspectivas antagónicas: “internacionalistas” vs “soberanistas”*, 1ª edición, Monterrey, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2013, p. 151.

³ Carlos Emilio Arenas Bátiz, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2011. Según dos perspectivas antagónicas: “internacionalistas” vs “soberanistas”*, 1ª edición, Monterrey, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2013, p. 152.

⁴ Comité DESC, Observación General Número 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 1.

⁵ *Ibidem*, párr. 3.

⁶ *Ibidem*, párr. 12.

La disponibilidad refiere a la necesidad de contar con establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como centros de atención que sean suficientes⁷.

La accesibilidad a su vez comprende cuatro dimensiones respecto de los establecimientos, bienes y servicios de salud: la no discriminación que mandata que estos deban encontrarse disponibles para toda la población, sin distinción alguna; la accesibilidad física que ordena que estos se encuentren al alcance geográfico de todos los sectores poblacionales; la accesibilidad económica, que hace preponderante al principio de equidad para determinar que estos deban encontrarse al alcance de todos; y el acceso a la información que apunta a la obligación de garantizar que todas las personas puedan solicitar, recibir y difundir información e ideas relativa a la salud⁸.

La aceptabilidad consiste en que los bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados y deben resguardar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas⁹. Finalmente, la calidad implica que los bienes y servicios de salud sean científicamente aprobados y se encuentren en buen estado, que el personal médico esté capacitado y que las condiciones de los establecimientos de salud cumplan con el estándar sanitario adecuado¹⁰.

Recientemente, lo anterior también ha sido reconocido en los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas¹¹, que reconocen el derecho de toda persona migrante al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y a los determinantes subyacentes de la salud, comprendiendo así a todos los servicios de salud y atención médica y el principio de confidencialidad¹² tal y como serían prestados a un nacional del país en que se encuentre la persona migrante y sin importar su situación migratoria.

A su vez, los Principios Interamericanos establecen la obligación de los Estados de garantizar las condiciones necesarias para un nivel de vida adecuado y compatible con la dignidad de la persona humana, entre ellas, el derecho a la salud¹³.

Importantes ejemplos del ejercicio del rol jurisdiccional desde la perspectiva de juez de derecho han tenido lugar en nuestra región, principalmente para garantizar la accesibilidad del derecho a la salud de las personas migrantes.

Tal es el caso de las sentencias T-210/18 y T-178/19 de la Corte Constitucional de Colombia, en las que la instancia sentó bases significativas para la protección de la salud de personas migrantes venezolanas en su territorio.

⁷ Ob. cit. 4 párr. 12 (a).

⁸ *Ibidem*, párr. 12 (b).

⁹ *Ibidem*, párr. 12 (c).

¹⁰ *Ibidem*, párr. 12 (d).

¹¹ CIDH, Resolución 04/2019, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas, 7 de diciembre de 2019.

¹² Principio 35 de los Principios Interamericanos.

¹³ Principio 2 de los Principios Interamericanos.

En la primera de ellas, dictada el 1 de junio de 2018, la Corte Constitucional colombiana resolvió dos casos acumulados: el primero de ellos un caso que involucraba el derecho a recibir atención médica de emergencia de una persona migrante venezolana que se encontraba en Colombia, que había sido diagnosticada con cáncer de cuello uterino y no contaba con los recursos para costear el tratamiento de quimioterapia que requería; y por otro lado, el caso de una persona menor de edad que requería de un diagnóstico prioritario por cirugía pediátrica debido a una hernia que le impedía caminar¹⁴. En ambos casos, la atención había sido negada debido a la falta de filiación al sistema de salud con motivo de la carencia de documentación para acreditar legal estancia en el país.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional colombiana determinó que con base en su jurisprudencia el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, siempre que se pueda delimitar en una garantía subjetiva derivada de las normas que regulan el derecho a la salud¹⁵.

Posteriormente sostuvo que la normativa nacional confiere a todas las personas el derecho a participar en el sistema de salud y que dicha participación debe ser universal, sin importar si la persona que requiere acceso al sistema cuenta o no con capacidad de pago¹⁶.

La instancia también expuso que tanto nacionales como extranjeros deben contar con documentación para afiliarse al sistema nacional de salud, por lo que si una persona migrante se encuentra en condición irregular en el país debe regularizarse para así obtener un documento de identificación y, posteriormente, proceder a la afiliación¹⁷. Sin embargo, dichos requerimientos resultan inadmisibles pues, aunque la Constitución colombiana posibilita el establecimiento de tratamientos diferenciado entre nacionales y extranjeros, ello no puede realizarse con base en un criterio de nacionalidad, pues constituye una categoría sospechosa de discriminación que solo puede admitirse de contar con razones suficientes para justificarse¹⁸.

Aunado a lo anterior, la Corte subrayó que el derecho a la salud debe hacerse extensivo a todas las personas que se encuentren bajo el control efectivo del Estado, independientemente de su condición migratoria¹⁹, y que comprende no sólo la atención de urgencia, sino también a atención en salud preventiva²⁰.

En sus consideraciones, la Corte también hizo referencia a las barreras fácticas que enfrentan las personas migrantes para lograr su regularización, entre ellas la dificultad para acceder a la documentación requerida y la imposibilidad tanto jurídica como material de establecer un domicilio en Colombia²¹.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-210/18, 1 de junio de 2018, Sección III Consideraciones, párr. 2.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 7.

¹⁶ *Ibidem*, párrs. 9 y 10.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 11.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 15.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 17.

²⁰ *Ibidem*, párr. 19.

²¹ *Ibidem*, párr. 31.

Por ende, determinó que el marco jurídico debía ser revisado de modo que pudiese facilitarse la regularización migratoria en el país, y a su vez, la afiliación al sistema de salud²².

Finalmente, la Corte subrayó que las personas migrantes con condición migratoria irregular en Colombia tienen derecho a recibir atención médica de urgencias cuando sea requerido, en tanto alcanzan su filiación al sistema nacional de salud²³, dado que la atención de urgencia es de cumplimiento inmediato²⁴. Bajo dichas consideraciones, otorgó la protección a ambas personas, al considerar que la atención que requerían debía serles otorgada sin tomar en cuenta su condición migratoria en el país.

Posteriormente, la Corte Constitucional resolvió la sentencia T-178/19 el 6 de mayo de 2019, en la que hizo un análisis sobre el derecho a la salud de personas nacidas en Colombia, hijos e hijas de personas migrantes y refugiadas. El caso surge de la negativa de inscripción de una persona menor de edad en el sistema de seguridad social debido a que sus padres no ostentaban la nacionalidad colombiana. En sus consideraciones, la Corte hizo referencia al contexto de migración venezolana hacia Colombia y las medidas adoptadas por el Estado tendientes a la regularización de dicha población en el país.

Asimismo, determinó que la accesibilidad a los servicios básicos de salud debe ser garantizada a todos los niños y niñas durante todo su crecimiento²⁵ y que una lectura armonizada de la Constitución colombiana lleva a concluir que toda persona tiene derecho a la atención en salud, sin importar su origen nacional²⁶.

La Corte reafirmó sus criterios previamente esgrimidos en torno a la universalidad y accesibilidad de los servicios de salud de urgencia, y determinó que los niños y las niñas tienen el derecho de acceder a los servicios de salud sin importar la condición migratoria de sus padres²⁷. Con base en dicho criterio, ordenó el registro de la persona menor de edad en el sistema de salud²⁸.

Otro de los ejemplos destacados se encuentra en México, donde en sentencia de 24 de mayo de 2018 el Juez Sexto de Distrito en el Estado de Chihuahua en México otorgó la protección a una persona migrante que tenía VIH/SIDA a la cual se le había denegado el tratamiento médico que necesitaba al considerar que no reunía los requisitos necesarios para obtener la filiación al sistema de salud mexicano.

En dicha sentencia, el juez determinó que el sistema jurídico mexicano propende a facilitar el acceso de las personas migrantes a la seguridad social, con independencia de su situación migratoria²⁹.

²² *Ibidem*, párr. 33.

²³ *Ibidem*, párr. 38.

²⁴ *Ibidem*, párr. 40.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-178/19, 6 de mayo de 2019, Sección II Consideraciones, párr. 13

²⁶ *Ibidem*, párr. 16.

²⁷ *Ibidem*, párr. 34.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-178/19, 6 de mayo de 2019, Sección III Decisión.

²⁹ Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Chihuahua, México, Amparo Indirecto 39/2018-VI-B, 24 de mayo de 2018, p.13-14.

Citando diversos tratados y convenios internacionales, el juez sostuvo que el Estado mexicano ostenta la obligación de garantizar el acceso a la seguridad social sin discriminación y que en tal sentido se ha posicionado frente a diversas instancias internacionales, en donde el Estado incluso ha afirmado que “los derechos fundamentales que no podrían ser restringidos son aquellos que los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran respecto de todos los trabajadores, incluidos los migrantes, independientemente de su situación regular o irregular”³⁰ y ha considerado a la seguridad social como parte esencial de ese núcleo de derechos fundamentales³¹.

En sintonía con lo anterior, el juez argumentó que bajo el principio de congruencia la única conclusión es la de reconocer que toda persona extranjera tiene derecho a ser inscrita ante un órgano de protección social en salud³².

En cuanto al derecho a la salud, la sentencia es específica en considerar que dicho derecho comprende un bienestar general integrado que incluye tanto aspectos internos como externos, entre los cuales se encuentran tanto la salud física de la persona como el estado de salud mental y emocional³³. Siendo así, el juzgador consideró que la condición migratoria de una persona no debe constituirse como el elemento determinante para el acceso a la atención eficiente de su salud, que tiene por objetivo garantizar el bienestar y preservar la vida de los seres humanos³⁴.

Bajo dichas consideraciones el juez concluyó que no debió privarse a la persona del servicio médico que requería³⁵ y ordenó habilitar de forma inmediata el servicio de salud en su favor³⁶, que se debe prestar de manera idónea y adecuada para tratar su condición médica, y durante el tiempo que permaneciera en el país.³⁷

Como se ha observado a lo largo de este texto, las sentencias de Colombia y México se han enfocado principalmente en el elemento de accesibilidad del derecho a la salud de las personas migrantes en la región.

La pandemia por el virus COVID-19 en la que actualmente nos encontramos inmersos no hace sino enfatizar la relevancia de que las y los jueces participen del diálogo judicial como jueces de derecho³⁸, generando un diálogo regional virtuoso en torno al derecho a la salud, de modo que su contenido y alcance vaya más allá del elemento de accesibilidad y los criterios jurisprudenciales puedan avanzar hacia pronunciamientos que también consideren los elementos de calidad y aceptabilidad, tan relevantes en los casos de personas migrantes en que las diferencias culturales y la carencia de información y de acceso a sistemas de apoyo son latentes.

³⁰ *Ibidem*, p. 22.

³¹ *Ibidem*, p. 22-23.

³² *Ibidem*, p. 26.

³³ *Ibidem*, p. 31.

³⁴ *Ibidem*, p. 33.

³⁵ *Ibidem*, p. 48.

³⁶ *Ibidem*, p. 53.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ Carlos Emilio Arenas Bátiz, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2011. Según dos perspectivas antagónicas: “internacionalistas” vs “soberanistas”*, 1ª edición, Monterrey, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2013, p. 151.

Aún más importante en el rol de jueces de derecho es la conceptualización de que las y los juzgadores actúan no solamente bajo la lógica del cumplimiento de un mandato constitucional o convencional que les ha sido conferido para proteger un derecho intrínsecamente vinculado con el goce y disfrute del derecho a la vida, sino que lo hacen como parte esencial de una labor que ejercen como personas, de contribuir socialmente a la edificación de medidas que permitan garantizar el acceso a las condiciones de vida digna, de modo que ese derecho a la vida sea un derecho vivo y efectivo de todas las personas migrantes sujetas a su jurisdicción.

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN LAS AMÉRICAS: AVANCES Y VACÍOS DE LA JURISPRUDENCIA EN LA REGIÓN

LUCÍA RAMÍREZ BOLÍVAR¹, ERIN FORMBY², RODRIGO UPRIMNY³

Introducción

La grave situación política, social y económica que atraviesa Venezuela, sumada a la emergencia humanitaria compleja, ha generado un éxodo masivo de personas venezolanas a toda la región⁴, quienes se ven obligadas a huir de su país en búsqueda de condiciones para sobrevivir. Entre quienes migran forzosamente están los niños, niñas y adolescentes (NNA), un grupo poblacional que requiere mayor protección.

Para ellos uno de los derechos más importantes que debe ser garantizado es el de la educación, herramienta fundamental para asegurar la igualdad de oportunidades y alcanzar el pleno desarrollo personal y comunitario. La educación potencia el desarrollo de habilidades para que los NNA se relacionen y desenvuelvan socialmente, así como la adquisición de conocimientos que les facilitan ejercer su ciudadanía⁵. Las instituciones educativas (IE) tienen el potencial de ser entornos protectores, pues ofrecen ambientes sanos y seguros, lo cual es particularmente importante en el caso de estudiantes en situación de vulnerabilidad como los NNA migrantes⁶.

La mayoría de los Estados de las Américas cuentan con marcos normativos que garantizan el derecho a la educación para todos los NNA independientemente de su origen nacional y estatus migratorio, disposiciones que son acordes con el DIDH. Esto ha facilitado su acceso al sistema educativo y ha limitado la litigiosidad de este derecho en la región. Sin embargo, varios organismos y tribunales nacionales han emitido decisiones que buscan avanzar en la protección de tres dimensiones del derecho a la educación: el acceso, la permanencia y la promoción⁷.

¹ Lucía Ramírez Bolívar es abogada especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Trabajo Social de la Universidad de Chicago. Coordinadora de investigaciones sobre Migración en el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia (lramirez@dejusticia.org).

² Erin Formby es abogada de la Universidad de Harvard y química de la Universidad de Texas en Austin. Se desempeñó como Fellow en el área internacional de Dejusticia, enfocándose en los temas de migración, cambio climático, y cierre de espacios cívicos (eformby@jd20.law.harvard.edu).

³ Rodrigo Uprimny es abogado, con maestría en sociología del desarrollo de la Universidad Paris I y doctorado en Economía de la Universidad Amiens. Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia y profesor visitante de varias universidades. Fue magistrado auxiliar y encargado de la Corte Constitucional y es conjuce de esa Corte y del Consejo de Estado. Socio fundador de Dejusticia, miembro de la Comisión Internacional de Juristas y del Comité DESC de Naciones Unidas.

⁴ Las personas venezolanas que han salido de su país superan los 5,6 millones. R4V.

⁵ Catalina Turbay Restrepo, *El derecho a la educación: desde el marco de la protección integral de los derechos de la niñez y de la política educativa*, Bogotá, D.C.: UNICEF Colombia, 2000.

⁶ Cream Wright, Changu Mannathoko y Maida Pasic, *Manual escuelas amigas de la infancia*, UNICEF, 2009.

⁷ Se entiende por promoción: 1) continuidad y validación de estudios en el país de origen; 2) certificaciones de estudios en el país receptor; 3) presentar exámenes de competencias estatales; y 4) acceder a programas de formación técnica y graduarse.

Este artículo presenta una mirada general de los estándares internacionales y regionales sobre la protección y garantía del derecho a la educación para los NNA migrantes, y establece cómo estos han orientado la jurisprudencia en la región. En particular, el artículo analiza decisiones judiciales que han eliminado barreras de acceso al sistema educativo y promovido algunos avances en la permanencia y promoción.

1. Estándares internacionales y regionales sobre la protección y garantía del derecho a la educación

El derecho a la educación ha sido reconocido por varios instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, los cuales incluyen a la población migrante y refugiada. La DUDH reconoce que toda persona tiene derecho a la educación gratuita, al menos en primaria y básica (art. 26). Estos lineamientos fueron ampliados en el artículo 13 del PIDESC que estableció para los Estados el compromiso de promover el acceso a todos los niveles educativos. La CDN establece que los NNA requieren de una protección y cuidados especiales. En su artículo 28, establece que los Estados deben promover la educación primaria y secundaria gratuita, así como adelantar esfuerzos para que la enseñanza superior sea accesible para todas las personas.

Las medidas adoptadas para garantizar los derechos de los NNA, incluyendo la política educativa, deben regirse por los principios del interés superior, igualdad y no discriminación, los cuales prevalecen por encima del origen nacional y el estatus migratorio.

A nivel regional, la DADDH reconoce el derecho a la educación para todas las personas (art. XII). Por su parte, el Protocolo de San Salvador replica las disposiciones del PIDESC e insta al establecimiento de programas de enseñanza diferenciada para las personas con capacidades diferenciadas (art. 13). En 2001, los Estados parte de la OEA se comprometieron a través de la Carta Democrática Interamericana a promover “una educación de calidad [que] esté al alcance de todos” (art. 16).

Las normas internacionales y regionales establecen que la educación debe ser garantizada sin discriminación alguna por motivos de [...] origen nacional”, principio establecido en el PIDESC y el Protocolo de San Salvador. En particular, varios instrumentos internacionales han incluido disposiciones relacionadas con el derecho a la educación de los NNA migrantes.

El artículo 22 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados establece que los Estados concederán a los refugiados el trato más favorable “respecto al acceso a los estudios, el reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas”. La CIPTMF establece que el acceso de NNA a las IE públicas se deberá garantizar en condiciones de igualdad y no podrá negarse por su estatus migratorio o el de sus padres (arts. 30, 43 y 45).

La necesidad de garantizar el derecho a la educación para los NNA migrantes ha sido respaldada también por el Comité DESC, el Comité contra la Discriminación Racial⁸ y el Comité de Trabajadores Migratorios⁹. En particular, el Comité DESC, en la Observación General N.º 20, afirmó que “todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible”.

El Comité señaló “que el acceso a la educación y al empleo son vías importantes de integración en el país de acogida y reducen la dependencia de los refugiados o migrantes del apoyo público o las organizaciones benéficas privadas”.

La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016 enfatiza que la educación para los NNA migrantes debe ser accesible dentro de unos meses después de llegar al país de acogida. Por su parte, el Pacto Mundial sobre Migración de 2018 reconoce la necesidad de promover una educación inclusiva y equitativa en programas tanto formales como informales, mientras que el Pacto Mundial sobre Refugiados de 2018 insiste en la necesidad de contar con recursos para los sistemas educativos y propone soluciones alternativas, como mejorar la infraestructura, impartir clases virtuales y promover la capacitación vocacional, así como facilitar el reconocimiento de documentos y cualificaciones de los estudiantes.

La CIDH destacó en un informe¹⁰ la necesidad de adaptabilidad de la educación para los NNA migrantes, afirmando que “la educación ha de ... responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”¹¹.

Del análisis de la normatividad internacional y regional, se concluye que los Estados deben garantizar los derechos de los NNA que se encuentren bajo su jurisdicción sin discriminación alguna, y las medidas que tomen deben estar guiadas por el principio del interés superior del niño y de la niña.

Dado que el derecho a la educación es uno de los más importantes durante la infancia y la adolescencia, se deben tomar medidas para garantizar el acceso, la permanencia y la promoción de NNA migrantes en el sistema educativo, independientemente de su origen nacional o estatus migratorio o el de sus padres.

⁸ Comité contra la Discriminación Racial de la ONU. Recomendación general N.º 30 sobre la discriminación de los no ciudadanos, 65 período de sesiones, 2004.

⁹ Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU. Observación general N.º 1 sobre trabajadores migrantes domésticos. CMW/C/GC/1 y Observación general N.º 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares CMW/C/GC/2, 23 de febrero de 2011 y 28 de agosto de 2013 respectivamente.

¹⁰ CIDH, Migración Forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 150/19, 2019.

¹¹ *Ibidem*, párr. 321.

2. Jurisprudencia sobre el derecho a la educación de NNA migrantes en las Américas

Aunque algunas instancias judiciales del continente han avanzado en la protección y garantía de los DESC de las personas migrantes y refugiadas, la jurisprudencia relativa al derecho a la educación de los NNA migrantes no ha sido muy amplia.

Esto se debe en parte a que un gran número de países receptores en la región garantizan este derecho en sus marcos normativos. Este es el caso de Argentina¹², Colombia¹³, Ecuador¹⁴, México¹⁵ y Brasil¹⁶, en donde se reconoce el derecho a la educación de los NNA migrantes independientemente de su estatus migratorio.

Sin embargo, el derecho a la educación para NNA en situación irregular no es reconocido en todos los países de la región o bien suele encontrar barreras para el acceso, la promoción y la permanencia en el sistema educativo¹⁷. El litigio se ha convertido en una herramienta para superar estas barreras, logrando avances en el acceso a la educación, aunque todavía existen vacíos de protección, principalmente en la permanencia y la promoción. A continuación presentamos los avances jurisprudenciales por cada aspecto del derecho a la educación.

Acceso al sistema educativo: avances jurisprudenciales

Algunos Estados como Estados Unidos y Canadá no reconocen el derecho a la educación de NNA migrantes en sus marcos normativos, lo que en el caso de Estados Unidos abrió una oportunidad para que la rama judicial jugara un papel en garantizar este derecho para todos los NNA. En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (SCOTUS, por sus siglas en inglés) de Plyler v. Doe, se estableció el acceso gratuito a la educación pública primaria para todos los NNA independientemente de su estatus migratorio¹⁸. Desde entonces, el 90% de los NNA migrantes sin estatus migratorio regular entre 3 y 17 años se han matriculado en el sistema educativo estadounidense¹⁹.

La sentencia ha sido criticada porque no establece el derecho a la educación como un derecho fundamental, lo que la pone en riesgo de ser desafiada y retirada en el futuro²⁰. El salvamento de voto del magistrado Marshall indicó que negar el acceso a la educación a NNA no puede ser compatible con la Cláusula de la Igualdad de la Enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos, análisis que concuerda con el DIDH.

¹² Artículo 6 de la Ley N.º 25.871 de Argentina.

¹³ Colombia garantiza la educación en los niveles de preescolar, básica y media a través del acceso a las IE a todos los NNA, independientemente de su origen nacional o estatus migratorio. COLOMBIA, Migración Colombia y Ministerio de Educación Nacional, Circular Conjunta 016 del 10 de abril de 2018, “Instructivo para la atención de niños, niñas, y adolescentes procedentes de Venezuela en los establecimientos educativos colombianos”.

¹⁴ La educación para NNA migrantes está garantizado en la Constitución de 2018, la Ley Orgánica de Educación Intercultural, el Código de la Niñez y Adolescencia y en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

¹⁵ El artículo 8 de La Ley de Migración señala que los migrantes pueden acceder a los servicios educativos independientemente de su situación migratoria”.

¹⁶ El artículo 3 de la Ley N.º 13445 de 2017 garantiza el acceso gratuito de migrantes a los servicios sociales, incluyendo la educación.

¹⁷ Florencia Saffirio y Paula Klenner, Resumen Ejecutivo: Análisis y recomendaciones para la modificación y desarrollo de marcos normativos y políticas nacionales que garanticen el acceso y la inclusión educativa de personas en situación de movilidad (Santiago: UNESCO, 2020), p. 3.

¹⁸ Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 230 (1982).

¹⁹ Migration Policy Institute, Profile of the Unauthorized Population - US, Migration Policy Institute.

²⁰ Dan Soleimani, “Plyler in Peril: Why the Supreme Court’s Decision in Plyler v. Doe Is at Risk of Being Reversed—and What Congress Should Do About It,” 25 *Georgetown Immigration Law Journal*, (2010): 195–207.

Asimismo, algunas instancias judiciales han intervenido en casos donde no se ha garantizado el derecho a la educación a pesar de estar reconocido en su normativa. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia tuteló el derecho a la educación de un niño a quien le fue negado el acceso a una institución educativa estatal por no contar con un estatus migratorio regular²¹. Aunque la Corte falló favorablemente reconociendo el carácter fundamental del derecho a la educación de todos los NNA, exigió a los padres que cumplieran con los trámites para regularizar su situación migratoria.

Sin embargo, en 2018 el Ministerio de Educación colombiano expidió la Circular 016 que establece que se debe garantizar el acceso a la educación de los NNA migrantes independiente del estatus migratorio con lo que se superó la exigencia de regularizar la situación migratoria.

El Tribunal Supremo Federal de Brasil también se pronunció para proteger el derecho a la educación de los NNA migrantes²². Analizó una medida del gobierno del estado de Roraima que exigía pasaporte válido para acceder a servicios, efectivamente restringiendo el acceso de los NNA venezolanos a la educación. Aunque la juez destacó que la norma podría ser un reto para la garantía de los derechos de las personas migrantes y refugiadas, su decisión de suspenderla temporalmente no se basó en la necesidad de proteger los derechos fundamentales de este grupo. Sin embargo, por suspender la norma, el fallo protegió el acceso a la educación para los NNA migrantes, sobre todo los que no cuentan con pasaporte.

Promoción y permanencia: vacíos de la protección del derecho a la educación

A pesar de los avances en el acceso a la educación de NNA migrantes, todavía existen retos para garantizar su promoción y permanencia²³. Por ejemplo, la falta de universalidad en la entrega de servicios complementarios, como alimentación escolar, transporte, y la provisión de material educativo, ha impedido que muchos permanezcan en el sistema educativo²⁴. A pesar de esa situación, existe poca jurisprudencia de la región enfocada en mejorar estos aspectos.

La SCOTUS falló en 2020 a favor de mantener la política de Acción Diferida para los llegados en la infancia (DACA, por sus siglas en inglés), facilitando su permanencia y promoción en el sistema educativo estadounidense²⁵. DACA fue adoptada en 2012 evitando la deportación de jóvenes migrantes que no contaban con un estatus migratorio regular, que llegaron al país antes de junio de 2007 y que fueran menores de 16 años. Los beneficiarios obtienen permisos de trabajo por 2 años.

²¹ Corte Constitucional, septiembre 23, 2013, Sentencia T-600/13, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente T-3914407, Colombia.

²² Supremo Tribunal Federal, N.º 0069076-95.2018.1.00.0000, ACO 3121 / RR - Roraima, Relator: Rosa Weber, 09.08.2018.

²³ Safirrio, Resumen Ejecutivo: Análisis y recomendaciones, 3.

²⁴ Silvia Ruiz Mancera, Lucía Ramírez Bolívar y Valentina Roza Ángel, Acceso, promoción y permanencia de niños, niñas y adolescentes migrantes en el sistema educativo colombiano: Avances, retos y recomendaciones (Bogotá D.C.: Dejusticia, 2020).

²⁵ Dep't of Homeland Sec. v. Regents of the Univ. of California, 140 S. Ct. 1891, 1916, 2020.

Esta política fortalece la promoción y permanencia en el sistema educativo, pues los jóvenes migrantes pueden entrar legalmente al mercado laboral, lo que los incentiva a terminar sus estudios. Para 2017 casi 125.000 adolescentes beneficiarios de DACA estaban matriculados en instituciones de educación superior y 27.500 había obtenido un título universitario²⁶.

La administración de Trump intentó terminar con el programa, argumentando que la administración de Obama carecía de autoridad jurídica para crearlo. La SCOTUS indicó que la terminación del programa fue arbitraria y caprichosa. Sin embargo, no estuvo de acuerdo con el argumento de los demandantes según el cual el programa había sido cancelado por razones de odio hacia personas migrantes, lo que violaba el derecho a la igualdad.

Los fallos de instancias latinoamericanas protegiendo otros DESC de las personas migrantes y refugiadas, como la salud, el empleo y la vivienda, también han servido para fortalecer la permanencia de los NNA migrantes en los sistemas educativos. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia tuteló los derechos de cinco NNA sin estatus migratorio regular, ordenando la entrega de los servicios médicos que requieren para tratar sus patologías²⁷. Al garantizar este derecho se promueve su permanencia en el sistema educativo, pues es más difícil continuar sus estudios si no cuentan con un buen estado de salud.

Aunque no hay muchas sentencias en la región sobre la promoción y permanencia en los sistemas educativos, la Corte Constitucional de Colombia actualmente está estudiando dos tutelas con respeto a estos temas: una, sobre la falta de reconocimiento de un título de bachiller de un adolescente venezolano en situación irregular, situación que le ha impedido acceder a la educación superior²⁸, y otra, sobre la negativa de acceso de un estudiante sin estatus migratorio regular a un programa técnico del Servicio Nacional de Aprendizaje²⁹.

Se espera que las sentencias sean favorables para la protección del derecho a la educación de los NNA migrantes en Colombia.

²⁶ Jie Zong, Ariel G. Ruiz Soto, Jeanne Batalova, Julia Gelatt, y Randy Capps, *A Profile of Current DACA Recipients by Education, Industry, and Occupation*, Washington, D.C.: Migration Policy Institute, 2017, p. 4.

²⁷ Corte Constitucional, septiembre 7, 2020, Sentencia T-390/20, MP: Cristina Pardo Schlesinger, expedientes T-7.525.716, T- 7.565.490, T- 7.549.934, T- 7.564.976 y T-7.646.424, Colombia.

²⁸ Corte Constitucional, MP: Paola Andrea Meneses Mosquera, expediente T-8052734, Colombia.

²⁹ Corte Constitucional, MP: Alejandro Linares Cantillo, expediente T-8062100, Colombia.

Conclusiones

La educación es un derecho fundamental para los NNA, independiente de su origen nacional y estatus migratorio. Además de ser determinante para desarrollar habilidades para desenvolverse individual y socialmente, las IE tienen el potencial de ser entornos protectores para mitigar los impactos negativos del proceso migratorio, promover la garantía de otros derechos y facilitar la integración de NNA migrantes en la comunidad receptora.

A pesar de los importantes avances en la garantía del acceso al sistema educativo en la región para NNA migrantes, los Estados deben seguir combatiendo las barreras y los retos que existen sobre todo con respecto a la permanencia y la promoción en el sistema educativo.

Pronunciamientos como el Tribunal Federal de Brasil sobre una norma que impidió el acceso de los NNA migrantes a la educación y el de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos sobre DACA son ejemplos del papel clave que juegan las altas cortes en el avance de la garantía del derecho a la educación y del fortalecimiento de las políticas del orden nacional. Es clave que se sigan identificando casos que permitan ampliar el alcance de este derecho para las poblaciones más vulnerables, como los NNA que se han visto obligados a migrar forzosamente.

PROTECCIÓN DE PERSONAS LGBTI EN CONTEXTOS DE MOVILIDAD HUMANA

GABRIELA RICHARD RODRÍGUEZ¹

Las personas con orientación sexual o identidad de género diversas (SOGI), han sido identificadas como un grupo de población que en muchos países del mundo sufren graves violaciones de sus derechos humanos, ya sea por las diversas manifestaciones de violencia contra esta población, así como por legislaciones internas de países que las criminalizan. Se han hecho varios esfuerzos para conceptualizar de manera correcta a las personas LGTBI e incluir a los diferentes grupos que existen; así como definir la orientación sexual y la identidad de género, para tener un abordaje integral en el trabajo con estas poblaciones.

Las Directrices del ACNUR definen la orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. La identidad de género se refiere a “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento...”. El acrónimo orientación sexual e identidad de género (SOGI) representa estos dos ejes de identidad cuando se abordan en conjunto como un solo tema. El término colectivo personas con orientación sexual o identidad de género diversas (SOGI diversas) se refiere a los amplios grupos de individuos analizados bajo el tema de SOGI ².

Las personas LGTBI suelen enfrentarse a grandes dificultades para vivir plenamente sus derechos y disfrutar su orientación sexual e identidad de género. La violencia, abuso, agresiones, así como las diferentes formas de discriminación que viven en muchas partes del mundo hacen que necesiten huir de sus países de origen buscando protección internacional.

La jurisprudencia internacional y regional, así como la doctrina legal afirman que está prohibida la discriminación a causa de la orientación sexual de una persona. Las medidas discriminatorias se podrían aplicar por ley y/o mediante la práctica social, y podrían tener una serie de resultados perjudiciales. La discriminación se puede equiparar a persecución cuando esas medidas, de manera individual o acumulativa, tienen consecuencias de naturaleza sustancialmente perjudiciales para la persona afectada³.

¹ Jueza del Tribunal Administrativo Migratorio de Costa Rica.

² ACNUR; Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas: Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex; 2015, p. 8.

³ ACNUR; Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género; 2008, p. 9.

Las personas que forman parte de los procesos para determinación de la condición de refugiado (RSD), entre ellos oficiales de elegibilidad, así como personal técnico, jueces y juezas tomadores de decisión encargados del análisis de las solicitudes de asilo basadas en SOGI, deben tener las herramientas y recursos suficientes para realizar un estudio y análisis de los casos de manera integral, tomando en cuenta las características de las personas LGTBI y la información del país de origen de estas poblaciones, teniendo un contexto social, político y de legislación interna que pueda colocarlas en condición de riesgo, situaciones de vulnerabilidad; así como violaciones de derechos humanos que no les permita gozar de manera plena su identidad de género y orientación sexual criminalizándolas. Los sistemas de asilo deben contar con procedimientos que garanticen eficiencia y que respeten en todas las etapas la dignidad de las personas LGTBI evitando la revictimización, así como el acceso efectivo a la justicia.

La orientación sexual es una parte fundamental de la identidad humana, como lo son los cinco motivos que constituyen la base de la definición de refugiado: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política. Las solicitudes relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género son reconocidas en la Convención de 1951 principalmente en el motivo de pertenencia a un determinado grupo social, pero también pueden estar vinculadas a otros motivos, en particular, la opinión política y la religión⁴. Aunque la libertad de orientación sexual no se reconoce explícitamente como un derecho humano internacional, ahora está bien establecido que las personas LGBT tienen derecho a todos los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás.

El Preámbulo de la Convención de 1951 reitera el principio “...de que los seres humanos, sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales”. El principio de no discriminación también está consagrado en los artículos 2(1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 2 (2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵.

Experiencia del Tribunal Administrativo Migratorio (TAM) en Costa Rica en casos de personas LGBT

El TAM se creó por medio la Ley General de Migración y Extranjería N.º 8764, del 19 de agosto de 2009. El TAM tiene como fin conocer los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones finales de la Dirección General de Migración y Extranjería, en materia migratoria y medidas cautelares, así como las resoluciones finales de la Comisión de Visas Restringidas y Refugio, en materia de refugio, velando porque las actuaciones de dichos órganos, se ajusten al ordenamiento jurídico, garantizando la legalidad, eficiencia, eficacia y seguridad jurídica, de los actos que afecten los derechos de las personas migrantes y refugiadas y que se someten a su conocimiento⁶.

⁴ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional N.º 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, 2012; p. 7.

⁵ Íbidem, p. 7

⁶ Disponible en: <http://www.tribunalmigratorio.go.cr/quienes-somos.html>

En el caso de Costa Rica, la Ley N.º 8764, incorpora el género como sexto motivo de persecución⁷; lo que representa un gran avance en la legislación costarricense, ya que visibiliza las necesidades de protección de muchas personas LGTBI creando un motivo específico para ellas.

Desde el 2015, Costa Rica presentó un aumento significativo de casos de solicitantes de asilo de personas provenientes de El Salvador y Honduras, debido a la violencia generada por grupos criminales como maras y pandillas, así como de agentes persecutores que forman parte de autoridades del Estado.

En la resolución N.º 464-2018-TAM, mayo de 2018, relacionada a una persona recurrente hondureña, el Tribunal resolvió declarar con lugar por unanimidad el recurso de apelación presentado, otorgándole la protección internacional. La persona recurrente manifestó en las diferentes etapas RSD que presencié un asesinato en Honduras, que debido a esta situación recibió amenazas, no logrando identificar a un agente persecutor específico. Lo relevante del caso fue que la persona manifestó que era homosexual y que sufrió discriminación por parte de su familia desde que era niño, que tuvo que abandonar su familia a los 12 años debido a la discriminación y maltrato que recibía especialmente de su padre. En la audiencia realizada por parte del Tribunal, se obtuvo prueba importante para mejor resolver, y como hecho nuevo, la persona recurrente aportó una certificación médica de un hospital público en Costa Rica, la cual indicaba que era VIH positivo.

El Tribunal resolvió que la persona recurrente era refugiada *sur place*, debido al análisis de información de país origen, en la cual se determinó que las personas con VIH positivo en Honduras tienen un limitado acceso al tratamiento de retrovirales y sufren graves violaciones de derechos humanos poniendo en riesgo sus vidas. El Tribunal tomó en consideración que si bien el tratamiento de VIH es provisto en Honduras por 37 Centros de Asistencia Integral (CAI), existen deficiencias importantes, como la falta de experticia y capacitación sobre VIH del personal de salud. Algunos CAI no cuentan con los últimos tratamientos antirretroviral para fases complejas de la enfermedad. El Tribunal analizó información de visitas *in loco* de jueces a Honduras, en donde se pudo observar que los CAI se encuentran en zonas donde operan las maras, lo que hace difícil y estigmatizado el acceso para las personas LGBT, lo que haría para el recurrente más complejo su acceso y generando en esta instancia una duda razonable sobre el acceso al derecho efectivo a la salud⁸.

El Tribunal consideró en el caso en concreto que la condición que sobreviene al ser VIH positivo al encontrarse fuera de su país lo deja en una situación vulnerable, convirtiéndose en una persona desplazada *sur place* y por ende, en una persona refugiada ya que estaría en un peligro inminente al regresar a su país, debido a la alta duda razonable de que el derecho a su salud y por ende, a su vida, pueda tener una protección ineficaz del Estado, o bien que el acceso se limite por agentes externos, como las maras.

⁷ Artículo 106 de la Ley N.º 8764.

⁸ Costa Rica, Tribunal Administrativo Migratorio, Expediente 17-0505-TAM, Resolución N.º 464-2018-TAM, mayo, 2018.

En la resolución N.º 847-2019-TAM, el Tribunal resuelve por unanimidad declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente, reconociéndole el estatuto de refugio a una persona transgénero salvadoreña quien manifestó que era pareja de un miembro de la Pandilla 18, sin tener conocimiento en ese momento, que su exnovio pertenecía a la pandilla. El exnovio comenzó a amenazarla por negarse a seguir siendo su pareja y se desataron una serie de hechos de persecución en su contra por varios miembros de la Pandilla 18; asimismo fue objeto de reclutamiento forzado, ya que querían que ingresara a la pandilla para que se prostituyera y vendiera droga en una zona fronteriza.

El Tribunal analizó la información de país de origen de la persona recurrente, identificando el riesgo que podría sufrir a futuro si regresaba. Observó que, de acuerdo con Comunicando y Capacitando a Mujeres Trans, al menos 23 homicidios habían sido cometidos entre enero y septiembre de 2017, mientras que la Fiscalía General de la República solo registraba 5 casos en el primer semestre. La PDDH observaba en su informe que de 19 asesinatos de mujeres trans entre 2009 y 2017, todos estaban en fase de investigación, por lo que existe una alta impunidad en casos de muertes de población LGBT, una falta de registro sobre casos que han llegado a juicio y condenas, así como la revictimización de las personas. En 9 años, la PPDH suma 79 denuncias de personas LGBT contra autoridades⁹.

En ambas resoluciones **descritas** se resuelve declarar con lugar los recursos de apelación tomando en cuenta el perfil de las personas recurrentes; ya que la caracterización de los perfiles de las personas solicitantes de asilo es esencial para identificar los riesgos que tienen en sus países de origen. Investigar y analizar la capacidad de los Estados de origen en brindar protección y acceso a la justicia a las víctimas es esencial para resolver los casos, asimismo la identificación de los agentes persecutores ya sean estatales, no estatales, o ambos.

Los dos países de origen de las resoluciones, Honduras y El Salvador, han reconocido el desplazamiento forzado interno. En el caso de Honduras, en el año 2013 se creó la Comisión Interinstitucional para la Protección de las personas desplazadas por violencia a través de Decreto Ejecutivo 053-20131; sin embargo, no ha sido aprobado un proyecto de ley especializada. En el caso de El Salvador, el 9 de enero de 2020 la Asamblea Nacional aprobó la Ley especial para la atención y protección integral de personas en condición de desplazamiento forzado interno; sin embargo, estos esfuerzos no han generado una disminución en el desplazamiento forzado ni en solicitudes de asilo de las personas que provienen de estos países.

El ACNUR ha mencionado que la violencia de pandillas, la persecución y las violaciones a derechos humanos han ocasionado un aumento en un 107% a junio de 2019 en comparación con 2016 y un 1700% en comparación con 2012 de personas del Norte de América Central (alrededor de 387.000 personas) que no han tenido otra alternativa más que huir cruzando una frontera internacional¹⁰.

⁹ Procuraduría para la Defensa de Derechos Humanos, Primer Informe situacional sobre crímenes de odio cometidos en contra de la población LGBTI, San Salvador, 2 de marzo de 2017.

¹⁰ ACNUR, OEA, II Informe Anual del Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones (MIRPS) 2019; MIRPS; 2019; p.8

Algunos países de origen de las personas solicitantes de asilo cuentan con un marco jurídico que contempla la protección a los derechos de las personas LGTBI, sin embargo, se debe analizar si son aplicadas de manera efectiva para la protección de las personas y si son coherentes con los instrumentos internacionales ratificados.

La CIDH ha identificado desafíos para el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT observadas en la región, como la persistencia de la violencia en su contra, la criminalización en varios Estados; la reciente adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias al principio de igualdad y no discriminación; campañas e iniciativas de desinformación con estigmas y estereotipos, como aquellas autodenominadas en contra de la “ideología de género”; y el avance de grupos y movimientos contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, en la sociedad y a nivel de los Poderes estatales ¹¹.

En la resolución **N.º 481-2019-TAM**, el Tribunal resuelve por mayoría declarar sin lugar el recurso de apelación de una persona beliceña que alegó sufrir discriminación desde la infancia por ser homosexual, ya que Belice es uno de los países más homofóbicos en donde se ha criminalizado la homosexualidad desde hace muchos años con penas de cárcel. La persona recurrente fue despedida de su trabajo por su orientación sexual, tampoco pudo terminar la secundaria, ya que tuvo que cambiarse varias veces de centro académico por agresiones de sus compañeros, indicó también que varias veces denunció los hechos de agresión a la policía sin obtener ningún tipo de apoyo por parte de las autoridades. El hecho detonante para tomar la decisión de salir de su país buscando protección, fue que un grupo de personas lo agredieron en su carro quebrándole el parabrisas y agrediéndolo físicamente, comenzó a recibir amenazas escritas de notas que le dejaban fuera de su casa que decían: “BUN FYAH BURN FIRE”, “CHICHIMAN GO DEAD FAR” y “GO DEAD FAR”. El Tribunal por mayoría indicó que no se pudo acreditar la persecución y amenazas en su contra.

En esta ocasión no estuve de acuerdo con la decisión, emitiendo un voto de minoría. Según la información de país de origen, en Belice se ha criminalizado históricamente a la población LGTBI, a pesar de que en el 2016 la Corte Suprema declaró inconstitucional el artículo 53 del Código Penal de Belice que establecía 7 años de cárcel a toda persona que cometa o intente cometer un “acto de indecencia grave con una persona del mismo sexo”, en público o en privado existen grandes desafíos para el goce efectivo de los derechos de la población LGBTI. La persona recurrente salió de Belice a solicitar asilo en Costa Rica en el mismo año que se dio este cambio normativo, es decir, el país no contaba con un marco jurídico robusto para garantizar la protección efectiva.

Expuse la necesidad de rescatar el agravio sobre los hechos de discriminación consecutivos que pueden transformarse en una persecución. De acuerdo con las Directrices del ACNUR, “las personas LGBT pueden ser sometidas por las autoridades del Estado, sus familias o sus comunidades a abuso físico, sexual y verbal y a discriminación, por ser quienes son o por lo que se les percibe ser.

¹¹ CIDH; Reconocimiento de Derechos de Personas LGTBI: Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas; OAS; 2018; p. 123.

Esto puede ser debido a las normas culturales y sociales prevalecientes, que se traducen en intolerancia y prejuicios, o a las leyes nacionales, que reflejan estas actitudes”¹². Consideré que existía un riesgo a futuro por parte del recurrente de regresar a su país de origen, donde se podrían violentar sus derechos a la identidad, integridad personal e incluso la vida.

En este caso efectivamente existe un nexo causal entre la persecución con el motivo de “pertenencia a determinado grupo social”. Finalmente, expresé que un cambio normativo no necesariamente implica que la visión de la sociedad vaya a cambiar de forma inmediata, por lo que la discriminación, violencia y amenazas que ha sufrido a través de varios años acreditan la persecución sufrida, así como su necesidad de abandonar su país por pertenecer a un grupo social determinado que requiere protección”.

Las personas solicitantes de asilo basadas en SOGI siguen presentando grandes violaciones a sus derechos humanos por su orientación sexual y de género, viviendo manifestaciones de discriminación e intolerancia, irrespeto a su integridad personal, en donde algunos Estados les criminalizan o en algunos casos no les brindan una protección efectiva para que puedan vivir de manera plena sintiéndose seguras y que su vida no corra peligro.

En este sentido, de enero de 2014 a junio de 2019 se registraron 1292 homicidios de personas LGTBI en Colombia, México, Honduras, Perú, El Salvador, República Dominicana, Guatemala, Paraguay y Bolivia. Se registraron más homicidios en Colombia (542); seguido de México (402) y Honduras (164). En este aspecto Honduras tiene la tasa más alta de muertes violentas, seguido de Colombia y El Salvador¹³.

La capacitación centrada en SOGI para quienes resuelven casos sigue siendo un gran desafío, ya que en muchos casos las personas que trabajan como oficiales de elegibilidad, comisionados, jueces, entre otros, cambian constantemente, afectando los procedimientos por falta de conocimiento en el análisis y resolución de los casos. El acceso a procedimientos justos y eficaces es esencial para los países de acogida, brindando información de cómo solicitar asilo y de los procedimientos sin discriminación o estigmatización de ningún tipo.

Los jueces y juezas deben analizar y resolver los casos dejando de lado cualquier tipo de prejuicios y discriminación hacia las personas LGTBI sin que afecten las decisiones de los casos, tomando en cuenta las normas y estándares de derechos humanos. En este sentido, es fundamental recordar una herramienta clave para los operadores de justicia, que es el Principio de Yogyakarta 23, en donde se reconocen el derecho a la no devolución y a procurar asilo y a recibirlo en cualquier país por persecución relacionada con la orientación sexual o identidad de género, principio que es una herramienta clave para los operadores de justicia.

¹² Ídem.

¹³ Sin Violencia LGBT; El prejuicio no conoce fronteras. “Homicidios de lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en países de América Latina y el Caribe 2014–2019”; AltaVoz Editores; Colombia; 2019; p. 23.

PROTECCIÓN DE MUJERES EN CONTEXTOS DE MOVILIDAD HUMANA

LORENA CANO¹

Es común escuchar en diferentes espacios que los análisis de casos de mujeres deben de realizarse con una “perspectiva de género”, pero en pocas ocasiones sabemos en qué se traduce. Este artículo explora de manera breve la propuesta de protección que debe tenerse en cuenta en casos de mujeres en contextos de movilidad, con una mirada de precedentes en la región que han sido muy escasos pero determinantes como guía para identificar los pasos más elementales, recogiendo algunos estándares internacionales, para luego realizar un punteo de reformas relevantes en México para la protección de derechos de las mujeres migrantes y finalizar con algunas conclusiones.

Previo a realizar el análisis, es importante destacar que la primera condicionante que encontramos en los diferentes países es el tema de la nacionalidad misma y/o o situación migratoria de las mujeres para reconocer y hacer valer sus derechos. Condicionantes discriminatorios que al menos en la regulación (Constituciones Políticas) han sido superadas, pero que en la práctica continúan siendo las principales barreras. En México, por ejemplo, en algunos registros civiles, se sigue condicionando el registro de nacimiento de niños y niñas que han nacido en territorio mexicano, si la madre no presenta documentos de regular estancia y de identidad apostillados o legalizados².

Precedentes y algunos estándares internacionales

La judicialización de casos, en un análisis comparativo realizado con otros países de la región, la escasez de precedentes que reflejen avances muy emblemáticos en la aplicación de perspectiva de género para juzgar casos de mujeres migrantes no es diferente. Por ejemplo, en Costa Rica el análisis efectuado en un caso en apelación de una mujer solicitante de asilo de origen hondureño que no fue reconocida como refugiada, el tribunal de alzada realiza, además del análisis jurídico de procedibilidad del caso, el análisis de la situación de país de origen respecto de los derechos de las mujeres, enjuiciamiento y efectividad en los procesos cometidos en contra de ellas con una perspectiva de género, para llegar a la determinación que de volver a su país de origen, no podría recibir una tutela efectiva de su gobierno y correría riesgo su vida, libertad o seguridad por persecución de su agresor, esposo quien la violentó en repetidas ocasiones, causando la muerte de su madre y hostigándola desde la prisión durante años³.

¹ Coordinadora Jurídica del Instituto para las Mujeres en la Migración (IMUMI).

² IMUMI cuenta con casos documentados de mujeres migrantes que han tenido que realizar muchas más gestiones que una mujer mexicana para poder registrar el nacimiento de sus hijos en México requiriendo contar con asistencia jurídica (abogada).

³ Tribunal Administrativo Migratorio, Resolución 497-2018-TAM, 23 de mayo del 2018, Costa Rica.

*Las medidas de prevención deben tener una perspectiva de género, considerando todos los factores de riesgo, así como el patrón de discriminación histórica y subordinación que aún afecta de forma negativa a las mujeres, y tener como objetivo no sólo su igualdad, pero también su empoderamiento y autonomía. La participación de las mujeres en el diseño de legislación, políticas y servicios es fundamental para su eficacia.**

Los jueces en este asunto, reconocen un llamamiento que realiza la CIDH⁴ a los Estados, en relación al asesinato de mujeres en la región como un problema relacionado fuertemente con actos de violencia física, psicológica, y sexual contra las mujeres:

[...]

La CIDH resalta que hay múltiples factores estructurales que promueven la repetición de asesinatos contra las mujeres. El machismo, el patriarcalismo y los estereotipos sexistas siguen incrementando la situación de riesgo de las mujeres. Además, la discriminación histórica engranada en el tejido social a través de las Américas impide el completo ejercicio de todos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y limita la autonomía de las mujeres en ámbitos como la salud sexual y reproductiva. Existe asimismo una tolerancia social a la violencia contra las mujeres en todas sus dimensiones (física, psicológica, sexual y económica y otras) y la gran mayoría de estos actos continúan permaneciendo impunes, sin una respuesta oportuna y seria de parte de las autoridades policiales y judiciales.

[...]

La CIDH expresa a su vez preocupación por la naturaleza interseccional del riesgo que viven las mujeres. Variables como la etnia, la raza, la edad, la orientación sexual e identidad de género, situaciones de discapacidad o el hecho de ser migrante pueden incrementar el riesgo de una mujer a ser asesinada y victimizada.

En casos de mujeres solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiadas⁵, vale la pena destacar la existencia de la Directriz del ACNUR sobre persecución por motivos de género⁶ en la que se mencionan algunos delitos/actos/legislaciones que se relacionan directamente con formas de violencia de género, como la violación, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica, la trata de personas, el aborto provocado y la esterilización forzada, que son constitutivas de fundados temores de ser perseguidas por agentes estatales o particulares.

* Tribunal Administrativo Migratorio, Resolución 497-2018-TAM, 23 de mayo del 2018, Costa Rica.

⁴ CIDH, CIDH condena asesinatos de mujeres y urge a Estados a intensificar esfuerzos de prevención, 16 de mayo de 2017.

⁵ Para saber quién es una persona refugiada visitar <https://help.unhcr.org/mexico/quien-es-una-persona-refugiada/>

⁶ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, 7 de mayo de 2002.

En el tema de discriminación, también puede generarse lesión tal a los derechos, por ejemplo, si se limita gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios educativos asequibles para otras personas, se constituye motivo de protección internacional bajo la figura del asilo internacional.

En el caso de México, IMUMI litigó un caso de orden familiar de una mujer que fue víctima de trata residente en EUA. Pretendía iniciar una demanda de custodia a favor de su hija por conducto de sus padres, abuelos de la niña, que fue desechada en razón de su domicilio por incompetencia, siendo el lugar donde residía la niña en Tlaxcala con la familia del tratante de la víctima, lugar conocido por ser uno de los estados con mayor índice delincencial de trata en México.

En este asunto, los magistrados de alzada decidieron revocar la sentencia de primera instancia reconociendo los factores que limitaban el acceso a la justicia de la madre y la inseguridad y desprotección en la que se incurría en caso de enviar a juicio en Tlaxcala el asunto, tomando como base el interés superior de la niña y la situación de la madre como víctima de trata para radicar el asunto para su estudio en la Ciudad de México, pese a que la regla general es seguir las reglas de competencia por el lugar del domicilio de la demandada, reconociendo las carencias del sistema de administración de justicia y la situación de desventaja de la actora en el juicio⁷.

Este juzgado reconoce la necesidad de deconstruir los estereotipos que provocan la desigualdad que ha perpetuado en la sociedad en razón del género. Entonces, cuando se analiza un caso de una mujer migrante, y tiene relación con algún tema familiar, concretamente con sus hijos e hijas, el caso sobre todo debe ser analizado a la luz de la legislación que privilegia el análisis e interés superior de la infancia, para efectos de su determinación por personal especializado, en el caso mexicano, de reciente creación en el año 2014, la Procuraduría de Protección de NNA⁸.

Un tema fundamental detectado en la representación y acompañamiento de casos de mujeres migrantes ha sido la necesidad de dotar de la representación jurídica, un elemento de acompañamiento psicológico, realizando entrevistas y dando seguimiento psicojurídico a los casos que faciliten, tanto la apropiación de los procedimientos como la elaboración y procesamiento de las emociones, duelos, pérdidas etc.

Otra cuestión fundamental para el acceso a la justicia es lo relativo a la atención específica que requieren las mujeres, la no revictimización, la forma de abordar las narrativas e, incluso, el actor gubernamental que interactúa con ellas.

Cuando nos enfrentamos a una situación traumática de violencia y abuso sexual, y es justamente un hombre el encargado de levantar la información sobre los hechos ocurridos para documentar migratoriamente a la mujer, realizar su entrevista de elegibilidad para la determinación de su condición como refugiada, o realizar la investigación en la causa penal, y además el entrevistador no cuenta con las herramientas ni los protocolos adecuados para evitar cuestionar “culpando” a la víctima, habrá pocas probabilidades de éxito en la información que se obtenga o que se busque encontrar a partir de esa conversación.

⁷ Primera Sala de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Recurso de queja 1577/2017, 11 de octubre del 2017.

⁸ Mediante la creación y promulgación de la Ley General de los Derechos de NNA.

El Caso Veliz Franco y otros vs Guatemala⁹ es altamente recomendable de revisar, ya que en él se evidencia “la falta de diligencia debida por parte del Estado guatemalteco en la investigación de la desaparición y posterior muerte de una adolescente, así como la vulneración del derecho al debido proceso por la demora injustificada en el seguimiento del caso”, la impericia para el tratamiento de un caso de feminicidio, reflejando la indiferencia con la que la fiscalía llevó a cabo el análisis del caso y sin provocar la prevención de violencia en contra de la mujer (además de la impericia con la que se rompió la “cadena de custodia” en relación con las pruebas, la dilación procesal y falta de protección judicial a la víctimas directa y a las indirectas, máxime que se trató de un caso de una menor de edad)¹⁰.

Otro caso emblemático es el Caso González y otras vs. México “campo algodoner” de 2009¹¹, en el que fueron encontradas asesinadas y con signos de violencia sexual, Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González y Laura Berenice Ramos Monárrez, junto con otros 5 cuerpos en Ciudad Juárez, Chihuahua. Casos a los que las fiscalías de investigación prestaban poca atención por tratarse de mujeres humildes que “se exponen a esas situaciones por andar solas en las calles de noche”. En este asunto se condena al Estado mexicano debido a la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno reconocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas, la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición de las víctimas y denegación de justicia para ellas y sus familiares, entre otras¹².

Finalmente para este apartado, vale la pena mencionar el Dictamen del Comité sobre la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹³, cuyos hechos se basan en la persecución por agente particular de una mujer refugiada de origen palestino, quien residía en Jordania con su esposo y sus hijas (quienes se pretendía someter a matrimonios forzados), siendo éste el perpetrador de la violencia; el Estado de Dinamarca rechaza su solicitud de asilo y la de sus hijas por falta de credibilidad.

El Comité reconoce que el caso no fue analizado a la luz del riesgo de sufrir formas graves de violencia de género y, por lo tanto, a la violación del principio de no devolución, dada la situación de las mujeres apátridas en Jordania (pudiendo caer en dicho supuesto la peticionaria). Recomienda al Estado no devolverlas a Jordania y reabrir el caso de asilo.

⁹ Corte-IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 207.

¹¹ Corte-IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

¹² *Ibidem*, párr. 401.

¹³ CEDAW, Dictamen en virtud del artículo 7(3) del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación núm. 86/2015 de 28 de abril de 2015, CEDAW/C/73/D/86/2015 15 de julio de 2019.

Reformas relevantes en México. Para el Estado mexicano ha sido sumamente importante el año 2011, ya que se adoptaron las reformas constitucionales en Derechos Humanos¹⁴, la Ley de Migración y la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. Mediante estas reformas se desvincula la situación migratoria a la sujeción de acceso efectivo a derechos humanos. Es hasta este momento que una mujer puede acercarse a un ministerio público a denunciar ser víctima de un delito, sin verse amenazada de ser trasladada a una estación migratoria para una posterior deportación si no cuenta con documento migratorio (al menos en la Ley, porque en la práctica todavía sucede en algunos lugares). Asimismo, se reconoció en la Ley de Migración que una mujer puede acudir a un juicio familiar a reclamar custodias o pensiones alimenticias sin tener que agotar el requisito previo de la estancia documentada.

Durante 2015 se evidenció con la llegada de un gran número de personas venezolanas que, aun cuando el documento migratorio ya no era una condicionante para pretender ejercer derechos humanos en México, si las personas no cuentan con una “CURP”¹⁵ no pueden, por ejemplo, acceder a trabajos formales, seguridad social, educación secundaria. Como respuesta, en 2018 se empezó a otorgar a personas que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiadas, sin embargo, a la fecha, las personas sin regular estancia en México no pueden acceder a este documento.

Otra cuestión importante es la referente al tema de acceso a la educación, con énfasis en el acceso de NNA binacionales (mexicoamericanos) que regresan a vivir al país de origen de sus padres, pero no han podido acceder a la nacionalidad por diversos motivos. En 2017 se publicó el acuerdo 286 de la Secretaría de Educación Pública¹⁶, dando oportunidad a cientos de niños y niñas de poderse escolarizar al menos en el nivel básico.

En los casos de detención migratoria¹⁷ en México las mujeres pueden permanecer privadas de su libertad de 15 a 60 días hábiles, o de manera indeterminada si solicitan asilo o interponen recursos judiciales o administrativos. La detención se realiza sin normas que atiendan específicamente sus necesidades, incluyendo las ginecológicas. las personas sin regular estancia en México no pueden acceder a este documento.

¹⁴ Principalmente la reforma al art. 11 Constitucional.

¹⁵ Clave única de registro de población que se otorga únicamente a las personas con regular estancia y que es necesario para realizar cualquier gestión formal o legal. Ver instructivo para otorgar CURP: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5526717&fecha=18/06/2018.

¹⁶ SEP, Lineamientos para la designación y operación de las Instituciones públicas y privadas interesadas en ser instituciones evaluadas en el marco del Acuerdo 286 y Acuerdo 02/04/17, 17 de julio de 2017.

¹⁷ CEDAW, Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México CEDAW/C/MEX/CO/9, 28 de julio del 2018.

Otra cuestión relevante que no se toma en cuenta es la unidad familiar. Si las mujeres viajan con sus hijos y son hombres mayores de 13 años, son separados, e incluso en fechas recientes, con el acuerdo bilateral celebrado con EUA conocido como “Quédate en México” o MPP, las mujeres son cruelmente separadas de sus familias y devueltas hacia México a esperar su procesos de asilo en EUA separadas de sus familias, siendo blanco perfecto del crimen organizado en el norte del país en donde, además, son víctimas de otros delitos graves, como la violación y el secuestro, entre otros¹⁸.

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del 2007¹⁹ contiene una definición de perspectiva de género, hace referencia a derechos de las mujeres, describe tipos de violencia en su contra y tiene el gran mérito de haber creado el Instituto Nacional de las Mujeres, cuya labor ha sido útil para el análisis y acompañamiento de casos. Sin embargo, hace falta que contemple algún apartado específico para mujeres en migración, dadas las problemáticas que enfrentan en el movimiento migratorio, tanto lo que tiene que ver con mujeres mexicanas retornadas como con mujeres migrantes en México, otras más y en muchos de los casos víctimas de trata.

Algunas conclusiones. Expuestos los precedentes en la región y dadas las numerosas reformas con las que se cuenta como una base incipiente para la defensa de los derechos de las mujeres en movilidad en México, urge poner en práctica un modelo que permita la aplicación efectiva de un modelo de atención especializado para dicha población con perspectiva de género.

Un pendiente urgente en el sistema consiste en apropiarse que, por ejemplo, los casos en apelación de solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiadas no pueden ser analizados sino a la luz de los estándares y el derecho internacional de Refugiados; lo anterior en virtud de que se observa en muchas resoluciones que jueces o magistrados que analizan estos asuntos ignoran que se trata de personas que en la mayoría de los casos no tuvieron la oportunidad de recabar pruebas antes de huir de sus países de origen, tal como lo señala en Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado²⁰ del ACNUR. La prueba por excelencia en las entrevistas de elegibilidad es justamente el relato que la persona realiza de su situación, que debe reunir ciertas características (elementos de prueba) que nos permitan analizar y llegar a la conclusión que existe un nexo causal cuyos elementos objetivo y subjetivo siguiendo el contenido de la directriz sobre género como causal.

Asimismo, resulta fundamental presentar ante los juzgados y los tribunales más casos con planteamientos desde la perspectiva de género, buscando propiciar las discusiones y decisiones que generen precedentes nacionales en la materia, privilegiando, desde luego, las características que hacen de un caso de mujer en movilidad, un caso que no puede ser estudiado de manera indiferente. Es nuestro deber como postulantes exigir la materialización en los casos de las leyes y convenciones para poder avanzar en la protección efectiva de los derechos de las mujeres en la migración.

¹⁸ Human Rights First, Fiasco en la protección de los derechos humanos: continúan retornos peligrosos de solicitantes de asilo por el Gobierno del presidente Trump, 5 de diciembre de 2019.

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación 1 de febrero de 2007. Asimismo, México ha suscrito y ratificado la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y, en el año 2011, la SCJN creó el Protocolo para juzgar con perspectiva de género.

²⁰ ACNUR, Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, 1988.

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA: AVANCES, RETOS, LAGUNAS Y RESTRICCIONES

PABLO CERIANI¹

I. Introducción

En los últimos diez años, los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes, refugiados u otros en contexto de movilidad humana han tenido una creciente atención por parte de los países de la región. La elaboración de estándares internacionales², la inclusión de protecciones específicas en algunas leyes nacionales como México y Guatemala, o iniciativas promovidas en procesos regionales³, son algunos indicadores de la paulatina incorporación de esos derechos, por un lado, en el corpus del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por el otro, en las políticas, normativas y otras herramientas adoptadas por los Estados.

En estas páginas, a través del análisis de un grupo de sentencias recientes y relevantes emitidas por tribunales superiores de justicia de países latinoamericanos⁴, observaremos en qué medida han ido integrando esos desarrollos normativos en el contexto migratorio, destacando avances, retos o problemas y reflexionando de manera transversal sobre derechos clave en materia de NNA, como el interés superior. Así, se analizan sentencias relativas a los derechos a: i) vida familiar y no separación; ii) ser escuchado y a participar en procedimientos migratorios; iii) libertad personal; iv) derechos sociales; y v) nacionalidad.

II. El derecho del NNA a la vida familiar en casos de expulsión o deportación

Un alto porcentaje de la jurisprudencia relativa a NNA en la región se refiere a decisiones de expulsión del territorio de personas migrantes que tienen hijos o hijas en el país en el cual residen.

El carácter progresivo de la inclusión de derechos de NNA migrantes en debates jurisprudenciales no supone un proceso evolutivo lineal, sino convive con casos en donde persiste la invisibilidad de NNA como sujetos de derechos y se analiza la legalidad de las medidas de expulsión sin la evaluación del impacto en sus derechos. Otras decisiones descartan la vulneración de derechos de NNA con análisis sumamente acotados o bien privilegiando la facultad de expulsión al interés superior. Un ejemplo es la falta del abordaje del impacto de los derechos de NNA en contexto de migración sobre el derecho a la vida familiar en casos de expulsión de padres/madres en la importante sentencia que decretó inconstitucional el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 70/2017 que reformaba la ley de migraciones en Argentina⁵.

¹ Director de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), Argentina. Miembro electo del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias (2022-2025).

² Corte-IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de NNA en el contexto de la migración y/o en necesidades de protección internacional, 2014. Observaciones Generales Conjuntas N.º 3 y 4 del Comité de Derechos de Trabajadores Migratorios (CIPTMF) y No. 22 y 23 del Comité de Derechos del Niño (CDN), 2017.

³ Guía Mercosur. Lineamientos de CRM 2016.

⁴ El análisis de las sentencias que se realiza no es exhaustivo.

⁵ Cámara Contencioso-Administrativo Federal, Sala V. Caso “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/Amparo”, sentencia del 22-03-2018.

Las sentencias que contienen una evaluación del impacto de medidas de expulsión en derechos de NNA han sido notablemente variadas. Sobre este tema, los estándares internacionales desarrollados indican: i) que la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de infracciones migratorias es desproporcionada; y ii) en expulsiones de padres por infracciones penales deben garantizarse los derechos de sus hijos, incluyendo su interés superior y el derecho a ser oídos y a que sus opiniones se tomen en serio, así como el principio de proporcionalidad⁶.

En Argentina, desde la ley de migraciones de 2003 y la creación de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación⁷, la jurisprudencia se ha intensificado en casos de NNA que podrían ser afectados por medidas de expulsiones derivadas de condenas penales por comisión de delito. La Cámara Federal de la Plata⁸, citando la OC-18/03 de la Corte-IDH, subrayó que, si bien los Estados tienen cierto grado de discrecionalidad para fijar sus políticas migratorias, dicho ejercicio debe realizarse según las normas de derechos humanos, analizando todos los derechos en tensión.

Otra Cámara Federal indicó en varias decisiones que la omisión de evaluar el interés superior del niño y el derecho a la vida familiar constituye una falta de motivación adecuada que deriva en la nulidad de la decisión. En consecuencia, ordenó a la Dirección Nacional de Migraciones a evaluar nuevamente la situación migratoria de la madre de acuerdo con el estándar de la OC-21/14 de la Corte-IDH⁹. La Cámara Contencioso Administrativo Federal, al revocar una orden de expulsión del padre de dos niñas, subrayó que “la protección de la infancia debe primar sobre cualquier objetivo o interés de la política migratoria”¹⁰.

En otro caso, se precisó que el principio del interés superior resulta esencial para la protección de la niñez y debe guiar el diseño y la ejecución de cualquier política pública que pueda afectar sus derechos. Así, decretó la ilegalidad y arbitrariedad de una resolución que separaba a la migrante de su núcleo familiar, enfatizando la primacía de la protección integral de la infancia sobre objetivos de política migratoria¹¹. Otro tribunal federal destacó que la consideración primordial del interés superior del niño debe orientar y condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos¹².

En un caso reciente en Chile, la Corte Suprema decretó desproporcionada una medida de expulsión, debido al arraigo con el que contaban dos niños con nacionalidad chilena que dependían completamente de sus progenitores al tener 1 y 2 años, “por lo que de materializarse el acto impugnado se vulneraría su interés superior”¹³.

⁶ Ob. cit 2 (Observación General Conjunta), párr. 29.

⁷ Ver <https://www.mpd.gov.ar/index.php/comision-del-migrante#:~:text=A%20fines%20de%202008%2C%20se,encuentran%20en%20el%20territorio%20nacional>.

⁸ Cámara Federal de la Plata, Sala 1, 19-6-2018, expediente N.º FLP 32156/2017/CA1.

⁹ Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal (CNCAF), Caso Gutiérrez Vallejos c. DNM Expte. N.º 52.746/2017, 8-06-2018.

¹⁰ CNCAF, Sala 1, Expediente N.º 43.011/2011 Céspedes Cruz Raquel c/ EN Min. Interior-DNM, del 1-09-2016.

¹¹ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 8, Caso N.º 2728/2012, Benavides Aguilar c. Estado Nacional (DNM), 2-05-2016.

¹² Cámara Federal de Salta, Sala II, OMA c. DNM, expediente N.º 14737/2017, 9-02-2018.

¹³ Corte Suprema, Sala Tercera, Rol N.º 24.455-2020, 1-09-2020.

En Costa Rica, el Tribunal Administrativo Migratorio (TAM) declaró la nulidad de la cancelación de residencia y posterior expulsión por antecedentes penales de la madre de una niña costarricense. Afirmó la necesidad de que en casos de NNA el Patronato Nacional de la Infancia informe sobre el estado psicosocial del niño y el núcleo familiar determinando el derecho a permanecer con el padre o madre conforme a su interés superior¹⁴.

Contrariamente, la Sala Constitucional ha mostrado un retroceso en sus últimas decisiones priorizando el control migratorio y un enfoque de seguridad y orden público a los derechos de los NNA. Así, ha afirmado que el deber de proteger a la familia no puede servir para reconocer a los extranjeros un derecho a permanecer de manera ilegal en el país, y a ignorar disposiciones de orden público y que la amenaza de separación es una consecuencia jurídica natural que se derivaría de un proceso de deportación¹⁵.

En Colombia cabe destacar una decisión del Tribunal Constitucional que especificó que “la tutela reclamada... no se dirige a proteger directamente los derechos del deportado, sino los de sus hijos menores y por ello no se tiene en cuenta el no ejercicio de los recursos en vía gubernativa como condición para poder luego ejercer las acciones judiciales contencioso administrativas¹⁶”. Este aspecto es interesante, considerando las dificultades que tienen las personas migrantes para ejercer recursos contra las decisiones de la autoridad migratoria. El tribunal subrayó la prevalencia de los derechos de NNA, que condicionan las competencias administrativas de las autoridades migratorias.

Finalmente, la Corte Suprema de Chile resolvió que había una “tardanza inexcusable” por parte del Consulado de Chile (Caracas) al no haber respondido en medio año la solicitud de un trámite de visado por reunificación familiar a favor de dos niñas venezolanas cuyos padres residen allí. Afirmó que la conducta omisiva contravenía su derecho a ingresar a Chile y residir junto a sus progenitores¹⁷.

III. Casos sobre participación en el proceso y derecho a ser oído

Una de las problemáticas más extendidas sobre derechos de NNA tiene que ver con la ausencia de mecanismos que garanticen su derecho a ser oídos. La Observación General Conjunta establece que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover y facilitar plenamente la participación de los niños, brindándoles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con su caso o de sus familias¹⁸.

Son pocos los casos en la región que abordan esta situación. Un juzgado argentino ordenó a la autoridad migratoria la emisión de una nueva resolución que garantizara el derecho a ser oído, dando cuenta “motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior”¹⁹.

¹⁴ TAM, Resolución N.º 615-2020, 19-06-2020.

¹⁵ Sala Constitucional, Resoluciones N.º 14581, del 6-08-2019 y N.º 20218-2019, 16-10-2019.

¹⁶ T-215/96, 15-05-1996.

¹⁷ Corte Suprema, Segunda Sala, Rol N.º 104.222-2020, 3-09-2020.

¹⁸ Ob. cit 2, párr. 37.

¹⁹ Juzgado Federal de Mar del Plata N.º 2, expediente Nro. 37148/2017, caso Ortuño Guillen c/ Dirección Nacional de Migraciones, 8-05-2019.

Otro tribunal contradujo la posición del Fiscal relativa a que los NNA no eran parte de la litis destacando que debía oírse a todas las partes, considerando la opinión del niño, ya que tiene derecho a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta²⁰.

El TAM (Costa Rica) subrayó que garantizar el debido proceso requiere generar mecanismos para que el NNA que resulte afectado de alguna decisión administrativa tenga la posibilidad de exponer sus argumentos y que la Administración los analice y resuelva conforme a dicho análisis²¹.

IV. Privación de la libertad de NNA por razones migratorias

En la región son pocos los casos de países en donde se detiene a NNA por razones migratorias de manera sistemática y generalizada. México es uno de estos países, donde cada año se ha privado de libertad a miles de NNA migrantes y solicitantes de asilo, a pesar de su prohibición en la ley de niñez, la Constitución y, desde noviembre 2020, la ley migratoria.

Un tribunal de la Ciudad de México²² ordenó la identificación e individualización de los NNA detenidos y que informen al consulado del país que corresponda, con excepción de los solicitantes de asilo. A su vez, ordena a las Procuradurías de NNA implementar un plan de alternativas a la detención y un plan de restitución de derechos conforme al interés superior. Mientras se cumple con la sentencia, el Tribunal solicita medidas preventivas, como asignarles un espacio específico distinto a las personas adultas, o bien respetando la unidad familiar en casos de NNA acompañados.

Sin perjuicio de la importancia de la sentencia, pudo haber sido más firme si hubiera ordenado el inmediato cese de esos actos ilegales, y por ende la puesta en libertad, junto con medidas complementarias de protección de derechos. En un contexto de detención masiva de NNA por razones migratorias, podría haber significado un paso sumamente relevante.

²⁰ Paiva Jara c. DNM (CNCAF, Sala V, Expte. N.º 3-545/2017, 23-04-2019).

²¹ TAM, Resolución N.º 937-2020, 12-08-2020.

²² Recurso de Queja Q.A. I. b) 205/2019, Sentencia del Vigésimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 6-06-2019, Ciudad de México.

V. Derechos sociales: decisiones ambivalentes en la Corte Constitucional de Colombia

La migración de millones de personas venezolanas ha ocasionado un interesante debate sobre derechos sociales en países como Colombia. A través de una sentencia de unificación dictada en 2017²³, la Corte Constitucional ha ido fijando sus “Reglas jurisprudenciales sobre el derecho al acceso al sistema de salud de niños y niñas venezolanos con padres en situación irregular”²⁴. Sin perjuicio de lo llamativo de asociar esas “reglas” a una determinada nacionalidad, la Corte estableció criterios sobre estos derechos y su alcance.

Destacó la obligación de garantizar el derecho a la salud de las personas migrantes específicamente en los servicios de urgencia²⁵ y no a otros servicios de salud brindados a personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). El tribunal establece que, para una atención médica adicional, las personas deben regularizar su situación migratoria²⁶, definiendo el derecho a la salud como un “derecho-deber en cabeza de la población migrante”, y que entre esas obligaciones, -garantizar salud de emergencia y regularizar la situación migratoria-, “ninguna prevalece sobre la otra”²⁷.

Esto es preocupante puesto que contraría el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental sin distinción por la condición migratoria de la persona. En casos de NNA hijos o hijas de migrantes en situación irregular nacidos en Colombia (que deben ser reconocidos como nacionales), establece la obligatoriedad de las autoridades de registrarlos en el SGSSS, sin perjuicio de la condición migratoria de sus padres, considerando el incumplimiento una violación de los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y a la salud²⁸.

Adicionalmente, la Corte ha analizado las dificultades para acceder y tramitar exitosamente un permiso de residencia, cuestionando la falta de conocimiento de ciertas autoridades competentes, la limitada coordinación interinstitucional e intersectorial, a fin de difundir información, acompañar a las familias y otras medidas que faciliten el acceso a los permisos creados por el Estado, como el Permiso Especial de Permanencia, PEP²⁹. Si bien es interesante el rol activo de la Corte al supervisar cómo se implementan algunas políticas migratorias, eso hace más llamativo que esa condición migratoria sea usada por el tribunal para restringir el acceso a servicios de salud.

En relación con el derecho a la educación, la Corte resolvió que consideraba razonable la exigencia de tramitar la visa que se establece para extranjeros, en alusión a un Decreto presidencial (N.º 1067, de 2015), que obliga a los establecimientos educativos a informar a Migración Colombia de la matrícula de estudiantes extranjeros, bajo apercibimiento de sanciones³⁰. Esta resolución es preocupante en tanto acepta que instituciones educativas funjan como entes de control migratorio, a diferencia de estándares que exigen “cortafuegos” para ejercer derechos fundamentales.

Estas sentencias evidencian una posición restrictiva y sesgada que omite considerar los estándares internacionales en estos temas. En especial, la obligación de dar primacía a los derechos de NNA, sin perjuicio de su nacionalidad o condición migratoria, por sobre los objetivos de las políticas migratorias.

²³ Sentencia de Unificación SU-677, 17-11-2017.

²⁴ Sentencia T-178/19, 6-05-2019.

²⁵ Entre otras, ver sentencias T-576/19, del 28-11-2019, y T-058/20, 18-02-2020.

²⁶ Ver sentencias T-058/20, T-314 de 2016, SU-677 y T-705 de 2017, T-210 y T-348 de 2018 y T-197 de 2019.

²⁷ Sentencia T-576/19.

²⁸ SU-677, 2017 y T-178/19, 6-05-2019.

²⁹ Sentencia T-178/19.

³⁰ Sentencia T-250/2017, 26-04-2017.

VI. Derecho a una nacionalidad

En Chile, Colombia y República Dominicana existe un debate jurisprudencial interesante relativo al derecho a la nacionalidad en el país en el que se nace (*jus soli*) que existe en casi todos los países del continente americano y que permite la lucha contra la apatridia.

En Chile, los casos se referían a la denegación de nacionalidad con base en una disposición del Ministerio del Interior³¹ que erróneamente asociaba la falta de “residencia legal” al concepto de “hijo de extranjeros transeúntes”. La Corte Suprema fijó un criterio diferente, al distinguir “personas domiciliadas y transeúntes, consistiendo el domicilio en la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella”³². Este criterio abonó a que tiempo después las autoridades migratorias removieran el criterio restrictivo modificando su normativa³³.

En Colombia, la Corte Constitucional se centró en la protección de la apatridia estableciendo la obligación de las autoridades de tomar en cuenta los motivos de salida de las personas de su lugar de residencia habitual y las posibilidades reales de NNA de adquirir la nacionalidad de sus padres. Poco antes de la sentencia, la legislación sobre nacionalidad fue reformada para facilitar el reconocimiento de la nacionalidad de hijos e hijas de personas venezolanas (no de otras nacionalidades), al establecer una “presunción de residencia y ánimo de permanencia” a quienes nacieran en Colombia entre 2015 y 2021³⁴.

Finalmente, cabe mencionar la lamentable sentencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, que derivó en un proceso de desnacionalización masiva (y de carácter retroactivo). El tribunal prácticamente no hizo análisis sobre derechos de NNA y concluyó que los mandatos internacionales no aplicaban al caso y que “la negativa por parte del Estado dominicano de otorgar su nacionalidad a los hijos de extranjeros en tránsito bajo ninguna circunstancia genera una situación de apatridia”³⁵.

³¹ Oficio No 3/1953, 17-04-1996.

³² Sentencia 7580-2012, 22-01-2012.

³³ Oficio N.º 27601 de 14-08-2014, del Departamento de Extranjería y Migración. Resolución N.º 3207 de 8-08-2014 del Servicio de Registro Civil e Identificación.

³⁴ Ley 1997, 23-09-2019, que reforma el artículo 2 de la ley 43, de 1993.

³⁵ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0168/13, 23-09-2013.

VII. Reflexiones finales

Esta breve y no exhaustiva revisión de una serie de sentencias de tribunales de la región evidencia un escenario dual.

Por un lado, un proceso de paulatina incorporación de los derechos de NNA en contexto de movilidad humana, como el derecho a la vida familiar, a ser oído, a un debido proceso, o a la libertad, en el marco de procedimientos migratorios. Las sentencias que han protegido estos derechos demuestran un proceso evolutivo en la consideración del interés superior del niño en la revisión judicial de decisiones de índole migratoria. Ello, sin perjuicio de las diferencias en el alcance de cada sentencia y la profundidad de su análisis, dando cuenta de la necesidad de seguir fortaleciendo la formación de todos los actores del sistema de administración de justicia sobre los derechos de las personas migrantes, y en particular, de NNA en contexto migratorio.

Por el otro, las sentencias analizadas indican la prevalencia de dos miradas sesgadas y restrictivas sobre el tema: en primer lugar, otorgando automáticamente una protección prioritaria a intereses y objetivos de control migratorio y orden público, independientemente de la afectación de derechos de NNA. En segundo lugar, validando restricciones a derechos sociales (salud, educación), con base en la condición migratoria.

Finalmente, con una negativa excepción, las sentencias sobre derecho a la nacionalidad contribuyen a ir dejando atrás restricciones irrazonables que se imponían con base en el estatus migratorio de los padres.

EL DERECHO A DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN MÉXICO

DANIELA REYES RODRÍGUEZ¹

I. Introducción

Es mundialmente reconocido que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”² y, que, de este principio general de igualdad, se derivan consideraciones importantes, como la universalidad en la titularidad de los derechos humanos y la prohibición de la discriminación en razón de cualquier condición personal o social.

Hablando particularmente de las personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiadas y apátridas, estos conceptos cobran especial relevancia, pues su constante traspaso de jurisdicciones territoriales suele propiciar la pregunta reiterada e infundada de ¿qué Estado debe garantizar sus derechos humanos? ¿todos los derechos?, ¿en igualdad de condiciones que las y los nacionales?

La pregunta es infundada debido a que la respuesta es clara y contundente dentro de los marcos internacionales e incluso nacionales de protección. Los Estados tienen la obligación de garantizar el goce y ejercicio de todos los derechos a todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción y particularmente, sin discriminación en razón de su nacionalidad o situación migratoria³.

Sin embargo, la realidad de las personas migrantes y con necesidades de protección internacional en México –y prácticamente en cualquier parte del mundo – implica enfrentarse a políticas migratorias persecutorias y criminalizantes que buscan evitar a toda costa el ingreso o permanencia irregular de personas extranjeras en el territorio de los Estados.

Con fronteras militarizadas, bajo amenaza del uso de la fuerza y con políticas de persecución que priorizan la detención migratoria, estos grupos tienen posibilidades muy limitadas para ejercer efectivamente sus derechos, en particular, los derechos de acceso a la justicia, a la defensa adecuada o al debido proceso.

La Corte-IDH ha denominado factores reales de desigualdad a las diferencias materiales derivadas del contexto personal y social de un individuo para acceder a sus derechos en igualdad de circunstancias que otras personas o grupos⁴.

En el caso de las personas migrantes y con necesidades de protección internacional, la CIDH ha identificado descriptiva, pero no limitativamente como tales al desconocimiento de sus derechos, de los procedimientos, autoridades y organismos de los países de tránsito o destino; la falta de tiempo para presentar sus quejas o denuncias; el temor de ser detenidos y deportados al acercarse a cualquier autoridad o sufrir represalias, su inherente movilidad, entre otros⁵.

¹ Coordinadora de asilo de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos.

² Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³ Corte-IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156.

⁴ Corte-IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N.º 18, párr. 121.

⁵ CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/13, 2013, párr. 236

Para contrarrestar estas condiciones de desigualdad, los órganos del SIDH han resaltado la importancia de que los Estados implementen medidas que eliminen las barreras de *iure* o *de facto* que enfrentan las personas migrantes para acceder a sus derechos.

En este sentido, la asistencia y representación legal ha sido reconocida como una de las vías indispensables para que las personas migrantes y con necesidades de protección internacional tengan un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios⁶. Esto es así, debido a que la falta de una defensa técnica limita severamente el derecho de defensa, ocasiona desequilibrio procesal y deja a la persona sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo⁷.

Es claro que la obligación de proporcionar una defensa adecuada a las personas migrantes que no pueden acceder a un defensor o defensora particular es de los Estados. Sin embargo, la propia Corte-IDH ha reconocido el papel complementario de la asistencia y representación legal que ofrecen algunas instituciones, en el marco de sus funciones, como las defensorías del pueblo o comisiones nacionales de derechos humanos⁸. En este contexto legal cabría preguntarse ¿cuál es el papel de las organizaciones de la sociedad civil que ofrecen representación legal gratuita a personas migrantes?

La pregunta resulta relevante porque podría dar lugar a establecer una relación estrecha entre dos derechos: por un lado, el derecho a la asistencia letrada de las personas migrantes y con necesidades de protección internacional, y, por otro, el derecho de las personas y organizaciones de la sociedad civil a defender los derechos humanos de estos grupos.

Esta relación fue establecida y reconocida por el Octavo Juzgado de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito al resolver el Amparo Indirecto 357/2018, promovido por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C (CMDPDH) y el cual se analizará a detalle en los apartados siguientes.

⁶ Corte-IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N.º. 218, párr. 132.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibidem*, párr. 133.

II. Hechos y problema jurídico

En términos generales, la política migratoria mexicana tiene un enfoque de contención y disuasión del ingreso y permanencia irregular. Dan testimonio de ello algunas medidas implementadas, tales como la militarización de las fronteras o la privación de la libertad automática y generalizada de personas migrantes.

La política de detención migratoria es más evidente cuando se expone en números. Así, durante 2018 fueron privadas de su libertad 131, 445 personas extranjeras⁹ mientras que, en 2019, este número ascendió a 182, 940;¹⁰ es decir, el incremento anual fue de casi un tercio.

A este altísimo número de personas privadas de su libertad, que en muchas ocasiones supone la existencia de condiciones de hacinamiento, es necesario sumar las falencias ocurridas dentro de los procedimientos administrativos migratorios. La poca o nula información sobre los motivos de su detención, el proceso legal al que se encuentran sujetos, la duración de su detención y la información sobre sus derechos en el marco del proceso¹¹ convierten a las personas en sujetos pasivos que no pueden defenderse y sólo pueden esperar el momento en que serán expulsados del país.

En vista de esta situación, la CMDPDH decidió solicitar al Instituto Nacional de Migración (INM) permiso de ingresar a estaciones migratorias para, entre otras cosas, ofrecer asesoría y representación legal a las personas que se encuentran ahí detenidas.

Vale la pena recordar que la CMDPDH es una organización de la sociedad civil que, desde hace más de 30 años, se dedica a la defensa y promoción de los derechos humanos, siendo una de sus áreas de especialización los derechos de personas en contexto de movilidad, particularmente solicitantes de asilo, colaborando desde 2015 estrechamente con aliados nacionales e internacionales para llevar a cabo acciones de litigio estratégico que buscan revertir las condiciones estructurales que impiden que las personas soliciten protección internacional en México.

Con el objetivo de ampliar el alcance de sus acciones en materia asistencia legal, la organización solicitó en febrero de 2018 al INM que autorizara el ingreso de la CMDPDH a las estaciones migratorias ubicadas en las ciudades de Tapachula, Chiapas; Tlaxcala, Tlaxcala; y la Ciudad de México¹².

⁹ Boletín Anual de Estadísticas Migratorias. Cuadro 3.1.1 Eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria según continente y país de nacionalidad, 2018.

¹⁰ Boletín Anual de Estadísticas Migratorias. Cuadro 3.1.1 Eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria según continente y país de nacionalidad, 2019.

¹¹ Ob. cit 4, párr. 520

¹² Petición fundamentada en el numeral 34.II del ACUERDO por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del INM.

En el escrito firmado por el representante legal de la organización, se detalló un calendario de visitas, los nombres de las personas que acudirían, así como la descripción de las siguientes actividades que se llevarían a cabo:

1. Ofrecer y brindar servicios de asesoría y representación legal a las personas extranjeras que se encontraran detenidas en las estaciones migratorias. En la solicitud se precisaba que serían las personas quienes determinarían si deseaban o no contar con los servicios legales de la organización.

2. Realización de talleres informativos dirigidos a población migrante detenida, con el objetivo de ofrecer información sobre sus derechos, los procesos migratorios y, particularmente, sobre su derecho a solicitar y recibir asilo.

3. Levantamiento de información. Dentro de esta actividad se planteaba que, durante la realización de talleres informativos, y con el consentimiento de las personas, se aplicarían cuestionarios dirigidos a identificar patrones sistemáticos de violaciones de derechos humanos, así como monitorear las condiciones humanitarias, sanitarias y alimenticias de la estación migratoria.

El INM, a través de su Dirección General de Control y Verificación Migratoria, respondió la solicitud de la CMDPDH en marzo del mismo año, a través de un oficio en el que resolvió autorizar el ingreso del personal de la organización una vez por semana únicamente para ofrecer talleres informativos y levantar información, pero negó la posibilidad de ofrecer y brindar asesoría y representación legal a las personas extranjeras que se encontraban detenidas en las mencionadas estaciones migratorias, pues consideró que la designación de representantes legales:

“[...] es un acto personal de manifestación de voluntad del interesado, siendo entonces que si no existe la designación del migrante extranjero y el reconocimiento de la autoridad migratoria en dicho procedimiento, no se les puede otorgar tal calidad.

[...] ya que repercutiría en la esfera jurídica de los extranjeros que cuentan con el derecho expreso de designar o remover a sus representantes legales, en cualquier etapa de los procedimientos administrativos.”

Es decir, bajo el argumento de proteger el derecho de las personas detenidas para nombrar libremente a su defensor o defensora, el Instituto negó a la organización la posibilidad de ofrecer a éstas sus servicios legales gratuitos. Con un solo acto se privó, por un lado, a la organización de su derecho a defender derechos humanos y ejercer su objeto social, y, por el otro, a las personas migrantes de la posibilidad de obtener asistencia técnica en la representación de sus casos y la exigencia de sus derechos en México.

Ante dicha respuesta, y tomando en consideración que la intención de la organización nunca fue imponer a las personas extranjeras sus servicios de asistencia legal, se adoptó la decisión de impugnar la resolución a través de un juicio de amparo indirecto que fue turnado para su conocimiento al Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México y registrado bajo el número de expediente 357/2018.

La litis del caso se centraba en que el Juez debía determinar si la decisión del INM vulneraba o no el derecho a defender los derechos humanos de la organización, así como su derecho a ejercer su objeto social.

III. La sentencia dictada, importancia e innovación

El 29 de junio de 2018, el Juzgado dictó sentencia en la que se otorgó el amparo y protección de la Unión a la CMDPDH y ordenó al INM que dejara sin efectos el oficio por el cual se negaba a la organización el ingreso a estaciones migratorias para ofrecer servicios de asesoría y representación legal y se emitiera uno nuevo donde se garantizara este derecho a la organización.

Sin embargo, a pesar de lo notable del sentido del fallo, los puntos destacados se relacionan con los análisis realizados por el juzgador para llegar a dicha conclusión.

a) Análisis contextual

En una práctica poco común, pero no menos valiosa, de forma previa a iniciar el análisis legal de la litis planteada, el Juzgador realizó un estudio sobre el contexto migratorio en México; las condiciones de las personas extranjeras que se encuentran en condición irregular y, particularmente, la situación legal y fáctica de quienes están privadas de la libertad dentro de las estaciones migratorias del país, por ser la población a la que la CMDPDH quería ofrecer sus servicios legales. Así, además de situar los hechos del caso en el contexto político, social y legal actual, el juzgador se armó de herramientas que le permitieron entender de forma plena el caso al que se estaba enfrentando, así como las repercusiones prácticas de la decisión que adoptaría. Sin duda alguna, este ejercicio puede considerarse como uno de los elementos definitorios que facilitaron que el caso pasara de ser una cuestión abstracta de interpretación de normas, a un asunto de derechos humanos.

b) Uso de normas y estándares internacionales de derechos humanos

El segundo elemento que destaca en la decisión es el uso de normas y estándares internacionales en materia de derechos humanos de las personas migrantes para la interpretación de las obligaciones de las autoridades.

El juzgador no se limitó a citar de forma aislada los estándares pertinentes, sino que desarrolló un apartado específico en el que construyó el parámetro legal nacional e internacional aplicable en materia de igualdad y no discriminación, protección reforzada a personas migrantes debido a su situación de vulnerabilidad y, específicamente, la obligación de proporcionarles asistencia legal.

Si bien, este tipo de ejercicios deberían de ser cotidianos en el trabajo jurisdiccional debido a las obligaciones en materia de control de convencionalidad, interpretación conforme o pro persona, lo cierto es que dichas prácticas han permeado de manera excesivamente lenta en el sistema judicial mexicano y la calidad de las interpretaciones que sí se realizan todavía tiene algunas áreas de oportunidad. Sin embargo, el trabajo realizado en esta sentencia es uno que podría considerarse ejemplar.

c) El reconocimiento del derecho a defender derechos humanos de la CMDPDH

Este puede ser, quizás, el punto más destacado de la sentencia, pues es el que se relaciona directamente con la situación jurídica de la organización quejosa. Si bien, los dos apartados anteriores revisten una gran relevancia al contextualizar los hechos, no podían resolver por sí mismos la litis planteada.

Para el juzgador, resultaba evidente que existía una falta de coherencia en la argumentación de la autoridad para negar el permiso que la CMDPDH estaba solicitando.

Esta incongruencia se planteaba al amparo de un falso dilema donde el INM suponía que reconocer los derechos de la organización y garantizar el permiso solicitado resultaría en una lesión a los derechos de las personas detenidas cuando, en realidad, éstas serían las principales beneficiarias.

Sin embargo, pese a comprender esta situación, aún era necesario determinar el derecho aplicable y decidir si la incongruencia de las autoridades migratorias alcanzaba a lastimar los derechos de la organización quejosa o no.

Conviene puntualizar que este análisis pudo haber sido realizado de forma aislada o desarticulada, es decir, el juzgador pudo decidir examinar cada derecho relevante como el de asociación o petición y determinar si la resolución del Instituto lo lesionaba de forma individual.

No obstante, la sentencia articula todos estos como componentes del derecho a defender los derechos humanos, lo cual tiene dos efectos fundamentales: primero, facilita un análisis integral y comprensivo del caso; y segundo, permite vislumbrar correctamente la especial situación de la organización frente al orden jurídico. Esto último responde a que, pese al papel esencial de las y los defensores de derechos humanos en la construcción de una sociedad democrática, se sitúan también en una posición de vulnerabilidad al ser receptores de ataques a sus derechos por parte de autoridades y actores sociales. Esta situación les vuelve titulares, a su vez, de una protección reforzada para garantizar el ejercicio de su labor.

En este sentido, el Juez de Distrito sostuvo que el derecho a defender derechos humanos tiene una construcción compleja que sólo puede ser ejercida a través de otros derechos y expuso de manera descriptiva, pero no limitativa lo siguientes: libertad de oficio o profesión, libertad de reunión y asociación, manifestación pacífica, libertad de pensamiento y expresión, petición y acceso a la información.

Desde esa perspectiva, el contenido del derecho a defender derechos humanos incluye no sólo a las obligaciones que se derivan de todos los elementos que lo componen, sino también la obligación de las autoridades de ejercer una tutela reforzada y efectiva de este derecho, con el fin de evitar que los agentes estatales o incluso particulares disuadan de forma ilegítima o impongan trabas excesivas para el ejercicio del mismo, situación que sucedía en este caso.

Aunque a primera vista no lo parezca, esta interpretación sienta un precedente importantísimo para la protección de defensoras y defensores de derechos humanos, pues crea por vía interpretativa una base legal que permite sustentar su defensa frente a las restricciones o ataques que reciben debido al ejercicio de sus labores. Es decir, su derecho a defender derechos humanos existe, está explícito y dotado de contenido en un precedente judicial.

IV. Vacíos de protección y conclusión

Como en la mayoría de asuntos donde se obtienen sentencias judiciales favorables e innovadoras, el reto de este caso se encuentra en su implementación. Efectivamente, el INM emitió un nuevo oficio que posibilitaba a la organización a ofrecer sus servicios legales en los términos solicitados. Sin embargo, en la práctica, las limitaciones al ejercicio del derecho a defender derechos humanos de la CMDPDH se han trasladado de lo legal a lo fáctico.

Han sido numerosas las ocasiones en que las abogadas de la organización han intentado visitar la Estación Migratoria de la Ciudad de México para ofrecer asesoría o representación legal o, incluso, visitar a alguna persona respecto de la cual ya existe una designación formal y las autoridades el INM obstaculizan este ejercicio con base en dilaciones excesivas o requisitos ilegales o desproporcionados. Adicionalmente, han existido intentos de criminalización, actos de agresión, discriminación o acoso sexual por parte de las autoridades migratorias hacia el personal de la organización.

Todas estas situaciones tienen lugar, pese a la existencia de una sentencia que tutela la defensa de derechos humanos llevada a cabo por la CMDPDH. Sin embargo, el alcance se centra única y exclusivamente en revertir la negativa inicial de un permiso de ingreso. Esta situación, en definitiva, no es responsabilidad del juez que resolvió el caso, sino de la construcción de los recursos judiciales en México, mismos que quizá deberían ser repensados, pues se están quedando cortos frente a los desarrollos argumentativos y de análisis que el enfoque de derechos humanos requiere.

LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LOS CASOS DE PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA

ROSARIO MUÑOZ¹

1. Introducción

La migración, en tanto fenómeno transfronterizo, complejo, atravesado por diversos actores con intereses no siempre convergentes, obliga a pensar nuevas maneras de abordarlo. Sin lugar dudas, el trabajo mancomunado de instituciones, organizaciones de la sociedad civil y gente de a pie es una de las mejores estrategias que pueden implementarse en procura de la defensa de los derechos y garantías de las personas en contexto de movilidad humana. Y en esa línea, el intercambio de información, el conocimiento de lo que ocurre en nuestras fronteras y al interior de los países de la región, adquiere una importancia innegable.

Por eso, en este artículo, propongo recorrer un número de sentencias que, por vía de la noción de reparación integral del daño, procuraron dar una respuesta efectiva para la protección, no sólo de las víctimas del caso, sino también de las personas en contexto de movilidad humana en general.

2. El concepto de la reparación integral del daño en la jurisprudencia de la Corte-IDH

A lo largo de su trabajo jurisprudencial, la Corte-IDH desarrolló el concepto de “reparación integral”. Brevemente, cabe recordar que esta noción se desprende del artículo 63.1 de la CADH y consiste en “restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible, y en indemnizar –a título compensatorio– los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial o extrapatrimonial”².

Sobre la base de este concepto amplio, la Corte-IDH ha desarrollado un catálogo de medidas reparatorias, comprensivas tanto de la acreditación e indemnización de daños en la esfera material e inmaterial como del otorgamiento de medidas destinadas a lograr la restitución de derechos, bienes y libertades, la investigación de los hechos y reapertura de investigaciones, la rehabilitación física, psicológica o social, la satisfacción mediante actos, monumentos, recordatorios de las víctimas; y las garantías de no repetición de las violaciones tendientes a lograr reformas estructurales, capacitaciones de funcionarios/as, entre otras.

A través de su mecanismo de supervisión de sentencias, es la propia Corte-IDH la que monitorea y acompaña el proceso de cumplimiento hasta el archivo del caso³.

¹ Abogada *cum laude* (UBA) con orientación en Derecho Internacional Público. Maestranda en Derechos Humanos y Derecho Humanitario por la American University Washington College of Law. Especializanda en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF/UNER). Se desempeña laboralmente como Secretaria de Primera Instancia y Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación de la República Argentina, actualmente en la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional. Con anterioridad, se desempeñó en la Comisión del Migrante y en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio. Docente de Derechos Humanos (UNPAZ). Autora de diversos artículos de opinión e investigación y coautora en obras colectivas.

² Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Chile, 2009, pag. 35/36.

³ Para un análisis más extenso, ver Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de La “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los derechos humanos, México, 2013.

En la materia que nos ocupa –personas en contextos de movilidad humana– la Corte- IDH ha ordenado la identificación y repatriación de restos mortales de las víctimas fallecidas, la capacitación de funcionarios/as en materia de derechos humanos, incluyendo una campaña en medios públicos sobre los derechos de las personas migrantes para revertir un patrón de discriminación estructural⁴; la adopción de medidas para garantizar la separación de las personas detenidas por razones migratorias de aquellas detenidas por delitos penales⁵; medidas tendientes al reconocimiento de la nacionalidad de las personas dominicanas y permiso de residencia para las personas haitianas⁶; la implementación de programas de capacitación permanentes, dirigidos a los/as funcionarios/as de la Dirección Nacional de Migración, de la Comisión Nacional de Refugiados y otras áreas en contacto con personas migrantes o solicitantes de asilo⁷.

3. La reparación del daño en decisiones internas de los Estados

Si las sentencias mencionadas anteriormente pueden tener un efecto reparador y preventivo a la vez, por qué no pensar que esta noción de reparación integral puede permear también las decisiones internas de los Estados, de modo tal de encaminarnos a una real prevención de las violaciones de derechos humanos. Existen algunos ejemplos en la región que han comenzado a transitar ese camino.

Por ejemplo, el Decimoctavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de la Ciudad de México tomó intervención en el caso de una persona de nacionalidad colombiana que reclamaba la reparación de los derechos vulnerados por parte del Instituto Nacional de Migración (INM) al decretar y ejecutar su expulsión –materia ya de discusión en otros expedientes–. Es decir, solicitaba se decrete la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de su actividad administrativa.

En su sentencia el Tribunal concluyó que, de las probanzas de los restantes expedientes, se desprendía que se habían vulnerado las garantías del debido proceso en el procedimiento de verificación, como también en el procedimiento de solicitud de asilo y que no se habían respetado los deberes reforzados de protección que le correspondían al accionante. De tal modo, consideró que la Sala preopinante “desatendió su deber de exhaustividad, pues no valoró todas las probanzas del expediente pero, principalmente, porque no tomó en consideración todos los elementos del caso bajo una perspectiva favorable a la persona, sino que revirtió la carga de la prueba a éste en lugar de exigir a la autoridad administrativa que demostrara la regularidad de su actuación”. Siendo el accionar de la autoridad irregular, le cabía al Estado reparar el daño⁸.

⁴ Corte-IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N.º 251.

⁵ Corte-IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N.º 218.

⁶ Corte-IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N.º 282.

⁷ Corte-IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N.º 272.

⁸ Decimoctavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de la ciudad de México, Amparo Directo 271/2016, sentencia del 8 de mayo de 2017.

Si bien remite a la Sala competente para la determinación concreta del daño y las reparaciones del caso -para garantizar el derecho de defensa y doble conforme del accionante-, es sumamente notable el hincapié que formula la sentencia en la interpretación pro persona que las autoridades judiciales debían realizar.

A la Corte Constitucional de Guatemala, por su parte, le tocó intervenir en el desalojo y desplazamiento forzoso de la comunidad “Laguna Larga”, una comunidad compuesta por aproximadamente 456 personas, integrada de forma progresiva debido a desplazamientos humanos ocurridos durante el conflicto armado interno ante las acciones del Ejército de Guatemala y de grupos de guerrilla⁹.

Si bien el Tribunal consideró que no podía exigirse el retorno a un área protegida para la preservación del medio ambiente y el equilibrio ecológico en el marco del amparo, debiendo ocurrir por ante el juez competente y con intervención del Consejo Nacional de áreas Protegidas, sí se expidió respecto de las medidas cautelares en trámite ante la CIDH¹⁰.

Ciertamente, aclara la Corte Constitucional que el seguimiento del cumplimiento de la medida cautelar dictada compete pura y exclusivamente al órgano internacional que la dictó, sin perjuicio de ello, estando llamada a defender el orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, debe exigir actitudes dirigidas a reducir o eliminar esas situaciones de gravedad y urgencia. Es decir, la resolución cautelar de la CIDH servirá como un elemento más para el análisis de la procedencia del amparo.

En efecto, la Corte Constitucional considera probadas en el caso las condiciones de pobreza y abandono en las que se encuentra la comunidad como consecuencia de su desplazamiento hacia la línea de frontera entre Guatemala y México, y la vulneración de derechos que padece y que ponen en riesgo la vida e integridad física de quienes la componen. Sin embargo, las medidas estatales informadas no han sido efectivas para revertir esa situación en la que se encuentran hace más de tres años.

De esta forma, no decreta la inconstitucionalidad del desalojo, aunque sí rechaza las consecuencias que ha tenido sobre la comunidad, ordenando a las autoridades competentes proveer viviendas adecuadas en un sitio consensuado con miembros y representantes de la comunidad, construyendo centros de salud y educativos cercanos, y en un lugar idóneo para acceder al trabajo y las tareas agrícolas. De igual modo, exige la creación de un registro de los miembros de la comunidad y de sus necesidades más urgentes, procurando soluciones consensuadas; facilitar la libertad de culto y religión; alimentación adecuadas y medidas de seguridad para no ser perturbados ilegalmente en el ejercicio de sus derechos, entre otras medidas encaminadas a proteger los derechos de grupos particularmente vulnerables dentro de la comunidad.

⁹ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente 4647-2018, sentencia 5141-2021, 2 de febrero de 2021.

¹⁰ CIDH; Resolución 36/17 del 8 de septiembre de 2017.

Finalmente, reconoce que, si bien se trata de un problema estructural que requiere de acciones a mediano y largo plazo para su erradicación total, “es de vital importancia acudir paralelamente a políticas asistencialistas e implementar planes, programas y proyectos que progresivamente logren hacer cesar la vulneración sistemática que padece la comunidad”.

Debido a la urgencia del caso, además, resuelve ejercer fuero de atracción para la supervisión de cumplimiento de lo ordenado, fijando audiencias de seguimiento al menos cada noventa días.

No sería posible cerrar este artículo sin hacer referencia al caso ecuatoriano, dado que la noción de “reparación integral” se encuentra incorporada en su legislación interna. De tal forma, la Corte Constitucional del Ecuador hizo propicio un caso de denegatoria de solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado para abordar, con carácter *erga omnes*, las garantías mínimas del debido proceso en el derecho a solicitar asilo y los trámites para ello, el derecho y principio de no devolución y el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹.

Al tiempo de ocuparse de las medidas de reparación en el caso, si bien el Tribunal concluye que carece de información suficiente para otorgar una medida de reparación al accionante –más allá de ordenar dejar sin efecto su proceso de reconocimiento de la condición de refugiado y retrotraerlo al momento anterior a la entrevista de elegibilidad–, ordena una serie de medidas de no repetición, a saber: la elaboración de un instructivo que regule el procedimiento para acceder a un intérprete capacitado y calificado en toda etapa del procedimiento; la organización de capacitaciones para todos/as los/as servidores de la Dirección de Protección Internacional sobre los derechos que les asisten a las personas en situación de movilidad humana, el debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado y los estándares internacionales aplicables en relación al asilo, refugio y no devolución; lo propio deberá hacer el Consejo de la Magistratura para todas las juezas y todos los jueces, además de la publicación de la sentencia.

En otro caso, relativo a la revocatoria de la nacionalidad ecuatoriana por naturalización, la Corte Constitucional del Ecuador fijó los estándares de debido proceso que deben caracterizar a tales procedimientos, además de declarar la violación del derecho a la libertad personal e integridad física del accionante por haber sido retenido en el aeropuerto de Guayaquil. De tal forma, ante la particularidad de que el accionante había obtenido para el tiempo de la resolución del caso la nacionalidad estadounidense, por lo que ya no mantenía interés en recuperar la nacionalidad ecuatoriana, el Tribunal resolvió otorgarle a la víctima una reparación económica en relación con las vulneraciones sufridas, pero, además, “con el objetivo de evitar que violaciones como las del presente caso vuelvan a ocurrir y de alcanzar verdaderos cambios estructurales, como medidas de no repetición esta Corte considera indispensable que la Asamblea Nacional adecue las leyes respectivas (como la Ley Orgánica de Movilidad Humana) al contenido y alcance de los derechos referidos en la presente sentencia”¹².

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 897-11-JP/20 (Garantías mínimas en el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado). Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo, Quito, D.M., 12 de agosto de 2020.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 335-13-JP/20 (Debido proceso en la revocatoria de nacionalidad), Jueza ponente: Daniela Salazar Marín, Quito, D.M., 12 de agosto de 2020.

Otra sentencia relevante de la Corte Constitucional del Ecuador se refiere al caso de un ciudadano cubano que fue detenido y privado de su libertad sin orden judicial ni presencia de autoridad migratoria alguna, iniciándose *a posteriori* un proceso de deportación. El Tribunal concluyó que se vulneró el acceso al hábeas corpus al denegársele la acción pese a ser procedente, que la víctima fue sometida a condiciones indignas e inadecuadas de detención, que se vulneraron en el caso las garantías del debido proceso en el marco de la deportación, además de considerar que las fuerzas policiales aplican perfiles discriminatorios en los procesos migratorios, violándose así el derecho a la igualdad y no discriminación del accionante.

En virtud de todo ello, como medidas de reparación, la Corte Constitucional considera que, en tanto el accionante se encuentra tramitando su ciudadanía ecuatoriana, una forma de reparación simbólica podría ser la facilitación de ese trámite, siempre que reúna todos los requisitos, sin costo alguno. Como medida de no repetición, ordena la publicación de la sentencia para que sea asequible a personal policial y operadores de la justicia, en la idea de que el conocimiento de los hechos del caso puede contribuir a prevenir situaciones semejantes en el futuro. Finalmente, fija un monto de indemnización compensatoria en la misma sentencia, evitando las dilaciones indebidas de un nuevo proceso contencioso administrativo al efecto¹³.

4. Retos hacia una reparación integral del daño: el caso de Argentina

Los fallos reseñados anteriormente ponen en evidencia que, si se lo proponen y las leyes los facultan, los poderes judiciales pueden cumplir un rol activo más allá de la determinación de responsabilidades ulteriores, la investigación y la sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos. Los sistemas judiciales de todos los países deberían poder trabajar en la prevención involucrándose, por ejemplo, por vía de la noción de reparación integral como aquí se ha visto. Para ello, es necesario poner en crisis algunos principios tradicionales del derecho administrativo que suele regir en materia migratoria.

Es lo que ocurre, por caso, en el ordenamiento jurídico argentino, donde los jueces y juezas que intervienen en la revisión jurisdiccional de los actos administrativos de expulsión y de denegatoria de refugio, limitan su potestad a un control estricto de legalidad y razonabilidad del acto. En ese reducto al que queda circunscripta su actuación, cuando se concluye que el acto administrativo es nulo, se produce un reenvío del asunto a sede administrativa para su nueva resolución. En el mejor de los casos, se establecen una serie de pautas a tener en cuenta. Así, en el caso de un migrante uruguayo que se encontraba a cargo de sus cinco niñas menores de edad nacidas en Argentina, una de las cuales padecía VIH, la Sala V de la Cámara Contenciosa resolvió “remitir las actuaciones a la Dirección Nacional de Migraciones para que evalúe nuevamente la situación de la accionante, teniendo en especial consideración el interés superior de las niñas involucradas en estas actuaciones, de conformidad con los términos del presente fallo, a cuyo efecto podrá requerirse su participación”¹⁴.

Ante ello, en el caso argentino se han explorado otras vías de acción en procura de lograr un impacto diferente y, por ende, resultados más favorables para las personas en contexto de movilidad humana.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 159-11-JH/19 (El hábeas corpus y las personas en movilidad), juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, Quito, D.M., 26 de noviembre de 2019.

¹⁴ Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “F.B Y OTRO c/ EN – DNM s/RECURSO DIRECTO DNM”, sentencia del 27 de agosto de 2019.

Se destaca en esta línea el caso de una persona migrante de nacionalidad peruana quien, tras ser condenada a prisión en Argentina, fue expulsada del país por decisión de la DNM. Pese a ser madre de dos niñas y un niño de nacionalidad argentina, los recursos interpuestos en su favor no lograron revertir tal decisión. Por ello, el caso fue llevado ante el Comité de los Derechos del Niño alegando la vulneración de sus derechos al debido proceso, a participar y ser oídos con garantías adecuadas, a no ser separados/as de sus progenitores entre otros. A la vez, se indicó que estas prácticas lesivas de los derechos de los niños y niñas excedían el caso particular y se presentaban como constante en los procesos de expulsión seguidos respecto de sus padres y madres migrantes, en los que no se verifica una adecuada ponderación de los intereses y derechos en juego.

El 10 de julio de 2019, el Comité solicitó al Estado parte que adoptara medidas provisionales consistentes en la suspensión de la expulsión de la madre mientras la comunicación ante el Comité estuviera pendiente de examen. Tal decisión fue el disparador para que la DNM resolviera revocar la orden de expulsión oportunamente dictada. Así, en junio de 2020 le concedió a la accionante la residencia permanente.

En virtud de ello, el Comité resolvió archivar la comunicación no sin destacar que el hecho de haber sido regularizada su residencia en el país no constituye en sí mismo una plena reparación de las violaciones de la Convención alegadas¹⁵. Efectivamente, si bien el Comité no llegó a tratar el fondo del asunto y, por ende, no se expidió sobre las medidas de reparación integral que se requirieron, lo cierto es que el impacto de la decisión, aunado al cambio de autoridades tras las elecciones del año 2019, abrieron al camino a una búsqueda de soluciones más duraderas.

¹⁵ CDN, comunicación n.º 90/2019, 8 de octubre de 2020, CRC/C/85/D/90/2019

5. Conclusión

Es innegable que esta clase de procesos, administrativos y judiciales, tienen un enorme impacto en la vida de las personas en contexto de movilidad humana. Gozar de protección o tener que retornar a su país, regularizarse o permanecer en condiciones irregulares, son decisiones que impactan en sus proyectos de vida, en sus familias, en el acceso a derechos fundamentales.

Cuando se concluye que tales decisiones han sido contrarias a la normativa aplicable, que se han vulnerado garantías al debido proceso y estándares internacionales de protección, las autoridades judiciales deberían poder involucrarse en la no repetición de tales actos u omisiones.

Ojalá los casos aquí analizados sirvan de ejemplo y disparador para emprender las reformas necesarias y transformar las prácticas que impiden a grupos en particular situación de vulnerabilidad acceder y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.

MISIÓN

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales. Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.

 @CICRDRMX

 @CICR_DRMX

 @cicr_mx

 @cicrmx

Comité Internacional de la Cruz Roja
Delegación Regional para México y América Central
Presidente Masaryk No. 29 Col. Chapultepec Morales.
C.P. 11570, CDMX.
T (+52) 55 2581 2110
E-mail: mex_mexico@icrc.org
www.icrc.org
©CICR, Enero de 2022