

Movilidad humana Estándares interamericanos



OEA/Ser.L/V/II.

Doc. 46/15

31 diciembre 2015

Original: Español

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Derechos humanos de migrantes,
refugiados, apátridas,
víctimas de trata de personas
y desplazados internos:
Normas y Estándares
del Sistema Interamericano
de Derechos Humanos**

2015

www.cidh.org

OAS Cataloging-in-Publication Data

Inter-American Commission on Human Rights.

Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de

Derechos Humanos / [Preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].

p. ; cm. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.L)

ISBN 978-0-8270-6554-3

1. Human rights. 2. Emigration and immigration. 3. Civil rights. 4. Stateless persons. 5. Refugees. 6. Human trafficking. 7. Internally displaced persons.

I. Title. II. Series: OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.L.

OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15

Documento publicado gracias al apoyo financiero de España, la Alianza para las Migraciones en Centroamérica y México (CAMMINA) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Las opiniones aquí expresadas pertenecen exclusivamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y no reflejan las posturas de España, CAMMINA o ACNUR



COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Miembros

Rose-Marie Belle Antoine

James L. Cavallaro

José de Jesús Orozco Henríquez

Felipe González

Rosa María Ortiz

Tracy Robinson

Paulo Vannuchi

Secretario Ejecutivo

Emilio Álvarez-Icaza Longoria

Secretaria Ejecutiva Adjunta

Elizabeth Abi-Mershed

Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2015.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN | 11 |
| <i>A. Alcance y objetivos del informe</i> | 11 |
| <i>B. La migración en las Américas</i> | 17 |
| 1. Migración forzada en las Américas: Refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y víctimas de trata de personas | 25 |
| 2. Apátridas | 29 |
| 3. Migrantes internos y desplazados internos | 30 |
| 4. Víctimas de trata de personas | 33 |
| <i>C. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes</i> | 35 |
| | |
| CAPÍTULO 2 FUENTES DE DERECHO | 39 |
| <i>A. Instrumentos Interamericanos de Derechos Humanos</i> | 40 |
| 1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre | 41 |
| 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos | 44 |
| <i>B. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares</i> | 46 |
| <i>C. Los instrumentos del Derecho Internacional de los Refugiados</i> | 48 |
| 1. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados | 48 |
| 2. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados | 50 |
| 3. Declaración de Cartagena sobre Refugiados | 52 |
| <i>D. Los instrumentos del Derecho Internacional de los Apátridas</i> | 55 |
| 1. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas | 56 |
| 2. Convención para Reducir los Casos de Apatridia | 57 |
| <i>E. Los instrumentos internacionales en materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes</i> | 59 |
| 1. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, “Protocolo contra la trata de personas” | 59 |
| 2. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes” | 60 |
| <i>F. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos</i> | 62 |
| <i>G. Otros instrumentos internacionales relevantes</i> | 63 |

CAPÍTULO 3 | DEFINICIONES **67**

| | |
|--|----|
| A. <i>Migrante</i> | 67 |
| B. <i>Refugiado</i> | 68 |
| C. <i>Solicitante de asilo</i> | 69 |
| D. <i>Protección complementaria</i> | 70 |
| E. <i>Apátrida</i> | 70 |
| F. <i>Tráfico de migrantes</i> | 70 |
| G. <i>Trata de personas</i> | 70 |
| H. <i>Niño, niña o adolescente no acompañado</i> | 71 |
| I. <i>Niño, niña o adolescente separado</i> | 71 |
| J. <i>Flujo migratorio mixto</i> | 71 |
| K. <i>Desplazado interno</i> | 71 |

CAPÍTULO 4 | OBLIGACIONES GENERALES RESPECTO DE PERSONAS EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD HUMANA **75**

| | |
|---|-----|
| A. <i>Consideraciones generales: el alcance espacial del concepto de jurisdicción bajo el derecho internacional de los derechos humanos</i> | 75 |
| B. <i>Las obligaciones de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos</i> | 78 |
| 1. <i>El deber de prevenir</i> | 79 |
| 2. <i>El deber de investigar, procesar y sancionar</i> | 82 |
| a. <i>Las obligaciones en materia de cadena de custodia en el marco del deber de investigar las violaciones a los derechos humanos</i> | 85 |
| C. <i>El deber de adoptar disposiciones de derecho interno</i> | 89 |
| D. <i>Igualdad ante la ley y no discriminación</i> | 90 |
| 1. <i>La implementación de políticas, leyes y prácticas de contenido discriminatorio</i> | 93 |
| 2. <i>Aplicación de perfiles raciales en el marco de operativos de control migratorio</i> | 99 |
| E. <i>Uso de la fuerza en operativos migratorios</i> | 101 |

CAPÍTULO 5 | LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA SERVIDUMBRE Y LA TRATA DE PERSONAS **109**

| | |
|-------------------------------|-----|
| A. <i>Alcance y contenido</i> | 109 |
|-------------------------------|-----|

**CAPÍTULO 6 | EL DERECHO DE CIRCULACIÓN
Y DE RESIDENCIA** **115**

- A. *Alcance y contenido* 115
- B. *El derecho a no ser desplazado internamente* 116
- C. *El derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio* 126
- D. *La prohibición de expulsión de nacionales y de ser privado del derecho a ingresar al territorio del cual se es nacional* 131
- E. *La prohibición de expulsión colectiva de extranjeros* 137

**CAPÍTULO 7 | GARANTÍAS PROCESALES EN EL MARCO
DE PROCEDIMIENTOS DE DEPORTACIÓN
O EXTRADICIÓN** **143**

- A. *Garantías generales* 144
- B. *Garantías mínimas del debido proceso migratorio* 149
- C. *Procedimientos de extradición* 162

**CAPÍTULO 8 | EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL
MARCO DE PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS** **169**

- A. *Alcance y contenido* 169

**CAPÍTULO 9 | EL DERECHO A NO SER SUJETO A PENAS
O TRATOS CRUELES, INHUMANOS O
DEGRADANTES COMO RESULTADO DE UN
PROCEDIMIENTO DE DEPORTACIÓN** **185**

- A. *Alcance y contenido* 185

**CAPÍTULO 10 | EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y
LAS GARANTÍAS PROCEDIMIENTALES EN
LA DETENCIÓN MIGRATORIA** **191**

- A. *Garantías procesales específicas en el marco de la detención migratoria* 191
- B. *Principio de la no detención de niños, niñas y adolescentes migrantes* 201
- C. *Condiciones de detención* 202

CAPÍTULO 11 | EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO **207**

- A. *Alcance y contenido* 207
- B. *El derecho a ingresar y presentar una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado* 209
- C. *Garantías procesales en el marco de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiados* 211

CAPÍTULO 12 | EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN **221**

- A. *Alcance y contenido* 221
- B. *Garantías diplomáticas en procedimientos de extradición* 225

CAPÍTULO 13 | EL DERECHO A LA NACIONALIDAD **237**

- A. *Alcance y contenido* 237
- B. *Garantías del debido proceso en procedimientos para el otorgamiento de la nacionalidad* 241

CAPÍTULO 14 | DERECHO A LA PROPIEDAD **247**

- A. *Alcance y contenido* 247
- B. *El derecho a la propiedad de las personas desplazadas internamente* 249
- C. *El derecho a la propiedad de las personas en el contexto de la migración* 251

CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

A. Alcance y objetivos del informe

1. La movilidad humana ha sido una característica inherente de los seres humanos a lo largo de la historia de la humanidad. Desde sus orígenes, los seres humanos han migrado en busca de mejores condiciones de vida, para poblar otros lugares del planeta, o para huir y sobrevivir a amenazas causadas por el hombre o la naturaleza. A pesar de que la movilidad humana ha sido una constante a lo largo de la historia de la humanidad, fue con la creación del Estado-nación, a partir de los Tratados de Westfalia de 1648, lo que trajo consigo el fenómeno que hoy se conoce como migración internacional. La reorganización de la comunidad internacional como un conjunto de Estados territoriales con fronteras geográficas definidas permitió a los Estados ejercer autoridad sobre las personas que se habían establecido dentro de sus fronteras, así como respecto de aquellas que intentaban ingresar a sus territorios.
2. A efectos del presente informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Comisión Interamericana”, “Comisión” o “CIDH”) estima necesario precisar que la movilidad humana comprende la migración internacional y la migración interna. La migración internacional implica el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, con el propósito de establecerse por un periodo de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional; mientras que la migración interna se da cuando una persona o grupo de personas se desplazan de un lugar a otro del país del que es nacional, para establecerse allí por un periodo de tiempo o de manera permanente.
3. La movilidad humana, ya sea como migración internacional o interna, es un fenómeno multicausal que puede darse de manera voluntaria o forzada. La primera se da cuando la persona migra voluntariamente, sin ningún tipo de coacciones. Mientras que, la migración forzada abarca aquellas situaciones en las que la persona se ha visto forzada a migrar porque su vida, integridad o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público o desastres naturales o provocados por el ser humano, entre otras causas. Asimismo, puede implicar situaciones en donde los individuos son transportados físicamente a través de fronteras sin su consentimiento, como es el caso de la trata de personas.

4. La movilidad humana como fenómeno multicausal implica que las personas migran por diversas razones, entre las cuales se encuentran razones de índole económica, social, política o ambiental. A través del monitoreo de la situación de derechos humanos en los países de las Américas, la Comisión Interamericana ha constatado que entre los factores de expulsión que conllevan a que las personas migren de los lugares en los que vivían se encuentran la violencia generada por actores estatales y no estatales, los conflictos armados, la desigualdad, la pobreza, la falta de garantía de derechos económicos, sociales y culturales, la inestabilidad política, la corrupción, así como la inseguridad, diversas formas de discriminación, desastres naturales y el impacto del cambio climático. A su vez, la Comisión ha observado que entre los factores de atracción que promueven la migración de personas se encuentran principalmente la posibilidad de tener mejores niveles de seguridad humana, menores niveles de violencia y criminalidad, mayor estabilidad política, reunificación familiar, mayores posibilidades para acceder a empleo o educación, mayor acceso a servicios, condiciones climáticas más favorables, entre otros. La migración como fenómeno multicausal suele ocurrir como resultado de una combinación de factores de expulsión y atracción como los mencionados anteriormente.
5. En lo que respecta a la migración internacional, la Comisión ha identificado como con base en la soberanía estatal, múltiples Estados han regulado la migración a través de políticas, leyes, decisiones y prácticas que contravienen directamente los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias. A su vez, los Estados han desarrollado normas y mecanismos a nivel internacional, regional, bilateral y unilateral para regular el movimiento de personas entre Estados. La existencia de múltiples marcos normativos, foros e instituciones, a través de los cuales muchos Estados tratan de controlar la migración internacional, principalmente de forma unilateral o bilateral, ha llevado a una falta de coherencia en la gobernanza mundial, regional y nacional de la migración internacional, a la vez que plantea desafíos para los marcos normativos a nivel universal y regional de protección de derechos humanos.
6. Al respecto, la Comisión estima importante señalar que al referirse a la facultad de los Estados para fijar sus políticas migratorias, los órganos del Sistema Interamericano han sostenido de manera reiterada que si bien los Estados tienen el derecho a controlar sus fronteras, definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de los extranjeros de su territorio y, en general, de establecer sus políticas migratorias; las políticas, leyes y prácticas que implementen en materia migratoria deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de las obligaciones internacionales que han contraído en materia de derechos humanos.¹ Asimismo, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales

¹ En general, véase, CIDH, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, 24 de julio de 2015 (en adelante "Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados"), párr. 39; 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, 30 de diciembre de 2013 (en adelante "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México"), párr. 327 y 580; *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en*

conexas resultantes de los instrumentos internacionales derecho de los refugiados, derecho de los apátridas y de derecho humanitario.

7. Si bien la migración comprende múltiples beneficios, tales como el de favorecer la multiculturalidad de las sociedades e impulsar el crecimiento económico de los Estados, la migración también plantea grandes desafíos en lo que respecta a los derechos humanos de los migrantes. Diversos órganos internacionales de derechos humanos han sostenido de manera reiterada que por el hecho de ser migrantes, las personas suelen enfrentar múltiples violaciones a sus derechos humanos a lo largo del proceso migratorio. A su vez, muchas de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes tienen un impacto directo sobre sus familias.
8. En este contexto, la Comisión ha identificado que uno de los principales desafíos que enfrentan las personas en el contexto de la migración en materia de derechos humanos en la región es la persistencia de un gran número de políticas, leyes y prácticas estatales, así como de acciones y omisiones de actores no estatales y personas individuales, que desconocen las personas en el contexto de la migración como sujetos de derecho y que violan sus derechos humanos.² Con relación a las diversas situaciones de vulnerabilidad en las que suelen encontrarse los migrantes, la Comisión Interamericana ha sostenido:

Es preciso recalcar que inmigrantes y trabajadores migratorios se encuentran en una condición muy vulnerable. Estas personas

el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000 (en adelante "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"), párr. 166; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000 (en adelante "Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias"). CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002 (en adelante "Informe sobre terrorismo y derechos humanos"), párr. 377; CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010 (en adelante "Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso"), párr. 32; CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.688, *Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín (República Dominicana)*. 11 de febrero de 2011, párr. 208. En este mismo sentido, véase, 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, párr. 39; 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, párr. 169; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 129; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Octubre de 2012. Serie C, No. 251, párr.154; Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 97 y 169; Corte IDH. *Asuntos Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, Considerando No. 4.

² La Corte Interamericana ha sostenido que la política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que se refiera al ingreso, permanencia o salida de población nacional o extranjera de de su territorio. Véase, 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, párr. 163.

muchas veces ignoran las leyes y el idioma del país receptor y en varias ocasiones deben enfrentar abierta hostilidad por parte de la población, incluso de las autoridades. La situación es particularmente grave en el caso de los migrantes indocumentados, cuya situación inmigratoria los expone aún más a abusos. De hecho, dada la situación particular de los migrantes se sostiene que estas personas enfrentan una condición de vulnerabilidad estructural. A raíz de ella, los migrantes están expuestos a una serie de atropellos. Entre ellos se pueden mencionar arrestos arbitrarios y la ausencia de debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención inhumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Estas situaciones afectan de forma particular a las mujeres y niños migrantes, quienes están además expuestos a excesos como acoso sexual, golpizas y condiciones deficientes de trabajo.³

9. A menudo, las personas migrantes suelen enfrentar formas interrelacionadas de discriminación, por las cuales son discriminados no sólo por su origen nacional, su situación migratoria, o más ampliamente por el hecho de ser extranjeros, sino también en razón de factores tales como su edad, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnico-racial, condición de discapacidad, situación de pobreza o pobreza extrema, entre otras.⁴ Adicionalmente, la vulnerabilidad de las personas migrantes se ve agravada cuando éstas se encuentran en situación irregular. La clandestinidad en la que viven a diario conlleva a que sean más vulnerables a ser víctimas de delitos y violaciones a sus derechos humanos por parte de autoridades y de particulares a través de las diferentes etapas del proceso migratorio. A esto se adiciona el temor de los migrantes a recurrir a las autoridades por las consecuencias que eso pudiera desencadenar, principalmente el ser detenidos y posteriormente deportados. Las situaciones de vulnerabilidad descritas anteriormente conllevan a que las personas migrantes padezcan de diversas formas de discriminación, las cuales al darse en un mismo tiempo conllevan a una discriminación intersectorial. Al referirse a la situación de vulnerabilidad a la que están sujetos los migrantes, la Corte Interamericana señaló que:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un

³ CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 64.

⁴ CIDH, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 83.

contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.⁵

10. Dentro de este marco, un desafío constante que la Comisión ha identificado en lo que respecta a las personas en el contexto de la movilidad humana tiene que ver con los serios obstáculos que estas personas enfrentan para acceder a la justicia y por ende, disponer de recursos idóneos ante las violaciones a derechos humanos. Esto se ve reflejado en el amplio margen de discrecionalidad con el que muchas autoridades resuelven situaciones que involucran a estas personas o sus familiares, la inobservancia de garantías de debido proceso en procedimientos que involucran a estas personas, así como la insuficiente o inexistente protección judicial y los consecuentes altos niveles de impunidad que existen en relación con casos de violaciones a sus derechos humanos. Sobre esta cuestión, la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales ha manifestado que “hay una urgente necesidad de llenar el vacío que existe actualmente entre los principios que se encuentran en el marco jurídico y normativo que afecta a los migrantes internacionales y la forma en que la legislación, políticas y prácticas se interpretan e implementan a nivel nacional.”⁶
11. En respuesta a estas situaciones, los órganos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, a través de su jurisprudencia y doctrina, han ido dando alcance y contenido a los derechos de las personas en el contexto de la movilidad humana. A lo largo de las casi seis décadas que han transcurrido desde su creación en 1959, la Comisión Interamericana ha monitoreado diversas situaciones que involucran a personas en el contexto de la movilidad humana a través de la realización de visitas a países, estudios temáticos e informes de países, solicitudes de información, audiencias y reuniones de trabajo, peticiones, casos y medidas cautelares.
12. Con el propósito de garantizar el reconocimiento de las personas en el contexto de la movilidad humana como sujetos de derecho y el goce efectivo de sus derechos, a lo largo de los años, la CIDH también ha enfocado parte de sus acciones en garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos puedan acceder en igualdad de condiciones a la justicia internacional a través de los mecanismos de casos individuales y medidas cautelares previstos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una de las principales acciones a través de las que la Comisión y su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes han hecho frente a las violaciones a los derechos humanos y los vacíos de protección que enfrentan las personas en el contexto de la movilidad humana, ha sido a través del establecimiento de estándares en la materia mediante informes de peticiones y

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, párr. 112.

⁶ Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales, *Migration in an Interconnected World: New Directions for Action*. Ginebra, 2005, pág. 15, párr. 22.

casos, medidas cautelares, así como informes de países e informes temáticos. La CIDH también ha impulsado el desarrollo jurisprudencial y de las opiniones consultivas que posteriormente la Corte Interamericana ha adoptado con relación a estas personas. A su vez, la Corte Interamericana ha desarrollado una importante jurisprudencia por medio de los estándares establecidos en sentencias, medidas provisionales y opiniones consultivas.

13. En este orden de ideas, a través del presente informe, la Comisión Interamericana busca presentar los estándares jurídicos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana”, “Corte” o “Corte IDH”), con relación al alcance y contenido de los derechos humanos de las personas en el contexto de la migración, de conformidad con las obligaciones derivadas de los instrumentos interamericanos, en particular las de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o la “Convención”), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”), así como en otros instrumentos interamericanos e internacionales relevantes.
14. Este informe resulta particularmente relevante en momentos en que las políticas migratorias de algunos Estados de la región están más enfocadas en un abordaje de la migración más desde un enfoque de seguridad nacional y contención de los flujos migratorios que desde un enfoque de derechos humanos. Durante los últimos años, la Comisión ha observado con preocupación cómo algunos Estados han endurecido sus políticas migratorias a partir de una mayor utilización de medidas tendientes a: a) la externalización del control migratorio;⁷ b) la securitización de las fronteras; c) la criminalización de los migrantes, en particular de migrantes en situación irregular a través del uso generalizado de la detención migratoria y de deportaciones sumarias⁸; d) limitar el acceso a procedimientos de protección internacional, en particular al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiados.⁹

⁷ Véase, CIDH, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*, párrs. 113 y ss. y nota al pie No. 141. También véase, CIDH, *Audiencia sobre derechos humanos e interceptación de personas elegibles para protección internacional*. 156º periodo ordinario de sesiones, 22 de octubre de 2015.

⁸ Véase, CIDH, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*, párrs. 57-83 y 119-160; CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párrs. 410-577; y CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párrs. 33 yss. También véase, CIDH, *Audiencia sobre detención migratoria y medidas alternativas en las Américas*. 153º periodo ordinario de sesiones, 30 de octubre de 2014; CIDH, *Audiencia sobre situación de derechos humanos de la niñez y familias migrantes y refugiadas en las Américas*. 153º periodo ordinario de sesiones, 30 de octubre de 2014; CIDH, *Audiencia sobre situación de los derechos la niñez en el contexto de la migración en las Américas*. 147º periodo ordinario de sesiones, 12 de marzo de 2013.

⁹ Véase, entre otras, CIDH, *Audiencia sobre derechos humanos e interceptación de personas elegibles para protección internacional*. 156º periodo ordinario de sesiones, 22 de octubre de 2015; CIDH, *Audiencia sobre situación de derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en América en el 30º Aniversario de la Declaración de Cartagena*. 153º periodo ordinario de sesiones, 27 de octubre de 2014; CIDH, *Audiencia sobre situación de derechos humanos de los refugiados en las Américas*. 149º periodo ordinario de sesiones, 31 de octubre de 2013.

15. La Comisión y la Corte Interamericana han adoptado una interpretación evolutiva al desarrollar sus estándares con relación a los derechos humanos de las personas en el contexto de la movilidad humana¹⁰. En este sentido, la Corte ha establecido que la interpretación debe atender a “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹¹, y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar¹². Para tal fin, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han recurrido a las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención Americana.¹³

B. La migración en las Américas

16. A lo largo de los años, la Comisión Interamericana ha identificado políticas, leyes, sentencias y prácticas que plantean serios desafíos en lo que respecta a los derechos humanos de los migrantes en el continente americano. El simple hecho de ser migrantes conlleva que, con frecuencia, estas personas sean víctimas de múltiples formas de discriminación y violencia en los países de origen, tránsito, destino y retorno. A su vez, la Comisión también ha tenido conocimiento de los abusos a los que son sometidos los migrantes en países de tránsito y destino, así como de los obstáculos que tienen que enfrentar en sus países de origen antes de partir, o una vez que retornan a ellos.
17. Durante las últimas décadas se ha evidenciado a nivel mundial un incremento gradual de la movilidad humana, ya sea como migración internacional o migración interna. Como consecuencia de diversos factores se prevé que la migración seguirá en aumento en el continente americano, entre estos factores se encuentran: 1) las crecientes disparidades socio-económicas, particularmente en términos de desigualdad, pobreza y necesidades básicas insatisfechas; 2) el auge de la flexibilización y disminución de garantías y derechos laborales principalmente respecto de trabajadores de sectores económicos de baja cualificación; 3) el

¹⁰ Al respecto, también puede verse, Cantor, David J., y Barichello, Stefania, “Protection of asylum seekers under the Inter-American Human Rights System”, en Abass, Ademola e Ippolito, Francesca (Eds.), *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: An International Legal Perspective*. Surrey: Ashgate, págs. 265-294; Ceriani Cernadas, Pablo, Fava, Ricardo y Morales, Diego, “Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y no discriminación: Una aproximación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Ceriani Cernadas, Pablo y Fava, Ricardo (Eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*. Remedios de Escalada: Universidad Nacional de Lanús, 2009, págs. 117-171.

¹¹ 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 No. 16, párrs. 113-114.

¹² La Comisión reconoce que puede haber situaciones en las que los niveles generales de violencia y abusos relacionados con la prohibición de la migración son tan extremas, que la legitimidad de la prohibición de la migración en sí puede estar sujeto a cuestionamiento; ello sobre la base de las normas internacionales de derechos humanos.

¹³ Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 49.

aumento de la violencia criminal en algunos países del continente y el consecuente deterioro progresivo de los niveles de seguridad humana; 4) el deterioro de la situación económica, social y política de diversos países; 5) el impacto generado por la violencia generada por guerras, conflictos armados y el terrorismo; 6) la fragilidad y/o corrupción de instituciones políticas en algunos países de la región; 7) las necesidades de reunificación familiar; 8) el impacto del accionar de empresas nacionales y transnacionales; 9) el cambio climático y los desastres naturales y 10) el auge de la urbanización a partir de la mejora de las condiciones de vida en las ciudades.

18. A lo largo de los años, la Comisión Interamericana ha observado cómo las causas y dinámicas de la migración han ido cambiando en los países de la región. En años recientes, la región ha evidenciado un aumento progresivo de los movimientos migratorios mixtos, entre los cuales se encuentran números significativos de personas que además de la protección de sus derechos humanos requieren protección internacional. En los países de las Américas, la migración forzada de personas, tanto interna como internacional, ha sido una de las principales consecuencias y estrategias de lucha derivadas de regímenes dictatoriales, conflictos armados internos, así como de la violencia generada por actores estatales y no estatales.
19. Entre las múltiples causas que generan la migración de personas, el accionar del crimen organizado es actualmente uno de los principales generadores de migración forzada en varios países de la región.¹⁴ Asimismo, las desigualdades sociales, económicas y demográficas entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, ya sea en términos de oportunidades de empleo, recursos, educación y derechos humanos, representan otras de las causas fundamentales de la migración internacional e interna.¹⁵ La Comisión también ha tenido conocimiento de situaciones en las que proyectos de desarrollo en gran escala, también conocidos como megaproyectos, industrias de extracción minera y agrícola y economías extractivas no tradicionales han causado la migración forzada de personas. Igualmente, el impacto del cambio climático y de desastres naturales son otras de las causas que están conllevando a que muchas personas no tengan otra opción más que migrar de sus lugares de origen. Principalmente, se trata de personas que ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad por otras múltiples causas, pues generalmente viven en condiciones de pobreza y no tienen garantizados sus derechos económicos, sociales y culturales, y por ello suelen verse forzadas a migrar.
20. En adición a lo anterior, las bajas tasas de natalidad y su tendencia a disminuir en muchos países desarrollados está conllevando una contracción de la población en edad de trabajar y al envejecimiento acelerado de la población¹⁶. En este sentido, la

¹⁴ Véase, CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 75.

¹⁵ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 73 y ss.

¹⁶ En 2011, la población mundial alcanzó los 7 mil millones, y se prevé que supere los 9 mil millones para 2050. La mayor parte del futuro crecimiento poblacional esperado se producirá en los países en desarrollo, y se concentrará en los países menos desarrollados. Es en estos países donde los desafíos del desarrollo se

Comisión observa que la migración internacional puede desempeñar un papel importante para contrarrestar la disminución de la población, la reducción de la población en edad de trabajar y el envejecimiento de la población, especialmente en los países con bajas tasas de natalidad, aunque por sí misma no puede revertir estas tendencias. La migración es un componente cada vez más importante en las dinámicas poblacionales y continuará teniendo un impacto en el desarrollo en los países en desarrollo y desarrollados.

21. Para 2015, se estimaba el número de migrantes internacionales en 244 millones de personas a nivel mundial,¹⁷ lo cual representaba un 3.3% de la población mundial; y se prevé que siga en aumento durante las próximas décadas.¹⁸ La proporción de migrantes internacionales en relación con el total de la población mundial se ha mantenido estable durante las últimas décadas, representando alrededor del 3% de la población mundial. La cifra para 2015 es la más alta en comparación con las cifras de migrantes internacionales de 1990, 2000 y 2010, que eran 154 millones, 175 millones y 214 millones de personas respectivamente, lo cual refleja el aumento progresivo en las migraciones internacionales.¹⁹
22. Del total de migrantes internacionales en el mundo, en las Américas hay cerca de 63 millones migrantes internacionales. Alrededor de 54 millones se encuentran en Norteamérica, principalmente en los Estados Unidos de América con 47 millones. En América Latina y el Caribe viven 9 millones de migrantes internacionales.²⁰ En términos porcentuales, el 26% del contingente de migrantes internacionales a nivel mundial se encuentra en las Américas²¹.
23. Por rangos de edades, el 72% de los migrantes internacionales tienen edades comprendidas entre los 20 y 64 años, el 15% entre 0 y 19 años, y el 12% restante 65 años o más.²² Los migrantes internacionales tienden a tener una edad mayor a la media de la población mundial, con 39 años para migrantes.
24. El 15 % del total de los migrantes internacionales tienen menos de 20 años de edad. En 2014, se procesaron más de 25.300 solicitudes de asilo provenientes de niños no acompañados o separados de 77 países en todo el mundo²³. La

sentirán más fuertemente, bajo la presión de un alto desempleo, la pobreza, bajos niveles educativos y las altas tasas de crecimiento demográfico. Por el contrario, se espera que la población de las regiones más desarrolladas cambie mínimamente, pasando de 1,2 mil millones en 2011 para 1,3 mil millones en 2050.

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 1 (disponible sólo en inglés).

¹⁸ Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la cifra de migrantes internacionales podría alcanzar los 405 millones de personas en 2050. Véase, OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*, pág. 3.

¹⁹ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 1.

²⁰ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 1.

²¹ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 1.

²² ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 2.

²³ ACNUR, *ACNUR Tendencias Globales 2014: Mundo en Guerra*, 18 de junio de 2015.

información recibida por la Comisión durante los últimos años también ha evidenciado un aumento significativo en la migración de niños, niñas y adolescentes.²⁴

25. La migración de niños, niñas y adolescentes es un fenómeno regional que tiene impacto sobre niños y sus familias en países de origen, tránsito, destino y retorno. Los factores que generan la migración de NNA, tanto de aquellos que lo hacen no acompañados, como aquellos que migran con sus familias, dan cuenta de diversas problemáticas estructurales de países de la región, pero también de problemáticas estructurales de carácter regional. A su vez, estas problemáticas evidencian la complejidad y gravedad de esta situación, la profundidad de las causas que subyacen a la migración en la región, y la necesidad de atenderlas de manera adecuada, oportuna y eficaz. La Comisión destaca que se trata de un contexto en el cual los aspectos básicos de vida de millones de niños, niñas y adolescentes no están siendo garantizados.²⁵
26. La Comisión observa que los factores que impulsan la migración de niños, niñas y adolescentes son variados, principalmente: la búsqueda de mejores oportunidades de vida, reunificación familiar, la búsqueda de protección internacional frente a contextos en los que son víctimas de persecución, violencia y explotación, así como consecuencia de desastres naturales. Otros factores son el maltrato o el abandono que sufren NNA en sus países de origen, la persecución por parte de organizaciones del crimen organizado, tales como “maras”, pandillas o carteles del narcotráfico y la proliferación de redes transnacionales de trata de personas.²⁶
27. A lo largo de los años, la Comisión Interamericana ha corroborado la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas y niños migrantes en la región como consecuencia de la interrelación de diversos factores, tales como su edad, el hecho de no ser nacionales del Estado en el que se encuentran y, para el caso de las niñas, en razón de su género.²⁷ Lo anterior ocasiona que los niños migrantes sean víctimas de múltiples formas de discriminación y de violaciones de

²⁴ Véase, CIDH, Comunicado de Prensa No. 67/14, *CIDH expresa profunda preocupación sobre la situación de las niñas y niños migrantes que están llegando a los Estados Unidos*, 20 de junio de 2014. También véase, CIDH, *Audiencia sobre la situación de los derechos de la niñez en el contexto de la migración en las Américas*, 147º período ordinario de sesiones, 12 de marzo de 2013; y *Audiencia sobre la situación de derechos humanos de la niñez y familias migrantes y refugiadas en las Américas*, 153º período ordinario de sesiones, 30 de octubre de 2014.

²⁵ CIDH, *Audiencia sobre la situación de derechos humanos de la niñez y familias migrantes y refugiadas en las Américas*, 153º período ordinario de sesiones de la CIDH, 30 de octubre de 2014.

²⁶ Véase, CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 215.

²⁷ Acerca de formas de discriminación intersectorial, véase, CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 83; CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011 (en adelante “*Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*”), párr. 308; y CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 octubre 2006 (en adelante “*Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*”), párrs. 107 y ss.

sus derechos humanos.²⁸ Los abusos y malos tratos a los que son sometidos los migrantes en general tienen efectos mucho más perversos cuando se trata de niños migrantes, quienes debido a su edad y madurez física y psicológica no tienen forma de oponer resistencia alguna. Por tanto, la inmadurez y vulnerabilidad de los niños requieren de una especial protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.²⁹

28. Los niños y las niñas migrantes tienen mayor necesidad de protección estatal y de la adopción de medidas especiales de protección a su favor que las que normalmente ya requieren los niños nacionales del Estado en cuestión, quienes además de la protección de su Estado cuentan con sus familias y comunidades como redes de apoyo.³⁰ En este orden de ideas, la Comisión observa en la región una falta de protección de los derechos de los niños migrantes, especialmente como consecuencia de los abusos y violaciones a derechos humanos que se dan a lo largo del proceso migratorio, es decir, desde que los NNA inician el proceso que lleva a su salida de su país de origen, a lo largo del tránsito por los países por los que se desplazan, una vez que llegan al país de destino, así como cuando son retornados a sus países de origen. La tendencia general a lo largo de las diferentes etapas de la migración de NNA se caracteriza porque las autoridades que entran en contacto con éstos no suelen realizar un procedimiento para la determinación del interés superior del niño, por lo cual las decisiones que las autoridades toman con relación a niños migrantes no tienen en cuenta su interés superior ni tampoco se adoptan medidas especiales para la protección y el bienestar del niño.
29. Desagregando por sexo, el 52 % del contingente de migrantes internacionales son hombres y el 48% mujeres.³¹ Desde la década de los noventa, la proporción de mujeres entre los migrantes internacionales ha aumentado en todas las regiones del mundo, exceptuando África y Asia. Los porcentajes más altos de mujeres migrantes se encuentran en Europa con 52.4%, Norteamérica con 51.2%, mientras que América Latina y el Caribe acogen casi el mismo porcentaje de migrantes hombres y mujeres.³²
30. El hecho de que millones de mujeres hayan engrosado el contingente de migrantes internacionales no sólo ha incrementado el número total de personas que migran, sino que también ha transformado de forma radical este fenómeno social.³³ Un gran número de las mujeres que migran en la actualidad lo hacen por su propia cuenta y no como miembros de la familia de otros migrantes. Este aumento en la

²⁸ CIDH, *Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Niños, niñas y adolescentes migrantes*. 17 de febrero de 2012, párr. 15.

²⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 93.

³⁰ OPEKIN, Brian, PERRUCHOUD, Richard, y REDPATH-CROSS, Jillyanne (Eds.), *Foundations of International Migration Law*. Cambridge: Cambridge University Press 2012, pág. 211.

³¹ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 2.

³² ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 2.

³³ CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 43.

migración de las mujeres se ha dado en respuesta al aumento de la demanda de trabajo doméstico, ya que las mujeres en países más desarrollados se han unido a la fuerza laboral, a la vez que se han venido retirando servicios y beneficios sociales del Estado de Bienestar. El aumento de las mujeres en el contingente de migrantes internacionales ha sido denominado como la feminización de la migración.

31. En la actualidad, las principales causas asociadas a la migración de las mujeres tienen que ver con factores socioeconómicos, laborales, familiares, así como consecuencia de diversas formas de violencia. La división del trabajo por género ha dado lugar a que la migración de las mujeres se haya enfocado a la realización de trabajos domésticos y los servicios de cuidado de personas, en especial de niños y niñas, adultos mayores, personas con discapacidades y/o personas enfermas; la migración y la trata de mujeres para la industria del sexo, la prostitución forzada, así como la migración para matrimonios forzados, entre otras formas de explotación. Estas formas de migración no excluyen otras formas de migración femenina que se dan cuando las mujeres migran con la intención de reunificarse con sus familias. Sobre esta situación, la Comisión observa que la inserción de las mujeres migrantes en las cadenas globales de cuidados perpetúa la reproducción de esquemas de género al seguir asignando a las mujeres roles y estereotipos tradicionales que tienden a perpetuar la visión de mujer como cuidadora, ama de casa y responsable del ámbito doméstico.³⁴
32. Las transformaciones que se han generado a raíz de la migración de mujeres y niñas también se ven reflejadas en las problemáticas propias que se han desencadenado como consecuencia de los patrones estructurales y culturales de discriminación que persisten contra las mujeres en América.³⁵ En tal sentido, la Comisión ha manifestado su preocupación respecto a la grave situación que enfrentan las mujeres migrantes, a quienes ha reconocido como un grupo en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos, debido a la discriminación y violencia que históricamente han sufrido en razón de su género.³⁶ Asimismo, el hecho de ser migrante, refugiada o desplazada han sido reconocidas como condiciones que pueden agravar la situación de vulnerabilidad de las mujeres³⁷. Al respecto, la Comisión ha señalado que la situación de violencia y discriminación que enfrentan las mujeres migrantes ha estado históricamente invisibilizada en la agenda pública y en los sistemas judiciales de diversos países del hemisferio³⁸.

³⁴ Véase, CIDH, *Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las mujeres migrantes en la región Andina*. 141° período ordinario de sesiones de la CIDH, 25 de marzo de 2011.

³⁵ CIDH, *Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Niños, niñas y adolescentes migrantes*. 17 de febrero de 2012, párr. 18.

³⁶ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 352.

³⁷ Véase, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", artículo 9.; Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), preámbulo.

³⁸ CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, párr. 307.

33. Con frecuencia las mujeres y niñas migrantes tienen que enfrentar situaciones adicionales de violencia y discriminación específicamente en razón de su género, que entre otras, incluyen su mayor exposición a ser víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual o trabajo forzoso, así como diversas formas de violencia psicológica y sexual a las que son sometidas a lo largo de las diferentes etapas de su migración.³⁹ En este orden de ideas, la Comisión ha señalado que la protección efectiva de las mujeres migrantes requiere un abordaje integral desde la perspectiva de género y de los derechos de los migrantes. A su vez, cuando se trata de niñas migrantes es necesario que los derechos y obligaciones específicas que se derivan de su condición de niña sean tenidos en cuenta de manera prioritaria⁴⁰.
34. En este orden de ideas, grupos como los de las personas LGBT también son extremadamente vulnerables a la violencia y discriminación. En muchos casos, la discriminación y la violencia que enfrentan las personas LGBT por su orientación sexual e identidad de género es lo que les obliga a migrar, lo que a su vez puede conducir a diversas formas de discriminación contra estas personas en países de tránsito y destino.⁴¹ En muchas partes del mundo, incluyendo en el continente americano, las personas LGBT experimentan graves abusos contra sus derechos humanos y otras formas de persecución debido a su orientación sexual y/o identidad de género real o percibida⁴².
35. Estados Unidos es el principal país de destino de migrantes internacionales en el mundo. En 2015, Estados Unidos contaba con cerca de 47 millones de migrantes, lo cual hace que este país sea el destino de cerca del 20% del total de migrantes internacionales.⁴³ Del total de migrantes internacionales en los Estados Unidos de América, se estimaba que había 11.3 millones de migrantes en situación irregular en 2014.⁴⁴ En el caso de Canadá, se estima que en 2015 había

³⁹ En este mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante "CEDAW") ha señalado que éstas enfrentan peligros asociados tanto con el sexo y el género como con su estatus migratorio. Véase, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación general No. 26 sobre las trabajadoras migratorias*. CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5 de diciembre de 2008, párr. 15.

⁴⁰ CIDH, *Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Niños, niñas y adolescentes migrantes*. 17 de febrero de 2012, párr. 18. Acerca de formas de discriminación intersectorial, véase, por ejemplo, CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, párrs. 107 y ss., CIDH, *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 36, 12 de noviembre de, 2015 (en adelante "Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América"), párr. 262 y ss.

⁴¹ CIDH, *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*, párr. 285.

⁴² ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 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, HCR/GIP/12/01*, 23 de octubre de 2012, párr. 1. La Comisión observa que hay un alto número de solicitantes de la condición de refugiado que provienen de países de América, en particular del Caribe. Ver, por ejemplo, Washington Post, *Jamaica's gays finding refuge by applying for U.S. asylum*, artículo escrito por Shankar Vedantam, 11 de febrero de 2011.

⁴³ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 1.

⁴⁴ Pew Research Center, *Unauthorized immigrant population stable for half a decade*. 22 de julio de 2015. (Disponible sólo en inglés).

cerca de 8 millones de migrantes internacionales, lo cual representa el 22% del total de la población del país.⁴⁵

36. Por otra parte, México es en la actualidad el segundo país de emigración en el mundo, con un estimado cercano a los 12 millones de migrantes internacionales, lo cual significa que más de un 10% de la población total del país vive por fuera del territorio mexicano.⁴⁶ La región también cuenta con el corredor migratorio con el mayor flujo en el mundo, el corredor entre Estados Unidos y México. Anualmente, cientos de miles de migrantes en situación irregular transitan cada año a través de México con el objeto de llegar a los Estados Unidos. La mayoría de estas personas provienen de países de Centroamérica, Suramérica y el Caribe, pero también de África y Asia.⁴⁷
37. Junto con los migrantes asiáticos y europeos, los latinoamericanos y caribeños que viven fuera de sus países de origen constituyen una de las mayores diásporas a nivel mundial, con 37 millones de personas nacidas en América Latina y el Caribe.⁴⁸ Por el contrario, en la actualidad los países de Latinoamérica y el Caribe registran las proporciones más bajas del mundo de población migrante respecto del total de sus poblaciones, con un promedio de 1.5 % para Latinoamérica y 3,2 % para el Caribe.⁴⁹
38. En años recientes, el continente americano también ha evidenciado un incremento en la llegada de migrantes extracontinentales, especialmente de África y Asia y tras la crisis económica mundial de 2008, también de Europa. La situación que plantean estas personas ha evidenciado como en muchos casos las autoridades de países de la región no disponen de los mecanismos adecuados para atender a la población migrante y refugiada extracontinental. Asimismo, se denuncian con frecuencia casos de discriminación y xenofobia, y consecuentemente, problemas en el acceso a recursos judiciales y servicios básicos, así como falta de garantías de debido proceso en el marco de procedimientos migratorios o del procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado.⁵⁰

⁴⁵ ONU, *International Migration Report 2015: Highlights*, pág. 32 (disponible sólo en inglés).

⁴⁶ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 3.

⁴⁷ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 54.

⁴⁸ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015, pág. 3.

⁴⁹ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *Trends in International Migration 2015*. 2015.

⁵⁰ Véase, CIDH, *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en las Américas el 30 aniversario de la Declaración de Cartagena*. 153° período ordinario de sesiones, 27 de octubre de 2014.

1. Migración forzada en las Américas: Refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y víctimas de trata de personas

39. A pesar de que la migración es una característica estructural de la humanidad, las últimas décadas han evidenciado un viraje casi generalizado en los países de destino hacia políticas, leyes y prácticas más restrictivas y en muchos casos ya no sólo enfocadas a controlar los movimientos migratorios sino incluso a prevenirlos a través de la externalización de las fronteras, mayor securitización de las fronteras y la criminalización de la migración, en particular de migrantes en situación irregular, a través de la implementación generalizada de políticas enfocadas en la detención migratoria y la deportación. Estas tendencias han ido progresando en el ámbito mundial, al tiempo que cientos de miles de personas no cuentan con canales regulares y seguros para poder migrar y que además los países de tránsito y destino han adoptado medidas tendientes a disminuir la protección internacional.
40. La Comisión Interamericana ha observado cómo la concurrencia de las tendencias antes mencionadas ha contribuido al deterioro de la ya grave situación de los migrantes. A pesar de lo anterior, el establecimiento de fronteras de contención, límites, muros y controles migratorios cada vez más estrictos no han sido un obstáculo para que los seres humanos se sigan desplazando a otros lugares, y es gracias a esto que la especie humana ha podido poblar distintos lugares del planeta o huir de peligros generados por la naturaleza o el hombre mismo. Las cifras en materia de migración internacional no hacen más que evidenciar lo anterior.
41. Millones de personas también han migrado internamente dentro de sus países, en muchos casos de manera forzada, es decir como desplazados internos. De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, haciendo un cálculo conservador había aproximadamente 740 millones de migrantes internos para 2009, lo cual equivalía a cerca del 11% de la población mundial. Gran parte de estas personas han migrado de zonas rurales a ciudades.⁵¹ La migración interna ha tenido un impacto en la transformación de las sociedades y es de esperar que así continúe siendo a futuro.
42. A finales de 2014, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante "ACNUR") estimaba que había unos 19,5 millones de refugiados en el mundo.⁵² Los países en desarrollo acogen la mayor parte de los refugiados a nivel mundial: se estima que el 86%, es decir casi nueve de cada diez refugiados, vivían

⁵¹ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: Movilidad humana y desarrollo*. 2009, pág. 23.

⁵² ACNUR, *ACNUR Tendencias Globales 2014: Mundo en Guerra*, 18 de junio de 2015, pág. 28.

en países del sur global a finales de 2013.⁵³ Los niños y niñas representaban el 50% de la población refugiada en 2013, la cifra más elevada en la última década.⁵⁴

43. En lo que respecta a los Estados miembros de la OEA, a finales de 2014 acogían 509.291 refugiados, 259.712 personas en situación similar a la de los refugiados y 237.052 solicitantes de asilo tenían sus casos pendientes de resolución en cualquier fase del procedimiento de asilo. ⁵⁵ Para esa misma fecha, 209.678 refugiados, 258.148 personas en situación similar a la de los refugiados y 104.820 solicitantes de asilo provenían de Estados miembros de la OEA⁵⁶.
44. Los flujos migratorios mixtos que se dan en la actualidad en múltiples países de la región plantean mayores desafíos para que los Estados puedan identificar a las personas en necesidad de protección internacional. Sin embargo, es preciso recordar que las personas que solicitan protección internacional al solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado suelen estar en una situación especialmente vulnerable, la cual suele estar relacionada con las razones que les forzaron a huir de sus países.⁵⁷ Por ende, a fin de que el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado pueda lograr de manera efectiva la finalidad esencial de protección que persigue, el diseño e implementación de este tipo de procedimiento debe partir de la premisa fundamental de que su propósito es proteger la vida, integridad y libertad de personas.⁵⁸
45. En la actualidad, las nuevas dinámicas de violencia generada por el crimen organizado en Centroamérica y México está teniendo un serio impacto sobre el espacio humanitario en la región. La violencia del crimen organizado es una de las principales causas de migración forzada, tanto a nivel interno como internacional, generando graves violaciones a los derechos humanos en países como Colombia, México y países de Centroamérica, en particular los países del llamado Triángulo del Norte: El Salvador, Guatemala y Honduras. Estos países de la región cuentan con altos niveles de violencia y diversas formas de persecución, las cuales se agravan a partir de la violencia generada por actores no estatales como organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, pandillas y maras, la cual ha ocasionado que proporciones significativas de población de estos países se hayan visto forzadas a huir de sus hogares en busca de seguridad, así como por los obstáculos que encuentran para acceder a protección efectiva y en materia de acceso a la justicia.⁵⁹

⁵³ ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población), *The number of international migrants worldwide reaches 232 million*. 2013. Disponible sólo en inglés.

⁵⁴ ACNUR, *ACNUR Tendencias Globales 2013: El Coste Humano de la Guerra*, 20 de junio de 2014, pág. 3.

⁵⁵ Ver, ACNUR, *ACNUR Tendencias Globales 2013: El Coste Humano de la Guerra*, 20 de junio de 2014, pág. 44.

⁵⁶ ACNUR, *ACNUR Tendencias Globales 2014: Mundo en Guerra*, 18 de junio de 2015, 7, pág. 44.

⁵⁷ Véase, ACNUR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Ginebra, 1992, párr. 190.

⁵⁸ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 545.

⁵⁹ Véase, CIDH, *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en las Américas el 30 aniversario de la Declaración de Cartagena*. 27 de octubre de 2014.

46. La migración forzada generada por la violencia de grupos transnacionales de crimen organizado se caracteriza por su invisibilidad; sin embargo, el creciente número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, presentadas en los últimos años por personas provenientes de países del Triángulo del Norte y México han evidenciado las nuevas dinámicas de la migración forzada en la región y la necesidad de protección de dichas personas a través de la aplicación efectiva de mecanismos de protección internacional.⁶⁰ La CIDH cuenta con información proveniente de diversas fuentes acerca de la presencia significativa del crimen organizado en estos países.
47. En el ámbito mundial, la cifra de solicitantes de asilo superaba los 1.66 millones de personas para finales de 2014. En lo que concierne a Estados Miembros de la OEA, a finales de 2014 había 237.052 solicitudes de asilo pendientes de ser resueltas. De estas, Estados Unidos, Canadá, y Ecuador fueron los países con la mayor proporción de casos pendientes, 79 %, 7 % y 4%, respectivamente⁶¹.
48. A pesar de la migración forzada de cientos de miles de personas, la Comisión observa que lejos de generarse políticas efectivas para la protección de estas personas, muchas de las medidas adoptadas por los Estados de la región han estado enfocadas en el control migratorio, en el marco del cual la utilización generalizada de la detención migratoria y de procedimientos de deportación sumaria han pretendido desestimular la llegada de otros migrantes, sin que en la realidad se haya podido probar que estas medidas han tenido el impacto que se esperaba que tuvieran⁶². Estas medidas afectan tanto a migrantes como a solicitantes de asilo y refugiados; sin embargo, sus efectos resultan más graves para estos últimos en razón de sus necesidades de protección internacional.⁶³ En sus visitas a países, la Comisión ha recibido de manera reiterada abundante información sobre situaciones en las que solicitantes de asilo y refugiados son rechazados o deportados en puertos de entrada, tales como fronteras terrestres o zonas internacionales de aeropuertos o mientras se desplazaban en embarcaciones en el mar, pese a haber presentado una solicitud de asilo.
49. La Comisión ha venido observando con preocupación cómo en diversos países de América los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados suelen ser puestos de manera automática y generalizada bajo detención migratoria, sin que haya un análisis individualizado respecto de la necesidad de la aplicación de dicha medida. En la región no hay un abordaje sistemático adecuado de las medidas alternativas a aplicar a las personas solicitantes de asilo con el fin de evitar su detención.⁶⁴ Se destaca la ausencia de marcos jurídicos en los que expresamente se establezca la prohibición de detener a personas solicitantes de asilo y refugiadas, la ausencia de

⁶⁰ Véase, CIDH, *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en las Américas el 30 aniversario de la Declaración de Cartagena*. 27 de octubre de 2014.

⁶¹ ACNUR, *ACNUR Tendencias Globales 2014: Mundo en Guerra*, 18 de junio de 2015, pág. 44.

⁶² Véase, CIDH, *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en las Américas el 30 aniversario de la Declaración de Cartagena*. 27 de octubre de 2014.

⁶³ CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, párr. 63.

⁶⁴ CIDH, *Audiencia sobre alternativas a la detención migratoria en América*. 30 de octubre de 2014, 153° período de sesiones de la CIDH.

alternativas o medidas de liberación oportunas y adecuadas, e inadecuado, insuficiente o inexistente acceso a centros de detención para monitoreo e identificación de solicitantes de asilo en la región.⁶⁵ La utilización automática o generalizada de la detención migratoria de personas sujetas de protección internacional conlleva que los solicitantes de asilo no tengan la confianza y seguridad necesaria para recurrir al Estado y pedir la protección internacional que ameritan⁶⁶.

50. El aumento en el uso de la detención migratoria también ha ocasionado situaciones de hacinamiento en los centros de detención migratoria, así como problemas de higiene y salubridad para las personas detenidas. Asimismo, la detención migratoria también suele darse en condiciones en las que se dan diversas vulneraciones en materia de garantías mínimas de debido proceso, asistencia letrada y acceso a la justicia de los migrantes detenidos. Ante la falta de asesoría y representación legal gratuita para las personas bajo detención migratoria, el trabajo de organizaciones no gubernamentales es la única opción para recibir asesoramiento legal durante procedimientos migratorios y el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en diversos países de la región. A la par de esta problemática, regularmente los centros de detención migratoria imponen limitaciones al contacto de la persona detenida con cualquier actor externo, lo cual dificulta el ejercicio correcto del derecho a la representación legal, e impide la realización de un monitoreo efectivo e independiente sobre las condiciones de detención en dichos centros.
51. La magnitud de las cifras de personas que necesitan protección internacional y desplazados internos es una clara muestra del gran impacto que tienen las diversas formas de migración en las Américas y de la importancia que tiene que para el orden público interamericano que se respeten y garanticen los derechos humanos de las personas en el contexto de la migración. En razón de su condición migratoria, estas personas suelen encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad y son víctimas de abusos y distintas formas de discriminación.
52. En este orden de ideas, los factores que motivan la migración forzada y las políticas migratorias que los Estados adoptan ciertamente se convierten en uno de los desafíos de la agenda pública de los Estados de la región, por lo que la Comisión exhorta a los Estados a adoptar políticas, leyes y toda medida que sea necesaria para que la problemática de la migración forzada sea abordada desde un enfoque de derechos humanos que responda de manera efectiva a las crisis humanitarias que genera la migración forzada y en concordancia con los estándares internacionales fijados en materia de derechos humanos para la protección de los migrantes, solicitantes de asilo, refugiados, víctimas de trata de personas y desplazados internos.

⁶⁵ Véase, CIDH, *Audiencia sobre situación de derechos humanos de los refugiados en las Américas*. 31 de octubre de 2013.

⁶⁶ Véase, CIDH, *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en las Américas el 30 aniversario de la Declaración de Cartagena*. 27 de octubre de 2014.

2. Apátridas

53. Para finales de 2014, ACNUR registraba casi 3,5 millones de personas en situación de apatridia en el mundo. No obstante, el ACNUR estima que esta cifra es mucho mayor y calcula que la cifra real podría alcanzar los 10 millones de personas apátridas⁶⁷. Actualmente, 17 Estados Miembros de la OEA son Parte de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y 12 son Parte de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961⁶⁸. Dentro de la región, República Dominicana reporta el 99% de los casos de apatridia, con al menos 210.000 casos para finales de 2014⁶⁹.
54. Las personas apátridas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad por no contar con la protección de ningún Estado que las reconozca como sus nacionales, y les garantice el goce efectivo de sus derechos y libertades. El ACNUR estima que un tercio de los apátridas a nivel mundial son niños, a quienes el estigma de la apatridia les perseguirá probablemente hasta luego de su muerte, afectando a las futuras generaciones de sus descendientes, quienes corren el riesgo de ser apátridas⁷⁰.
55. El fenómeno de la migración, en muchos casos forzada, ha ocasionado que en algunos países de América Latina y el Caribe existan miles de personas, especialmente niños y niñas, que carecen de registro de nacimiento lo cual los pone en riesgo de convertirse en apátridas.⁷¹ Según el ACNUR, en los últimos 5 años el 20% de los refugiados reasentados por dicha organización también eran apátridas.⁷² La Comisión nota que en la región también se registran casos de apatridia asociados a la situación de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero.
56. La Comisión ha observado que las situaciones de apatridia en las Américas son excepcionales gracias a la aplicación combinada del principio de *jus soli* y del principio de *jus sanguinis* en la mayoría de los Estados Miembros de la OEA⁷³. No obstante, también se ha observado que aún subsisten vacíos legislativos y

⁶⁷ ACNUR. *ACNUR Tendencias Globales 2013: El Coste Humano de la Guerra*, 20 de junio de 2014, pág. 2.

⁶⁸ OEA. *Prevención y reducción de la apatridia y protección de las personas apátridas en las Américas*, AG/RES. 2826 (XLIV-O/14).

⁶⁹ ACNUR. *ACNUR Tendencias Globales 2014: Mundo en Guerra*, 18 de junio de 2015, pág. 44.

⁷⁰ ACNUR. *Erradicando la apatridia en 10 años*. Informe especial, 2014.

⁷¹ Plan de Acción de Brasil. *Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad*. Brasilia, 3 de diciembre de 2014.

⁷² ACNUR. *Erradicando la apatridia en 10 años*. Informe especial, 2014.

⁷³ 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 No. 282, pág. 99, nota al pie No. 329. [Este caso fue tramitado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como durante el procedimiento del caso contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el título "*Benito Tide y otros vs. República Dominicana*". La Corte tomó la decisión de referirse al caso y emitir sentencia con el nombre *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*].

omisiones en la práctica estatal a nivel regional para prevenir la apatridia⁷⁴. Asimismo, la falta de procedimientos para la determinación de la condición de apátrida en los Estados Miembros de la OEA también representa un obstáculo para la protección de los derechos humanos de las personas apátridas.

57. Otro desafío que se observa en la región tiene que ver con la vigencia de leyes sobre nacionalidad que no reconocen la igualdad de las mujeres respecto a los hombres en la concesión de la nacionalidad a sus hijos. Este tipo de leyes están vigentes aún en dos Estados del Caribe: Las Bahamas⁷⁵ y Barbados,⁷⁶ y constituyen uno de los factores que genera riesgo de apatridia en la región, ya que no permiten que las mujeres transmitan su nacionalidad a sus hijos en las mismas condiciones que los hombres. Estas situaciones, aunadas a la invisibilidad de la problemática de la apatridia por la falta de abordaje del tema por los Estados, van en detrimento de la capacidad de las personas apátridas de hacer efectivos sus derechos humanos.

3. Migrantes internos y desplazados internos

58. La migración interna también tiene un gran impacto en el ámbito mundial. Se estima que cerca de 740 millones de personas en todo el mundo son migrantes dentro de sus propios países⁷⁷. En las próximas décadas, factores demográficos, la globalización y el cambio climático incrementarán las presiones migratorias tanto a nivel interno como internacional. Dentro del fenómeno de la migración interna es de especial atención la situación de aquellas personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o lugar de residencia habitual dentro de sus propios países, tal como es el caso de los desplazados internos. Según el ACNUR, para finales de 2014 había unos 38,2 millones de personas desplazadas internas en el mundo por conflicto y violencia⁷⁸. En lo que respecta al continente americano, a finales de 2014 las cifras estiman que hay al menos 7 millones de desplazados internos en Estados Miembros de la OEA⁷⁹.
59. Los desplazados internos suelen enfrentar múltiples dificultades como consecuencia de haber huido de su hogar o lugar de residencia habitual. Estas personas son especialmente vulnerables debido a que huyen en el interior de sus países en busca de seguridad y protección como consecuencia de conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, violaciones de derechos humanos o catástrofes naturales o provocadas por el ser humano; por ende, permanecen bajo la protección de su Estado, aun en los casos en que ha sido su propio Estado quien ha ocasionado su huida. A diferencia de los refugiados, que cruzan fronteras

⁷⁴ Plan de Acción de Brasil. “Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad”, Brasilia, 3 de diciembre de 2014.

⁷⁵ Bahamas Immigration Act, 2014.

⁷⁶ Barbados Immigration regulations, 1979.

⁷⁷ OIM. *Global Migration Trends: An Overview*. Diciembre 2014. pág. 3.

⁷⁸ ACNUR. *ACNUR Tendencias Globales 2014: Mundo en Guerra*, 18 de junio de 2015, pág. 2.

⁷⁹ Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Overview 2015: people internally displaced by conflict y violence*. May 2015, pág. 16.

y pueden acceder a protección internacional, las personas desplazadas internamente se encuentran bajo la jurisdicción del Estado del que son nacionales o residentes habituales. Los refugiados, al ser sujetos de protección internacional cuentan con un estatuto especial, el cual les brinda mayor protección y visibilidad.

60. Por el contrario, en el caso los desplazados internos, la obligación de darles protección corresponde a su propio Estado, el cual en muchas ocasiones ha sido el responsable del desplazamiento forzado de estas personas, lo cual favorece la vulnerabilidad e invisibilidad de dichas personas. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que:

[e]n razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a dichas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados como sujetos de derechos humanos, su situación puede ser entendida como una condición individual de desprotección respecto del resto de personas que se encuentren en situaciones semejantes⁸⁰.

61. En la región, Colombia es el país con el mayor número de desplazados internos con un total de 6.044.200 personas que se encontraban en esta situación a finales de 2014⁸¹. Sin embargo, la problemática del desplazamiento interno no es exclusiva de Colombia, de acuerdo con el *Internal Displacement Monitoring Centre*, para finales 2014 también se registraban poblaciones de desplazados internos en otros países de la región, tales como El Salvador, Guatemala, Honduras, México, y Perú⁸².
62. Las razones que motivan el desplazamiento interno en países de América son diversas, siendo la principal el conflicto armado colombiano y la violencia derivada del mismo⁸³. Sin embargo, se evidencian situaciones de desplazamiento interno por crimen organizado, como en México y en los países del Triángulo del Norte de Centroamérica, donde los carteles de crimen organizado y las pandillas han desplazado alrededor de 281.400 mexicanos, 248.500 guatemaltecos, 288.900 salvadoreños, y 29.400 hondureños de los lugares en los que vivían habitualmente en los últimos años⁸⁴. Otras causas que están generando desplazamiento interno en los países de la región tienen que ver con proyectos de desarrollo de gran escala, comumente conocidos como megaproyectos, los cuales están afectando principalmente a pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y

⁸⁰ Corte IDH. *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 177; *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 210.

⁸¹ Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Overview 2015: people internally displaced by conflict and violence*. nota 81, pág. 16.

⁸² Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Overview 2015: people internally displaced by conflict and violence*. nota 81, pág. 16.

⁸³ CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013 (en adelante " *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*"), párr. 533 y ss.

⁸⁴ Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Overview 2015: people internally displaced by conflict and violence*. nota 81, pág. 16.

comunidades campesinas/rurales, así como el desplazamiento relacionado con los efectos del cambio climático y desastres naturales.

63. El cambio climático y, en particular, diversos desastres naturales también han ocasionado desplazamiento interno y migración internacional en la región⁸⁵. Durante los últimos años diversos desastres naturales, tales como huracanes, lluvias torrenciales, incendios, inundaciones y sequías, han asolado los países de Centroamérica y el Caribe, cobrando cada vez mayor importancia como un factor de expulsión en la migración de muchas personas en la región⁸⁶. La falta de servicios adecuados y de políticas de desarrollo sostenible dejan poblaciones indefensas sin recursos frente a los desastres naturales, por lo que en varios países de la región las poblaciones se ven forzadas a desplazarse internamente e incluso a salir de sus países de origen⁸⁷.
64. En términos generales, la Comisión observa que los Estados Miembros de la OEA no han adoptado medidas para abordar la situación y las necesidades de protección de las personas se han visto forzadas a migrar, ya sea a nivel interno o internacional, como consecuencia de los efectos del cambio climático o de desastres naturales. No obstante, las cifras disponibles revelan una creciente cifra de desplazados internos por causa de desastres naturales en la región. A pesar de lo anterior, la Comisión observa como un avance importante el reconocimiento que hicieron los Estados de América Latina y el Caribe en la Declaración de Brasil de 2014 con relación a los desafíos que plantean el cambio climático y los desastres naturales, así como el desplazamiento de personas que estos fenómenos generen en la región⁸⁸.
65. La Comisión recuerda que además de afectar el derecho de circulación y de residencia, esta clase de fenómenos naturales también tiene un claro impacto sobre diversos derechos humanos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la propiedad, a la vivienda, al trabajo, entre otros. Los grupos sociales vulnerables, tales como las mujeres, las niñas y niños, los adultos mayores, las personas con discapacidad y las personas en condiciones de pobreza, son los que padecen de forma más drástica los impactos de esta clase de fenómenos y, a su vez, son los tienen menor capacidad de adaptación frente a los desafíos que estos les plantean⁸⁹.

⁸⁵ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 76.

⁸⁶ CIDH, *Audiencia sobre protección de derechos humanos en desastres naturales*. 124° período ordinario de sesiones, 3 de marzo de 2006.

⁸⁷ CIDH, *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en las Américas el 30 Aniversario de la Declaración de Cartagena*. 153° período ordinario de Sesiones, 27 de octubre de 2014.

⁸⁸ Declaración de Brasil: *Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe*. Brasilia, 3 de diciembre de 2014, pág. 3.

⁸⁹ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 76.

4. Víctimas de trata de personas

66. En el contexto de la migración, las víctimas de trata de personas conforman otro grupo en situación de extrema vulnerabilidad. La discriminación de género y el machismo presentes en muchos países de la región son factores que explican el impacto desproporcionado que tiene la trata de personas en la victimización de mujeres; sin embargo, los hombres también suelen ser víctimas de diversas formas de trata de personas. En la región, personas que suelen encontrarse en situaciones de vulnerabilidad suelen además ser engañadas con promesas de mejores perspectivas de vida, y en su desplazamiento concurren elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación de cualquier índole. Lo anterior significa que el cambio de lugar de residencia de las personas víctimas de trata no es voluntario, sino que se da por coacción y en múltiples ocasiones viene acompañado de violencia y diversas formas de abuso físico, mental y sexual. La trata de personas prolifera mayormente donde hay pobreza extrema, en los países donde no hay esperanza de progreso social o económico, donde muchos esperan que la vida en el extranjero traerá mejores posibilidades.
67. En razón de sus características, la trata de personas es uno de los delitos con mayores niveles de subregistro. Una de las principales limitaciones que existen en la actualidad en el abordaje de la trata es la falta de información acerca del perfil de los perpetradores y de las mismas víctimas. En las Américas, la trata con fines de trabajo forzoso y con fines de explotación sexual se registran en proporciones similares. En Norteamérica, Centroamérica y el Caribe más del 50% de las víctimas identificadas son explotadas en trabajos forzados, mientras que en Sudamérica el porcentaje es alrededor de 40%⁹⁰.
68. La Comisión Interamericana ha sostenido que las mujeres migrantes, en especial las niñas y las adolescentes, se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad de ser víctimas de trata de personas con fines explotación sexual o prostitución forzada.⁹¹ Los datos recabados por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), evidencian la alta incidencia que tiene la trata de personas sobre los migrantes. Las mujeres migrantes suelen ser explotadas sexualmente, forzadas a la prostitución u obligadas a trabajar como trabajadoras domésticas sin retribución y durante largas jornadas.⁹²
69. Los datos recabados sobre los perfiles de las víctimas indican que en la región, entre 2010 y 2012, los niños representaron el 30% de las víctimas de trata de personas identificadas, mientras que los adultos representaban el restante 70% de las víctimas. La mayor parte de las víctimas menores de edad eran niñas; dos de cada tres víctimas eran niñas. Las mujeres dominan las cifras igualmente entre los

⁹⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. United Nations publication, Sales No. E.14.V.10, pág. 34 (disponible en inglés).

⁹¹ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 138.

⁹² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons*. World Report on Human Trafficking. Nueva York, 2009, pág. 54 (disponible en inglés).

adultos, ya que del 70% de los adultos víctimas de trata en la región, las mujeres representan el 50% de estas⁹³.

70. La CIDH estima pertinente señalar que la trata de personas no se circunscribe solamente a las mujeres migrantes. La Comisión ha recibido información relativa a hombres migrantes en las Américas que son forzados a trabajar en distintas formas para grupos de la delincuencia organizada mientras se encuentran secuestrados. Por ejemplo, son reclutados para realizar actividades delictivas, tales como el sicariato, el asesinato de otros migrantes o en el trasiego de drogas. Asimismo, niños y adolescentes migrantes son forzados a trabajar como vigías de organizaciones del crimen organizado en la región⁹⁴.
71. En este sentido, la Comisión observa que en la región se evidencian diversas formas de trata de personas. Mientras que la explotación con fines de trabajo forzado, servidumbre doméstica, agrícola o minera, mendicidad y niños soldados, son formas de trata que ocurren dentro del mismo país de la víctima o países vecinos, la explotación sexual turística, la producción de pornografía infantil, adopciones ilegales y la venta de órganos, tienen una dimensión transnacional y transcontinental.
72. En la región, la mayoría de los países tienen una legislación específica para prevenir y sancionar la trata de personas; sin embargo, en algunos países la legislación es parcial⁹⁵. La Comisión observa con preocupación que en la región no se visibilizan aumentos significativos en las investigaciones y condenas por el delito de trata de personas. Cuando se comparan las cifras de los casos denunciados y sus sospechosos con el número de condenas, este último es apenas un 10% del primero⁹⁶. En cuanto a los casos sancionados, el 80% de los perpetradores condenados en las Américas son personas que tratan nacionales de su propio país y que han sido procesados por su Estado. Un 17% de los perpetradores son nacionales de otros países de la región, y sólo el 3% son ciudadanos de países de otra región⁹⁷.
73. Es de preocupación para la CIDH que la porosidad de las fronteras en los países de la región facilita el traslado de las víctimas de trata entre países; que la presencia de corrupción y grupos de crimen organizado en altos mandos gubernamentales socavan la capacidad estatal para contrarrestar la trata; y que para la sociedad civil reducida y con presupuesto limitado es un reto convertirse en un contrapeso efectivo ante la carencia de acciones estatales.

⁹³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. United Nations publication, Sales No. E.14.V.10, pág. 34.

⁹⁴ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*.

⁹⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. United Nations publication, Sales No. E.14.V.10, pág. 75.

⁹⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. United Nations publication, Sales No. E.14.V.10, pág. 77.

⁹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. United Nations publication, Sales No. E.14.V.10, pág. 70.

C. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes*

74. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”) encargado de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en América⁹⁸. De conformidad con su mandato y sus funciones, los cuales se encuentran definidos con mayor detalle en su Estatuto y su Reglamento, la Comisión da seguimiento a la situación de los derechos humanos en cada Estado miembro de la OEA y periódicamente adopta y publica informes sobre cuestiones relacionadas con su mandato⁹⁹.
75. Desde los primeros años de la CIDH, la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran dentro del contexto de la migración ha sido uno de sus focos de trabajo, en particular de las situaciones que involucran a personas migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, desplazados internos y víctimas de trata de personas¹⁰⁰. En consideración de la especial vulnerabilidad de los migrantes y sus familias, quienes en muchas ocasiones se ven obligados a abandonar sus lugares de origen en busca de mejores oportunidades de vida y para huir de la pobreza, así como de las cada vez más frecuentes manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante contra los migrantes y sus familias en diferentes partes del mundo, los problemas en materia de integración que tienen que enfrentar los migrantes en los Estados de destino y las implicaciones que tiene la migración en términos de desintegración familiar, la Asamblea General de la OEA ha instado de forma permanente a la CIDH a intensificar sus esfuerzos con miras a mejorar la situación de los trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio¹⁰¹.
76. En respuesta a los pedidos de la Asamblea General de la OEA, hechos a través de las Resoluciones AG/RES. 1404 (XXVI-O/96) y AG/RES 1480 (XXVII-O/97), la

⁹⁸ La Carta de la Organización de Estados Americanos, suscrita en Bogotá en 30 de abril de 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993, artículos 53 (e) y 106.

⁹⁹ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147º período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013, artículo 58.

¹⁰⁰ Desde 1963 la Comisión Interamericana ha hecho seguimiento a la situación de los refugiados. En este sentido, véase, CIDH, *Informe sobre la labor desarrollada durante su séptimo periodo de sesiones*, celebrado del 7 al 25 de octubre de 1963, Capítulo VI. La situación de los refugiados políticos en América. OEA/Ser.L/V/II.8 Doc. 35, 5 febrero 1964. La Comisión siguió dedicándole atención a la situación de los refugiados en los informes de sus periodos de sesiones octavo, noveno, décimo, duodécimo, decimosexto, decimoctavo, vigésimo segundo, entre otros.

¹⁰¹ En este sentido, véase, entre otras, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 1404 (XXVI-O/96), AG/RES. 1480 (XXVII-O/97), AG/RES. 1717 (XXX-O/00), AG/RES. 1775 (XXXI-O/01), AG/RES. 1898 (XXXII-O/02), AG/RES. 1928 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2027 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2130 (XXXV-O/05), AG/RES. 2141 XXXV-O/05, AG/RES. 2224 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2289 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2502 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2593 (XL-O/10), AG/RES. 2669 (XLI-O/11), AG/RES. 2729 (XLII-O/12) y AG/RES. 2790 (XLIII-O/13). Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/>

Comisión Interamericana, en el marco de su 91° período de sesiones, decidió empezar a evaluar la situación de los trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio. Este contexto dio surgimiento en 1996 a la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (ahora “la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes” o “la Relatoría”). La creación de esta Relatoría reflejó el interés de los Estados miembros de la OEA por brindar especial atención a un grupo caracterizado por su extrema vulnerabilidad y que, por ende, se encuentra especialmente expuesto a violaciones de derechos humanos.

77. También en 1996, en respuesta a la grave situación que enfrentaban los desplazados internos en diversos países del continente, la CIDH decidió crear la Relatoría sobre Desplazados Internos. Si bien la creación de estas relatorías la CIDH sirvió para brindar una mayor atención a los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias, así como de los desplazados internos, la protección y promoción de los derechos humanos de otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad en el contexto de la migración también ha sido uno de sus principales focos de trabajo de la CIDH desde sus orígenes.¹⁰². Esto como consecuencia de la migración forzada de cientos de miles de personas que se vieron tuvieron que huir o abandonar sus hogares como consecuencia de las dictaduras y conflictos armados que ocurrieron en la región a lo largo del siglo XX.
78. En 2012, la CIDH decidió modificar el mandato de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (ahora Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes), con el propósito de dar respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la migración en el continente americano, ya sea como migración internacional o interna o como migración forzada o voluntaria, así como para institucionalizar la práctica tácita que durante los últimos años ha venido desarrollando la Relatoría. El 30 de marzo de 2012, en el marco de su 144º periodo ordinario de sesiones, la Comisión Interamericana decidió ampliar el mandato de la Relatoría sobre Derechos de los Migrantes, con el fin de que se enfocase en el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la migración.

¹⁰² Desde sus primeros años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dado seguimiento a la situación de los refugiados en las Américas. En este sentido, véase, entre otros, CIDH, *Informe sobre la labor desarrollada durante su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 1963*. OEA/Ser.L/V/II.8 Doc. 35, 5 febrero 1964; CIDH, *La situación de los refugiados políticos en América*. Informe preparado por la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.11 Doc. 7, 2 de noviembre de 1965.

CAPÍTULO 2

FUENTES DE DERECHO

FUENTES DE DERECHO

79. El surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a finales de la primera mitad del siglo XX, ha tenido un profundo impacto en el derecho internacional de la migración. Después de la Segunda Guerra Mundial, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de alcance universal y regional, establecieron que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en dichos instrumentos a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Lo anterior implica que los Estados están obligados a garantizar estos derechos a todas las personas sin distinción de su nacionalidad, su situación migratoria o su condición de apátridas. La importancia de la migración como derecho se materializó en el reconocimiento de lo que ha sido denominado como el derecho humano de toda persona a migrar, tanto interna como internacionalmente, así como del derecho a no migrar forzadamente¹⁰³.
80. El principio fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana¹⁰⁴. En este orden de ideas, las personas en el contexto de la migración, independientemente de que no sean nacionales del Estado en el que se encuentran, tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos. A excepción del derecho a entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo,¹⁰⁵ y de ciertos derechos políticos restringidos a los ciudadanos¹⁰⁶, los migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos en igualdad de condiciones con las demás personas.

¹⁰³ Véase, entre otros, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en abril de 1948, arts. VIII y XXVII; Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, arts. 9, 13 y 14; Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado el 16 de noviembre de 1963, arts. 2, 3 y 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, arts. 12 y 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, art. 22; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de julio de 1981, art. 12; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada el 18 de diciembre de 1990, artículo 8; Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala), adoptada el 22 de octubre de 2009, artículos 3.1.a, 4.1, 4.4, 4.5, 7.5.a y 7.5.d.

¹⁰⁴ Véase, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos; y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo.

¹⁰⁵ Véase, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VIII; y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.1.

¹⁰⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23.1.

81. El desarrollo del derecho internacional ha tenido en cuenta las múltiples causas que conllevan a la migración de personas, las situaciones de vulnerabilidad en las que éstas se suelen encontrar, así como sus necesidades de protección. Ello ha propiciado la creación de diferentes categorías de personas en el contexto de la migración, así como a la adopción de diversos marcos legales de protección por parte de la comunidad internacional para migrantes internacionales y sus familias, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. A su vez, los instrumentos universales y regionales que se han desarrollado han traído consigo el reconocimiento de derechos para las personas en el contexto de la migración, a través de los derechos reconocidos a estas personas por diversas ramas del derecho internacional, tales como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, el derecho internacional de los apátridas, el derecho internacional humanitario o el derecho internacional del trabajo. El desarrollo de un cuerpo de normas aplicables a la migración es lo que se ha dado a conocer como el derecho internacional de la migración.
82. Dentro del derecho internacional, la protección de los derechos de las personas en el contexto de la migración se divide en dos grandes regímenes normativos: por un lado, el derecho internacional de los derechos humanos y, por otro, los regímenes específicos de protección para refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, y desplazados internos. La CIDH considera importante que los dos regímenes antes mencionados sean interpretados de manera complementaria y teniendo el principio *pro persona* como criterio rector de interpretación. En el presente informe la Comisión destacará aquellos instrumentos del Sistema Interamericano, así como del Sistema Universal, que hayan sido de mayor relevancia para la Comisión y la Corte Interamericana al establecer estándares relativos al alcance y contenido de los derechos humanos de migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos.

A. Instrumentos Interamericanos de Derechos Humanos

83. Desde la creación de la Organización de Estados Americanos, los Estados Miembros han adoptado 11 instrumentos que se han convertido en la base normativa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los instrumentos interamericanos de derechos humanos establecen derechos y obligaciones que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Ya sea que el contenido de estos instrumentos se vincule directamente o no con la migración, todas las garantías estipuladas en ellos son aplicables a las personas en el contexto de la migración.

Instrumentos Interamericanos en Materia de Derechos Humanos

| NO. | NOMBRE | FECHA DE ADOPCIÓN |
|-----|--|-------------------------|
| 1. | Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre | 2 de mayo de 1948 |
| 2. | Convención Americana sobre Derechos Humanos | 22 de noviembre de 1969 |
| 3. | Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura | 9 de diciembre de 1985 |
| 4. | Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" | 17 de noviembre de 1988 |
| 5. | Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte | 8 de junio de 1990 |
| 6. | Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" | 9 de junio de 1994 |
| 7. | Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas | 9 de junio de 1994 |
| 8. | Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad | 7 de junio de 1999 |
| 9. | Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia | 5 de junio de 2013 |
| 10. | Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia | 5 de junio de 2013 |
| 11. | Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores | 15 de junio de 2015 |

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

84. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "la Declaración Americana") es el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general¹⁰⁷. En lo que respecta a los derechos reconocidos en

¹⁰⁷

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada por los representantes de los Estados Americanos presentes en la Novena Conferencia Internacional Americana, la cual tuvo lugar en Bogotá, Colombia, entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948,

la Declaración Americana, desde sus considerandos se establece que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".

85. Tanto la Comisión Interamericana como la Corte han establecido que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA¹⁰⁸, las cuales se derivan de las obligaciones de derechos humanos contenidas en la Carta de la OEA (artículo 3).¹⁰⁹ Los Estados Miembros han acordado que los derechos humanos a los que se refiere la Carta están contenidos y definidos en la Declaración Americana¹¹⁰. Varias disposiciones centrales de la Declaración también son obligatorias en tanto costumbre internacional¹¹¹.
86. La Comisión Interamericana ha establecido que para los Estados miembros que aún no han ratificado la Convención Americana, sus obligaciones en la esfera de los derechos humanos se encuentran reflejadas en la Declaración Americana; en forma concordante, dichas obligaciones han sido interpretadas en relación con la Carta de la OEA en forma general y la Declaración Americana en forma más específica. En este orden de ideas, la Declaración Americana ha sido el instrumento en el cual se ha basado la Comisión para analizar un gran número de casos y situaciones relativas a violaciones de derechos humanos de personas en el contexto de la

la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁰⁸ Véase, entre otros, CIDH, Resolución No. 3/87, Caso 9647, *James Terry Roach y Jay Pinkerton* (Estados Unidos), *Informe Anual 1986-1987*, 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-49; CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra (Estados Unidos), *Informe Anual 2000*, 4 de abril de 2001; Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 35-45. Véase también el artículo 20 del Estatuto de la CIDH.

¹⁰⁹ Véase, entre otros, CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 163; CIDH, Resolución 3/87, Caso 9647, *James Terry Roach y Jay Pinkerton* (Estados Unidos), 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-49. CIDH, Resolución 18/89, Caso 10.116, *MacLean* (Surinamee). CIDH, Informe No. 48/01, Caso 12.067, *Michael Edwards y otros* (Bahamas); CIDH, Informe No. 52/01, Caso 12.243, *Juan Raúl Garza* (Estados Unidos), 4 de abril de 2001; CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 163; CIDH, Informe No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá), 21 de julio de 2011, párrs. 71 y 129; CIDH, Informe No. 44/14, Caso 12.873, Fondo, *Edgar Tamayo Arias*, Estados Unidos, 17 de julio de 2014, párr. 214; CIDH, Informe No. 113/14, Caso 11.661, *Manickavasagam Suresh* (Canadá), 7 de noviembre de 2014, párr. 51. También véase, CIDH, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*, párr. 37; CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 30; 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*, párr. 38.

¹¹⁰ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 163. Resolución de la Asamblea General de la OEA No. 371/78, AG/RES (VIII/78), 1º de julio de 1978 (reafirmando el compromiso de los Estados Miembros de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Resolución de la Asamblea General de la OEA No. 370/78, AG/Res. 370 (VIII/78), 1º de julio de 1978 (refiere a los compromisos internacionales de los Estados Miembros de respetar los derechos reconocidos en la Declaración).

¹¹¹ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 163. CIDH, Informe 19/02, Caso 12.379, *Lares Reyes y otros* (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002, párr. 46.

migración, quienes para el momento de la ocurrencia de los hechos se encontraban bajo la jurisdicción de Estados que no habían ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Un número significativo de los casos y situaciones que ha analizado la Comisión Interamericana con relación a migrantes y refugiados tienen que ver con Estados de América del Norte, mayoritariamente Estados Unidos, lo cual refleja la situación de estos países como principales países de destino de migrantes y refugiados.

87. La Comisión Interamericana también ha señalado que puede interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana a la luz de los desarrollos corrientes en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, evidenciados en tratados, costumbre y otras fuentes relevantes del derecho internacional. Al respecto ha sostenido que:

El derecho internacional de los derechos humanos es un cuerpo dinámico de normas en proceso de evolucionar para enfrentar el desafío de asegurar que toda persona pueda ejercer plenamente sus derechos y libertades fundamentales. En este sentido, en la manera que los Pactos Internacionales elaboran sobre los principios básicos expresados en la Declaración Universal, así la Convención Americana representa, en muchos aspectos, una expresión autorizada de los principios fundamentales expuestos en la Declaración Americana. Aunque la Comisión claramente no aplica la Convención Americana a los Estados miembros que no la han ratificado, sus disposiciones pueden ser relevantes en elaborar una interpretación de los principios de la Declaración¹¹².

88. La Declaración Americana contiene estándares en evolución, que deben ser interpretados “a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la Declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros”¹¹³. Por ello, la CIDH interpreta y aplica las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana “a la luz de la evolución actual en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos,

¹¹² Véase, entre otros, CIDH, Informe No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá), 21 de julio de 2011, párr. 71; CIDH, Informe No. 44/14, Caso 12.873, Fondo, *Edgar Tamayo Arias, Estados Unidos*, 17 de julio de 2014, párr. 214; CIDH, Informe No. 113/14, Caso 11.661, *Manickavasagam Suresh* (Canadá), 7 de noviembre de 2014, párr. 51. También véase, CIDH, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, 24 de julio de 2015, párr. 37; CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 30; 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*, párr. 38.

¹¹³ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 96. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas de mayo deas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 86. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37; 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 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. CIDH, Informe No. 52/02, Caso 11.753, *Ramón Martínez Villarreal* (Estados Unidos).

conforme lo ilustren los tratados, la costumbre y otras fuentes pertinentes del derecho internacional”¹¹⁴, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “que en muchas instancias puede considerarse representa una expresión autorizada de los principios fundamentales establecidos en la Declaración Americana”¹¹⁵.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

89. La Convención Americana, como tratado de derechos humanos, no es un tratado multilateral de tipo tradicional, concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes¹¹⁶.
90. Así, en su primera parte, la Convención Americana establece los deberes de los Estados y los derechos protegidos por dicho tratado. Con relación a las personas en el contexto de la migración, en particular aquellas que no son nacionales o que son apátridas, el artículo 1.1 es de especial relevancia dado que establece que la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. A su vez, el artículo 24 de la Convención Americana estipula que “todas las personas” son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.
91. A su vez, el artículo 22 de la Convención Americana es de especial relevancia a los efectos del presente informe, dado que establece el alcance y contenido del derecho de circulación y de residencia, ya sea para ser ejercido dentro del territorio del cual una persona es nacional o para ser ejercido en el contexto de la migración internacional. En este sentido, la Comisión estima importante señalar que si bien el artículo 22 de la Convención ha sido denominado “Derecho de Circulación y de Residencia”, este artículo contiene 9 numerales con derechos y obligaciones a cargo de los Estados, que van más allá de lo que en estricto sentido se denomina “Derecho de Circulación y Residencia”. Dentro del artículo 22 también

¹¹⁴ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas de Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 88.; CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 96.

¹¹⁵ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párrs. 97, 124.; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas de Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 87; 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*, párr. 38. CIDH, Informe No. 52/01, Caso 12.243, *Juan Raúl Garza* (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrs. 88-89.

¹¹⁶ Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

se establece, entre otros, la prohibición de expulsión de nacionales y a no ser privado del derecho a ingresar al territorio del que se es nacional (artículo 22.5); el derecho de buscar y recibir asilo (artículo 22.7); el principio de no devolución (non-refoulement) (artículo 22.8); y la prohibición absoluta de expulsiones colectivas de extranjeros (artículo 22.9). El artículo 22 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.
92. En su segunda parte, la Convención Americana establece los mecanismos de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención". Para la fecha de

aprobación de presente informe, 23 Estados Miembros de la OEA son parte de la Convención Americana¹¹⁷.

B. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

93. La Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias fue adoptada el 18 de noviembre de 1990, mediante Resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 1 de julio de 2003 y actualmente cuenta con 38 Estados signatarios y 48 Estados parte¹¹⁸.
94. Tal como lo indica su nombre, esta convención tiene por objeto proteger los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares al establecer un marco jurídico mínimo de condiciones laborales a las que están sujetos, además de implantar medidas para erradicar los movimientos migratorios clandestinos. En general, la Convención ofrece una interpretación más precisa de los derechos humanos de los trabajadores migratorios. Si bien la mayoría de estos derechos se encuentran reconocidos en convenciones previas de derechos humanos, su aplicación a no nacionales generalmente no era especificada. En efecto, a pesar que todos los tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos establecían los derechos reconocidos en sus textos a “toda persona”, no era evidente para los Estados y organismos internacionales que todo ser humano, nacional o extranjero, se encontraba protegido por las provisiones de dichos instrumentos.
95. La Convención es amplia en tanto que es aplicable a todo el ciclo de los trabajadores migratorios, desde el proceso de reclutamiento hasta los derechos de los migrantes una vez se encuentran en el país de destino. Entre sus puntos principales, la Convención busca ampliar los mecanismos de protección para los trabajadores migratorios y sus familias, sobre todo lo relativo a condiciones de explotación y discriminación; control del tráfico ilícito de personas; y creación de lineamientos claros con relación a los beneficios sociales a los que debieran tener acceso estas personas.

¹¹⁷ Los 23 Estados en que se halla vigente la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinamee y Uruguay. Trinidad y Tobago y Venezuela también ratificaron la Convención Americana pero la denunciaron con posterioridad, teniendo efectos dichas denuncias en 1999 y 2013 respectivamente. Para mayor información sobre la ratificación de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, véase CIDH, *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.21, 14 de agosto de 2014.

¹¹⁸ ONU. Base de Datos, Colección de Tratados, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

| ESTADO MIEMBRO DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ACESIÓN |
|--------------------------------------|---|
| Antigua y Barbuda | / |
| Argentina | 23 de febrero de 2007 |
| Bahamas (Commonwealth de las) | / |
| Barbados | / |
| Belice | 14 de noviembre de 2001 |
| Bolivia | 16 de octubre de 2000 |
| Brasil | / |
| Canadá | / |
| Chile | 21 de marzo de 2005 |
| Colombia | 24 de mayo de 1995 |
| Costa Rica | / |
| Dominica (Commonwealth de) | / |
| Ecuador | 5 de febrero de 2002 |
| El Salvador | 14 de marzo de 2003 |
| Estados Unidos de América | / |
| Granada | / |
| Guatemala | 14 de marzo de 2003 |
| Guyana | 7 de julio de 2010 |
| Haití | * firmó el 5 de diciembre de 2013, pero no ha ratificado. |
| Honduras | 9 de agosto de 2005 |
| Jamaica | 25 de septiembre de 2008 |
| México | 8 de marzo de 1999 |
| Nicaragua | 26 de octubre de 2005 |
| Panamá | / |
| Paraguay | 23 de septiembre de 2008 |
| Perú | 14 de septiembre de 2005 |
| República Dominicana | / |
| Saint Kitts y Nevis | / |
| San Vicente y las Granadinas | 29 de octubre de 2010 |
| Santa Lucía | / |
| Surinamee | / |
| Trinidad y Tobago | / |
| Uruguay | 15 de febrero de 2001 |
| Venezuela (República Bolivariana de) | * firmó el 4 de octubre de 2011, pero no ha ratificado. |

C. *Los instrumentos del Derecho Internacional de los Refugiados*

1. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

96. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada en Ginebra por las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951 en la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatus de los Refugiados y los Apátridas. Entró en vigor el 22 de abril de 1954 y actualmente son 19 los Estados signatarios y 145 los Estados parte.¹¹⁹ Esta Convención ha sido ratificada por 31 Estados Miembros de la OEA.

| ESTADO MIEMBRO DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ACCESIÓN |
|-------------------------------|----------------------------------|
| Antigua y Barbuda | 7 de septiembre de 1995 |
| Argentina | 15 de noviembre de 1961 |
| Bahamas (Commonwealth de las) | 15 de septiembre de 1993 |
| Barbados | / |
| Belice | 27 de junio de 1990 |
| Bolivia | 9 de febrero de 1982 |
| Brasil | 16 de noviembre de 1960 |
| Canadá | 4 de junio de 1969 |
| Chile | 28 de enero de 1972 |
| Colombia | 10 de octubre de 1961 |
| Costa Rica | 28 de marzo de 1978 |
| Dominica (Commonwealth de) | 17 de febrero de 1994 |
| Ecuador | 17 de agosto de 1955 |
| El Salvador | 28 de abril de 1983 |
| Estados Unidos de América | / |
| Granada | *25 de octubre de 1956 |
| Guatemala | 22 de septiembre de 1983 |
| Guyana | / |
| Haití | 25 de septiembre de 1984 |
| Honduras | 23 de marzo de 1992 |
| Jamaica | 30 de julio de 1964 |

¹¹⁹ ONU. Base de Datos, Colección de Tratados, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

| ESTADO MIEMBRO DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ACESIÓN |
|--------------------------------------|---------------------------------|
| México | 7 de junio de 2000 |
| Nicaragua | 28 de marzo de 1980 |
| Panamá | 2 de agosto de 1978 |
| Paraguay | 1 de abril de 1970 |
| Perú | 21 de diciembre de 1964 |
| República Dominicana | 4 de enero de 1978 |
| Saint Kitts y Nevis | 1 de febrero de 2002 |
| San Vicente y las Granadinas | 3 de noviembre de 1993 |
| Santa Lucía | *4 de septiembre de 1968 |
| Surinamee | 29 de noviembre de 1978 |
| Trinidad y Tobago | 10 de noviembre de 2000 |
| Uruguay | 22 de septiembre de 1970 |
| Venezuela (República Bolivariana de) | / |

97. La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados reconoce el alcance internacional del problema de los refugiados, y la necesidad de la cooperación internacional para su solución, destacando la importancia de compartir la responsabilidad entre los Estados.¹²⁰ Este instrumento constituye la piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados. La Convención adopta una definición de refugiado, en la cual lo define como toda persona:

Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él¹²¹.

98. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 reconoce el derecho de recibir protección a las personas cuyas circunstancias encuadren en la definición del artículo 1 A (b). Asimismo, les reconoce una serie de derechos vinculados con su estatuto personal, documentación, libertad de circulación, educación, salud, trabajo, acceso a la justicia, derechos de propiedad y asociación, además de establecer obligaciones para los Estados parte. La Convención establece además el

¹²⁰ ACNUR. *La Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados*. UNHCR/UN/AUT-30415. Septiembre, 2007.

¹²¹ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Art. 1A(2).

estándar de Derecho Internacional para la protección de los derechos de los refugiados, el cual versa sobre un trato jurídico equivalente al que disfrutaban los extranjeros legalmente establecidos en ese país. En algunos casos, los derechos de los refugiados deben ser protegidos al mismo nivel que los nacionales de dicho Estado.

99. Adicionalmente, la Convención de 1951 consagra el principio de no devolución o *non-refoulement*, en el siguiente tenor: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”¹²². Del mismo modo, este instrumento resalta principios básicos para la protección a refugiados, entre ellos la prohibición de sanción por entrada ilegal, la no discriminación y la unidad familiar.

2. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados

100. Al haber sido elaborada tras la Segunda Guerra Mundial, la Convención de 1951 buscaba responder exclusivamente a la situación humanitaria enfrentada por quienes sufrieron las consecuencias de este conflicto en Europa. Es por ello que la Convención tiene una definición de refugiado centrada en las personas que se encuentran fuera del país de su nacionalidad y que son refugiados como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa o en otro lugar. Dadas las nuevas situaciones de refugiados que se produjeron a fines de los años cincuenta y comienzos de los sesenta en las Américas, África y Asia, fue necesario ampliar el ámbito temporal y geográfico de la Convención. Por tanto, en 1967 se elaboró y se aprobó el Protocolo a la Convención de 1951, de manera que la protección internacional reconocida a refugiados, en los términos establecidos en la Convención, se convirtiera en un deber de alcance universal, sin distinciones de tiempo o espacio.
101. Es así como la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución 2198 (XXI) del 16 de diciembre de 1966, tomó nota del Protocolo y pidió al Secretario General que transmitiera el Protocolo a los Estados mencionados en el artículo V de la misma, con el fin de que puedan adherirse al Protocolo. El Protocolo entró en vigor el 4 de octubre de 1967¹²³. El Protocolo eliminó las restricciones geográficas y temporales establecidas en la Convención de 1951, relativas a los refugiados europeos después de la Segunda Guerra Mundial, al expandir el alcance de esta Convención, y eliminando las limitaciones temporales y geográficas de la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951.

¹²² Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Art. 33.

¹²³ ONU, Base de Datos, Colección de Tratados, Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

| ESTADO MIEMBRO DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ACESIÓN |
|---|--|
| Antigua y Barbuda | 7 de septiembre de 1995 |
| Argentina | 6 de diciembre de 1967 |
| Bahamas (Commonwealth de las) | 15 de septiembre de 1993 |
| Barbados | / |
| Belice | 27 de junio de 1990 |
| Bolivia | 9 de febrero de 1982 |
| Brasil | 7 de abril de 1972 |
| Canadá | 4 de junio de 1969 |
| Chile | 27 de abril de 1972 |
| Colombia | 4 de marzo de 1980 |
| Costa Rica | 28 de marzo de 1978 |
| Dominica (Commonwealth de) | 17 de febrero de 1994 |
| Ecuador | 6 de marzo de 1969 |
| El Salvador | 28 de abril de 1983 |
| Estados Unidos de América | 1 de noviembre de 1968 |
| Granada | / |
| Guatemala | 22 de septiembre de 1983 |
| Guyana | / |
| Haití | 25 de septiembre de 1984 |
| Honduras | 23 de marzo de 1992 |
| Jamaica | 30 de octubre de 1980 |
| México | 7 de junio de 2000 |
| Nicaragua | 28 de marzo de 1980 |
| Panamá | 2 de agosto de 1978 |
| Paraguay | 1 de abril de 1970 |
| Perú | 15 de septiembre de 1983 |
| República Dominicana | 4 de enero de 1978 |
| Saint Kitts y Nevis | / |
| San Vicente y las Granadinas | 3 de noviembre de 2003 |
| Santa Lucía | *4 de septiembre de 1968 |
| Surinamee | 29 de noviembre de 1978 |
| Trinidad y Tobago | 10 noviembre de 2000 |
| Uruguay | 22 de septiembre de 1970 |
| Venezuela (República Bolivariana de) | 19 de septiembre de 1986 |

3. Declaración de Cartagena sobre Refugiados

102. Otro instrumento de suma relevancia en el ámbito interamericano con relación a la protección de los refugiados es la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Del 19 al 22 de noviembre de 1984 en Cartagena, Colombia, se realizó el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, donde representantes gubernamentales y juristas latinoamericanos debatieron sobre los desafíos en materia de protección internacional de los refugiados centroamericanos y adoptaron la Declaración de Cartagena sobre Refugiados.
103. Teniendo en cuenta la experiencia recogida por la afluencia masiva de refugiados centroamericanos, la Declaración de Cartagena recomendó a los Estados latinoamericanos ampliar la definición de refugiado contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, a modo de aplicarla a otras situaciones apremiantes de América Latina¹²⁴. Más allá de las 5 causas tradicionales que habían sido establecidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas), la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena agrega otras situaciones que, al causar el cruce de una frontera internacional por parte de una persona, la convierten también en refugiada. De este modo, la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público se consagran en esta declaración como causales de persecución que pueden generar una necesidad de protección. En específico la Declaración de Cartagena sobre Refugiados:

Reitera que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la

¹²⁴

CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2004: Sexto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*. OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1, 23 de febrero de 2005, párr. 36.

violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público¹²⁵.

104. La labor de la Comisión Interamericana fue fundamental para que se adoptase una definición ampliada de refugiado a nivel regional, la cual terminaría plasmada en la Declaración de Cartagena de 1984. A juicio de la Comisión, la violencia que se evidenció en un gran número de países de América Latina y el Caribe como consecuencia de regímenes militares y conflictos armados internos ocurridos en la década de 1970 y en los primeros años de la década de 1980 tuvo un efecto secundario, que por su magnitud fue verdaderamente alarmante, el desplazamiento masivo de personas¹²⁶. Con el propósito de responder a las dinámicas de la migración forzada que se evidenciaban durante aquellos años, en su Informe Anual de 1981-1982, la Comisión recomendó a los Estados Miembros de la OEA que adoptaran una definición regional de refugiado más amplia para incluir “personas que han abandonado sus países porque sus vidas han sido amenazadas por la violencia, la agresión y la ocupación extranjera, las violaciones masivas de derechos humanos y otras circunstancias que destruyen el orden público y para las cuales no existen recursos internos”.¹²⁷ Posteriormente, la Declaración de Cartagena tomó como base la definición que había sido propuesta por la CIDH para la definición ampliada de refugiado fijada en dicho instrumento. La misma Declaración de Cartagena, en su Conclusión III, se reconoce a la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una de las fuentes de la definición ampliada de refugiado¹²⁸.
105. Adicionalmente, la Declaración de Cartagena insiste en el reconocimiento y necesidad de protección de los derechos de los refugiados, resaltando la importancia del respeto al principio de no-devolución, a los derechos económicos y sociales y a la reunificación familiar de los refugiados, así como destaca el carácter voluntario de la repatriación. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados también promueve el uso de los mecanismos del sistema interamericano (particularmente de la CIDH) como una oportunidad para complementar la calidad de la protección ofrecida a los solicitantes de asilo y refugiados¹²⁹. La normativa

¹²⁵ Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, Conclusión No. 3.

¹²⁶ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*. OEA/Ser.L/II.54 Doc.9 rev.1, 16 de octubre de 1981, Capítulo V.

¹²⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-1982*. OEA/Ser.L/V/II.57 Doc. 6 rev.1, 20 de septiembre de 1982, Capítulo VI, Sección B, Los refugiados y el sistema interamericano, párr. 11.d. También véase, *Conclusiones y Recomendaciones del Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina*, reunido en Tlatelolco, Ciudad de México, del 11 al 15 de mayo de 1981.

¹²⁸ Véase, Murillo González, Juan Carlos, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y su relevancia para la protección de refugiados y otras personas necesitadas de protección en el continente americano*No. Curso XXXIV, 2002, págs. 441 y 448.

¹²⁹ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Cláusula Decimoquinta. "Promover el uso, con mayor intensidad, de los organismos competentes del sistema interamericano y, en especial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el propósito de complementar la protección internacional de los

interna de 16 Estados de la región incluye la definición ampliada de refugiado recomendada por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados¹³⁰.

| PAÍS | LEGISLACIÓN | FECHA DE ADOPCIÓN |
|--------------------|--|---|
| Argentina | Ley No. 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado. | 8 de noviembre de 2006 |
| Belice | <i>Refugees Act.</i> | 16 de agosto de 1991 |
| Bolivia | Decreto Supremo N° 19.640. Definición de refugiado (4 de julio de 1983). | 4 de julio de 1983 |
| Brasil | Lei No. 9.474, que define mecanismos para la implementación del Estatuto de los refugiados de 1951 y crea el "Comitê Nacional para os Refugiados" (22 de julho de 1997). | 22 de julio de 1997 |
| Chile | Ley No. 20.430. Establece disposiciones sobre protección de refugiados. | 8 de abril de 2010 |
| Colombia | Decreto No. 2840. Se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado | 6 de diciembre de 2013 |
| Costa Rica | Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del 28 de noviembre de 2014. | 28 de noviembre de 2014 |
| Ecuador | Decreto No. 3.293. Reglamento para la aplicación de las normas contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967 (DEROGADO). Decreto No. 1.182, Reglamento para la aplicación del derecho de refugio Sentencia No. 002-14-SIN-CC Demandas de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 1182. Reglamento para la aplicación en Ecuador del derecho de refugio. | 29 de septiembre de 1987, 30 de Mayo de 2012 y 17 de septiembre de 2014 |
| El Salvador | Decreto No. 918. | 22 de agosto de 2002 |
| Guatemala | Acuerdo gubernativo N°383-2001. Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala. | 14 de septiembre de 2001 |

asilados y refugiados. Desde luego, para el cumplimiento de esas funciones el Coloquio considera que sería aconsejable acentuar la estrecha coordinación y cooperación existente entre la Comisión y el ACNUR¹³⁰.

130

ACNUR, *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas*. 2014; Unidad Legal Regional de la Oficina del ACNUR para las Américas, *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas*, 2014.

| PAÍS | LEGISLACIÓN | FECHA DE ADOPCIÓN |
|------------------|--|----------------------------------|
| Honduras | Decreto No. 208-2003. Ley de Migración y Extranjería. | 3 de marzo de 2004 |
| México | Ley General de Población; Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria. | 7 de enero de 1974, Reforma 1990 |
| Nicaragua | Ley No. 655 de Protección a Refugiados. | 26 de junio de 2008 |
| Paraguay | Ley No. 1.938, Ley General sobre refugiados. | 9 de julio de 2002 |
| Perú | Ley No. 27.891, Ley del Refugiado | 20 de diciembre de 2002 |
| Uruguay | Ley No. 18.076 sobre el Estatuto de Refugiado. | 14 de noviembre de 2006 |

D. *Los instrumentos del Derecho Internacional de los Apátridas*

106. El derecho a la nacionalidad ha sido ampliamente reconocido en el ámbito internacional como un derecho humano fundamental. Además de su reconocimiento normativo dentro de los principales instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la nacionalidad también se encuentra ampliamente reconocido como un derecho humano en instrumentos jurídicos regionales. La comunidad internacional ha reconocido que la protección del derecho a la nacionalidad es un asunto de directa importancia para el derecho internacional, cuya vulneración compromete la responsabilidad internacional del Estado. Una de las principales manifestaciones de lo anterior es que el derecho a la nacionalidad está reconocido en una serie de instrumentos jurídicos internacionales¹³¹ y regionales¹³².

¹³¹ Entre los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen el derecho a la nacionalidad están la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 15; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que dispone, en el párrafo inicial y el párrafo d) iii) de su artículo 5, que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de, entre otros derechos, el derecho a la nacionalidad; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 24 párrafo 3; la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 8; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada en su artículo 9 y la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada establece garantías similares sobre la nacionalidad de las mujeres casadas; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en su artículo 18; y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en su artículo 29.

¹³² Véase, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño en su artículo 6; la Carta Árabe de Derechos Humanos en su artículo 29; el Pacto sobre los Derechos del Niño en el Islam en su artículo 7; el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad en su artículo 4; y el Convenio de la Comunidad de Estados Independientes sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su artículo 24.

107. En el ámbito internacional hay dos convenciones que se refieren específicamente al tema de la apátrida: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de Naciones Unidas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apátrida de Naciones Unidas de 1961.

1. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas

108. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas fue preparada para tratar la situación que se evidenció tras la Segunda Guerra Mundial, tras la cual muchas personas quedaron sin nacionalidad, o estaban imposibilitados de adquirir una. Por tanto, estas personas no contaban con la protección de Estado alguno y quedaban en una situación de extrema vulnerabilidad. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas se aplica a las personas que no sean consideradas como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación.
109. El propósito de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas es asegurar a las personas que se encuentren en situación de apatridia el goce de sus derechos fundamentales y el desarrollo de su vida en condiciones dignas. Para ello, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de Naciones Unidas de 1954 requiere a los Estados Partes que confieran a los apátridas que se encuentren legalmente en su territorio al menos el mismo trato que reciban otros extranjeros que residan en su territorio¹³³. Asimismo, los Estados Partes se obligan a expedir documentos de identidad y de viaje a toda persona apátrida que se encuentre en su territorio, haciendo constar su condición de apátrida.
110. Este instrumento internacional establece las normas de trato de los apátridas que vivan en el territorio de un Estado parte, con el fin de garantizarles la protección adecuada. Provee la definición de apátrida, reconoce los derechos de las personas apátridas y las obligaciones de los Estados parte frente a estos. Entre las disposiciones de la Convención se encuentran: la condición jurídica, derechos civiles, acceso a trabajo, educación y vivienda, la asimilación y la naturalización de los apátridas.
111. La Convención fue adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, celebrada en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 13 al 23 de septiembre de 1954. La Conferencia fue convocada por medio de la Resolución 526A (XVII) del 26 de abril de 1954 del Consejo Económico y Social. La Convención entró en vigor el 6 de junio de 1990 y en la actualidad cuenta con 23 Estados signatarios y 86 Estados parte¹³⁴. La Convención, además de definir que es un apátrida, reconoce una serie de derechos inalienables a toda persona, sin importar su condición.

¹³³ Naciones Unidas. *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, Art. 7, párr. 1.

¹³⁴ ONU, Base de Datos, Colección de Tratados, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (disponible en inglés).

2. Convención para Reducir los Casos de Apatridia

112. La Convención para Reducir los Casos de Apatridia fue adoptada y abierta a la firma de otros Estados el 30 de agosto de 1961 por la Conferencia de las Naciones Unidas para la eliminación o reducción de futuros casos de apatridia que se reunió, por la convocatoria del Secretario General de las Naciones Unidas, en 1959 en Ginebra y nuevamente en 1961 en Nueva York, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. La Convención entró en vigor el 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18¹³⁵.
113. El objeto principal de esta convención es reducir el número de futuros casos de apatridia abordando la situación desde la raíz del problema. Por tanto, esta Convención establece las normas tendientes a otorgar la nacionalidad de los Estado parte a aquellas personas que de otro modo serían considerados como apátridas. Entre sus múltiples objetivos, la Convención de 1961 también está dirigida a eliminar los casos de apatridia que derivan de un cambio de estado civil, residencia, o renuncia voluntaria a la nacionalidad. Esta Convención también establece distintos criterios para determinar la nacionalidad de una persona en aquellos casos en que exista riesgo de que la persona quede apátrida, con el objeto de reducir el fenómeno con el tiempo¹³⁶.

| ESTADO MIEMBRO DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1954 | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1961 |
|---|---|---|
| Antigua y Barbuda | 25 de octubre de 1988 | / |
| Argentina | 1 de junio de 1972 | / |
| Bahamas (Commonwealth de las) | / | / |
| Barbados | 6 de marzo de 1972 | * 29 de marzo de 1966 |
| Belize | 14 de septiembre de 2006 | / |
| Bolivia | 6 de octubre de 1983 | 6 de octubre de 1983 |
| Brasil | 13 de agosto de 1996 | 25 de octubre de 2007 |
| Canadá | / | 17 de julio de 1978 |
| Chile | / | / |
| Colombia | *Firmó el 30 de diciembre de 1954, no la ha ratificado | / |
| Costa Rica | 2 de noviembre de 1977 | 2 de noviembre de 1977 |
| Dominica (Commonwealth de) | / | / |

¹³⁵ ONU, Base de Datos, Colección de Tratados, Convención para reducir los casos de apatridia (disponible en inglés).

¹³⁶ ACNUR, *Directrices sobre la apatridia No.1*, Feb.2012, pág. 2, nota al pie No. 1.

| ESTADO MIEMBRO DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1954 | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN DE LA CONVENCIÓN DE 1961 |
|---|--|--|
| Ecuador | 2 de octubre de 1970 | 24 de septiembre de 2012 |
| El Salvador | *Firmó el 28 de septiembre de 1954, no la ha ratificado | / |
| Estados Unidos de América | / | / |
| Grenada | / | * 29 de marzo de 1966 |
| Guatemala | 28 de noviembre de 2000 | 19 de julio de 2001 |
| Guyana | / | / |
| Haití | / | / |
| Honduras | 1 de octubre de 2012 | 18 de diciembre de 2012 |
| Jamaica | / | 9 de enero de 2013 |
| México | 7 de enero de 2000 | / |
| Nicaragua | / | / |
| Panamá | 2 de junio de 2011 | 2 de junio de 2011 |
| Paraguay | / | 6 de junio de 2012 |
| Perú | / | / |
| República Dominicana | / | *Firmó el 5 de diciembre de 1961, no la ha ratificado. |
| Saint Kitts y Nevis | / | * 29 de marzo de 1966 |
| San Vicente y las Granadinas | 27 de abril de 1999 | * 29 de marzo de 1966 |
| Santa Lucía | / | * 29 de marzo de 1966 |
| Surinamee | / | / |
| Trinidad y Tobago | 11 de abril de 1966 | / |
| Uruguay | 2 de abril de 2004 | 21 de septiembre de 2001 |
| Venezuela (República Bolivariana de) | / | / |

E. Los instrumentos internacionales en materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes

1. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, “Protocolo contra la trata de personas”

114. Si bien hay una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de personas, no había un instrumento universal que abordase todos los aspectos de la trata de personas. El Protocolo contra la Trata de Personas surge con el fin de prevenir el delito, sancionar a los tratantes y proteger a las víctimas, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos; además, establece la primera definición internacional vinculante de la trata de personas.
115. El Protocolo fue adoptado el 15 de noviembre del 2000 en la quincuagésima quinta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/55/25. El Protocolo entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 y en la actualidad 117 Estados son signatarios del Protocolo, mientras que 166 son Estados parte¹³⁷. El Protocolo ha sido ratificado por 32 Estados miembros de la OEA.

| PAÍSES MIEMBROS DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN |
|--------------------------------------|--|
| Antigua y Barbuda | 17 de febrero de 2010 |
| Argentina | 19 de noviembre de 2002 |
| Bahamas (Commonwealth de las) | 26 de septiembre de 2008 |
| Barbados | *Firmó el 26 de septiembre de 2001, no ha ratificado |
| Belize | 26 de septiembre de 2003 |
| Bolivia | 18 de mayo de 2006 |
| Brasil | 29 de enero de 2004 |
| Canadá | 13 de mayo de 2002 |
| Chile | 29 de noviembre de 2004 |
| Colombia | 4 de agosto de 2004 |
| Costa Rica | 9 de septiembre de 2003 |

137

ONU, Base de Datos, Colección de Tratados, [Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional](#) (disponible en inglés).

| PAÍSES MIEMBROS DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN |
|--------------------------------------|---|
| Cuba | / |
| Dominica (Commonwealth de) | 17 de mayo de 2013 |
| Ecuador | 17 de septiembre de 2002 |
| El Salvador | 18 de marzo de 2004 |
| Estados Unidos de América | 3 de noviembre de 2005 |
| Grenada | 21 de mayo de 2004 |
| Guatemala | 1 de abril de 2004 |
| Guyana | 14 de septiembre de 2004 |
| Haití | 19 de abril de 2011 |
| Honduras | 1 de abril de 2008 |
| Jamaica | 29 de septiembre de 2003 |
| México | 4 de marzo de 2003 |
| Nicaragua | 12 de octubre de 2004 |
| Panamá | 18 de agosto de 2004 |
| Paraguay | 22 de septiembre de 2004 |
| Perú | 23 de enero de 2002 |
| República Dominicana | 5 de febrero de 2008 |
| Saint Kitts y Nevis | 21 de mayo de 2004 |
| San Vicente y las Granadinas | 29 de octubre de 2010 |
| Santa Lucía | / |
| Surinamee | 25 de mayo de 2007 |
| Trinidad y Tobago | 6 de noviembre de 2007 |
| Uruguay | 4 de marzo de 2005 |
| Venezuela (República Bolivariana de) | 13 de mayo de 2002 |

2. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes”

116. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes responde al problema creciente de grupos criminales organizados dedicados al traslado y facilitación de acceso a un país de migrantes que, por diversas circunstancias, no satisfacen los requisitos legales para ello. Estos grupos delictivos obtienen beneficios cuantiosos por dicha actividad y, en la mayoría de los casos, someten a graves riesgos a los migrantes.

En este sentido, el propósito del Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con este fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico¹³⁸.

117. El Protocolo fue adoptado el 15 de noviembre del 2000 mediante la Resolución A/RES/55/25 de la quincuagésima quinta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas,. Dicho Protocolo entró en vigor el 28 de enero de 2004 y en la actualidad 112 Estados son signatarios del Protocolo, mientras que 141 son Estados parte¹³⁹. El Protocolo ha sido ratificado por 30 Estados miembros de la OEA.

| PAÍSES MIEMBROS DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN |
|--------------------------------------|--|
| Antigua y Barbuda | 17 de febrero de 2010 |
| Argentina | 19 de noviembre de 2002 |
| Bahamas (Commonwealth de las) | 26 de septiembre de 2008 |
| Barbados | * Firmo el 26 de septiembre de 2001, pero no ha ratificado |
| Belize | 14 de septiembre de 2006 |
| Bolivia | *Firmó el 12 de noviembre de 2000, pero no ha ratificado |
| Brasil | 29 de enero de 2004 |
| Canadá | 13 de mayo de 2002 |
| Chile | 29 de noviembre de 2004 |
| Colombia | / |
| Costa Rica | 7 de agosto de 2003 |
| Dominica (Commonwealth de) | 17 de mayo de 2013 |
| Ecuador | 17 de septiembre de 2002 |
| El Salvador | 18 de marzo de 2004 |
| Estados Unidos de América | 3 de noviembre de 2005 |
| Grenada | 21 de mayo de 2004 |
| Guatemala | 1 de abril de 2004 |
| Guyana | 16 de abril de 2008 |
| Haití | 19 de abril de 2011 |
| Honduras | 18 de noviembre de 2008 |

¹³⁸ *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Preámbulo; OIM, UNICEF. *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América Central: Guía normativa*. 2007, pág. 199.

¹³⁹ ONU, Base de Datos, Colección de Tratados, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

| PAÍSES MIEMBROS DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN |
|---|----------------------------------|
| Jamaica | 29 de septiembre de 2003 |
| México | 4 de marzo de 2003 |
| Nicaragua | 15 de febrero de 2006 |
| Panamá | 18 de agosto de 2004 |
| Paraguay | 23 de septiembre de 2008 |
| Perú | 23 de enero de 2002 |
| República Dominicana | 10 de diciembre de 2007 |
| Saint Kitts y Nevis | 21 de mayo de 2004 |
| San Vicente y las Granadinas | 29 de octubre de 2010 |
| Santa Lucía | / |
| Surinamee | 25 de mayo de 2007 |
| Trinidad y Tobago | 6 de noviembre de 2007 |
| Uruguay | 4 de marzo de 2005 |
| Venezuela (República Bolivariana de) | 19 de abril de 2005 |

F. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos

118. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos fueron presentados a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 11 de febrero de 1998 por Francis Deng, Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los desplazados internos.¹⁴⁰ Posteriormente, en septiembre de 2005, la Asamblea General, reunida en ocasión de la Cumbre Mundial en Nueva York, reconoció los Principios Rectores como "un marco internacional de importancia para proteger a las personas desplazadas dentro de sus países"¹⁴¹.
119. Los Principios Rectores tienen por objeto servir de norma internacional para orientar a los gobiernos, organizaciones regionales y todos los otros actores pertinentes en la provisión de asistencia y protección a los desplazados internos. A su vez, los Principios establecen las garantías y derechos relativos a la protección de los desplazados internos en todas las fases del desplazamiento. De conformidad con los Principios, los Estados tienen cuatro obligaciones principales: (i) la obligación de prevenir el desplazamiento; (ii) la obligación de proteger y brindar asistencia a los desplazados durante el desplazamiento; (iii) la obligación de

¹⁴⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

¹⁴¹ ONU, Asamblea General, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de septiembre de 2005. A/RES/60/1, 24 de octubre de 2005.

prestar y facilitar la asistencia humanitaria; y (iv) la obligación de facilitar el retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados internos en condiciones de seguridad¹⁴².

120. Aunque no se trate de un instrumento vinculante, los Principios constituyen fuente subsidiaria de derecho internacional, ya que pueden entenderse como parte de la doctrina de los publicistas en la materia; en algunos casos, algunos Principios pueden resultar vinculantes por reflejar normas del derecho consuetudinario en materia de desplazados internos. En este sentido, tanto la Comisión como la Corte han considerado que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, que se basan en la normativa internacional de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario, resultan de particular relevancia para determinar el alcance y contenido del artículo 22.1 de la CADH en el contexto del desplazamiento interno.¹⁴³

G. Otros instrumentos internacionales relevantes

1. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

121. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares prescribe derechos y deberes procesales relativos a un nacional extranjero arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva por los Estados parte en el tratado. En particular, el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares obliga a las autoridades de un Estado receptor a informar sin retraso alguno a un nacional extranjero en estas circunstancias sobre su derecho a comunicarse con el consulado de su Estado, de manera que si así lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán, de nuevo sin dilación, informar al consulado del Estado que envía sobre la detención del nacional extranjero y remitir cualquier comunicación dirigida al consulado por esa persona.
122. La Convención fue adoptada el 22 de abril de 1963 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares celebrada en Viena, Austria, del 4 marzo al 22 abril de 1963, y entró en vigor el 19 de marzo de 1967. En ella son partes todos los Estados Miembros de la OEA¹⁴⁴.

| PAÍSES MIEMBROS DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN |
|----------------------------------|---|
| Antigua y Barbuda | 25 de octubre de 1988 |
| Argentina | 7 de marzo de 1967 |

¹⁴² CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, párr. 537.

¹⁴³ CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, párr. 536.

¹⁴⁴ ONU, Base de Datos, Colección de Tratados, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (disponible en inglés).

| PAÍSES MIEMBROS DE LA OEA | FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN |
|---|---|
| Bahamas (Commonwealth de las) | 17 de marzo de 1977 |
| Barbados | 11 de mayo de 1992 |
| Belize | 30 de noviembre de 2000 |
| Bolivia | 22 de septiembre de 1970 |
| Brasil | 11 de mayo de 1967 |
| Canadá | 18 de julio de 1974 |
| Chile | 9 de enero de 1968 |
| Colombia | 6 de septiembre de 1972 |
| Costa Rica | 29 de diciembre de 1966 |
| Cuba | 15 de octubre de 1965 |
| Dominica (Commonwealth de) | 24 de noviembre de 1987 |
| Ecuador | 11 de marzo de 1965 |
| El Salvador | 19 de enero de 1973 |
| Estados Unidos de América | 24 de noviembre de 1969 |
| Grenada | 2 de septiembre de 1992 |
| Guatemala | 9 de febrero de 1973 |
| Guyana | 13 de septiembre de 1973 |
| Haití | 2 de febrero de 1978 |
| Honduras | 13 de febrero de 1968 |
| Jamaica | 9 de febrero de 1976 |
| México | 16 de junio de 1965 |
| Nicaragua | 31 de octubre de 1975 |
| Panamá | 28 de agosto de 1967 |
| Paraguay | 23 de diciembre de 1969 |
| Perú | 17 de febrero de 1978 |
| República Dominicana | 4 de marzo de 1964 |
| Saint Kitts y Nevis | 6 de julio de 2010 |
| San Vicente y las Granadinas | 27 de abril de 1999 |
| Santa Lucía | 27 de agosto de 1986 |
| Surinamee | 11 de septiembre de 1980 |
| Trinidad y Tobago | 19 de octubre de 1965 |
| Uruguay | 10 de marzo de 1970 |
| Venezuela (República Bolivariana de) | 27 de octubre de 1965 |

CAPÍTULO 3

DEFINICIONES

DEFINICIONES

123. A fines de tener claridad sobre los términos utilizados a lo largo del presente informe, en la presente sección la Comisión se referirá a las definiciones de las distintas categorías de las personas en el contexto de la movilidad humana. Esas definiciones derivan de las fuentes de derecho principales ya mencionadas, sin pretender ser definiciones exhaustivas de cada término.

A. *Migrante*

124. A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante”. En este sentido, la Comisión utilizará el término “migrante internacional” para referirse a toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional; y “migrante interno” para referirse a toda persona que se encuentre dentro del territorio del cual es nacional, pero por fuera del lugar en el que nació o donde reside habitualmente.

125. La Comisión estima importante señalar que a lo largo del presente informe se utilizará el término “migrante en situación irregular” para referirse a aquellos migrantes que hayan ingresado de forma irregular al territorio de un Estado del que no son nacionales o que hayan permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados a permanecer en el país en el que se encuentran. En este sentido, la Comisión recomienda que los Estados miembros de la OEA eviten la utilización de términos como “ilegal” o “migrante ilegal” para referirse a los migrantes cuya situación migratoria es irregular. La utilización de los términos “ilegal” o “migrante ilegal” refuerzan la criminalización de los migrantes y el estereotipo falso y negativo de que los migrantes, por el simple hecho de encontrarse en situación irregular, son criminales.

126. Asimismo, la Comisión recuerda que el ingreso y la estancia irregular de una persona en un Estado no son delitos penales sino faltas administrativas. En adición a lo anterior, la legalidad o ilegalidad no son características que se puedan reputar de los seres humanos. En aras de generar claridad en este aspecto, son las acciones de los seres humanos las que se pueden caracterizar como legales o ilegales, pero no las personas *per se*. La condición migratoria de una persona puede no encontrarse conforme al ordenamiento jurídico de un determinado Estado, pero eso no implica que se pueda extrapolar a las personas la legalidad o no de sus actos. La condición migratoria de una persona jamás puede servir para que se le

excluya de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴⁵.

B. Refugiado

127. De acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, el término “refugiado” hace relación a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él¹⁴⁶.
128. Tomando en cuenta las particularidades de la región, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 amplió la definición de refugiados contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En este sentido, la Declaración de Cartagena establece que: “(...) en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”¹⁴⁷.
129. Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que en atención al desarrollo progresivo del derecho internacional, las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, la cual responde no sólo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la

¹⁴⁵ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, párr. 101.

¹⁴⁶ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954, enmendada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, artículo 1.

¹⁴⁷ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Cartagena de Indias, 22 de noviembre de 1984, pág. 3. La definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados ha sido incorporada en la legislación interna de 15 países del continente americano.

actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente¹⁴⁸.

130. En este orden de ideas, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han coincidido en que el término “refugiado” hace relación a aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. El término “refugiado(a)” es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público¹⁴⁹.
131. La Comisión Interamericana estima necesario reiterar que una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. Es decir, no se adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado¹⁵⁰.

C. Solicitante de asilo

132. El término “solicitante de asilo” hace relación a la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva en el país de acogida¹⁵¹.

¹⁴⁸ 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 No. 21, párr. 79.

¹⁴⁹ Véase, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-1982*. OEA/Ser.L/V/II.57 Doc. 6 rev.1, 20 de septiembre de 1982, Capítulo VI, Sección B, Los refugiados y el sistema interamericano, párr. 11.d; y 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 No. 21, párr. 49.m.

¹⁵⁰ ACNUR. *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*. 1979, párr. 28.

¹⁵¹ 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 No. 21, párr. 49.l.

D. Protección complementaria

133. La protección complementaria, también denominada protección subsidiaria, hace relación a los mecanismos legales destinados a proteger y otorgar dicho estatuto a las personas en necesidad de protección internacional que no cumplen con los requisitos establecidos para ser concedido el estatuto de refugiado. Las medidas de protección complementaria permiten regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiadas pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes instrumentos de derechos humanos¹⁵².

E. Apátrida

134. De conformidad con el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el término “apátrida” hace relación a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación¹⁵³.

F. Tráfico de migrantes

135. Según el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire el “tráfico ilícito de migrantes” es la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material¹⁵⁴.

G. Trata de personas

136. Según el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se entenderá por “trata de personas” la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de

¹⁵² ACNUR. *Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas: 28. Buena práctica: Protección complementaria y visas humanitarias.*

¹⁵³ *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, Adoptada el 28 de septiembre de 1954 y entra en vigor el 6 de junio de 1960, artículo 1.

¹⁵⁴ *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Artículo 3.

explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

H. Niño, niña o adolescente no acompañado

137. Se entiende por “niño, niña y adolescente no acompañado” todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres y otros parientes sin estar bajo el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumba esa responsabilidad¹⁵⁵.

I. Niño, niña o adolescente separado

138. Niño, niña o adolescente separado comprende a todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de su familia¹⁵⁶.

J. Flujo migratorio mixto

139. El término “flujos migratorios mixtos” hace relación a aquellos que se originan por diversas causas y se caracterizan por ser movimientos de población complejos que comprenden diferentes grupos de personas que se encuentran en el contexto de la migración internacional, tales como migrantes por causas económicas o ambientales, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo o refugiados, víctimas de trata, niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de sus familias, así como otras personas con necesidades de protección. En algunos casos, a lo largo del proceso migratorio concurren entre los migrantes diferentes categorías de las señaladas anteriormente, por ejemplo, personas que a lo largo de su proceso migratorio terminan siendo convertidas en víctimas de delitos, como la trata de personas con fines de explotación sexual, laboral u otro tipo de explotación¹⁵⁷.

K. Desplazado interno

140. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos definen como “desplazados internos” a las personas o grupos de personas que han sido forzados

¹⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 7.

¹⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/ GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 8.

¹⁵⁷ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 55.

u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el ser humano, y que aún no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida¹⁵⁸.

141. Dentro de la definición de desplazados internos que dan los Principios Rectores, la utilización de la expresión “en particular” significa que no se trata de un listado exhaustivo, sino que también pueden haber otras causas posibles de desplazamiento interno, tal como pueden ser los proyectos de desarrollo a gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial¹⁵⁹.

¹⁵⁸ ONU. *Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas*, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998, Introducción: Alcance y Finalidad.

¹⁵⁹ Los proyectos de desarrollo a gran escala se mencionan en el Principio Rector 6, relativo a casos de desplazamiento arbitrario. Véase, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Representante del Secretario General, señor Francis M. Deng, presentado con arreglo a la Resolución 1997/39. Adición: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. 11 de febrero de 1998, E/CN.4/1998/53/Add.2, Principio 6. En este sentido, también véase, CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 71.

CAPÍTULO 4

OBLIGACIONES GENERALES RESPECTO DE PERSONAS EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD HUMANA

OBLIGACIONES GENERALES RESPECTO DE PERSONAS EN EL CONTEXTO DE LA MOVILIDAD HUMANA

A. Consideraciones generales: el alcance espacial del concepto de jurisdicción bajo el derecho internacional de los derechos humanos

142. La naturaleza dinámica de la migración, en particular de la migración internacional, ha llevado a la Comisión a señalar que los derechos humanos reconocidos en los instrumentos interamericanos cobijan a todas aquellas personas que se encuentran bajo la autoridad y control de Estado. Lo anterior reviste particular importancia dada la creciente tendencia de algunos Estados de externalizar sus fronteras y realizar acciones de control migratorio más allá de su territorio.
143. Al respecto, la Comisión estima relevante señalar que el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.
144. Los antecedentes históricos de la redacción de la Convención no indican que las partes tuvieron la intención de otorgarle un significado especial al término “jurisdicción”. Los trabajos preparatorios de la Convención Americana demuestran que el texto inicial del artículo 1.1 establecía que:

[l]os Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica,

nacimiento o cualquier otra condición social¹⁶⁰ (subrayado fuera del texto original).

145. Al momento de adoptar la Convención Americana, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos optó por suprimir la referencia al territorio y establecer la obligación de los Estados parte en la Convención a respetar y garantizar los derechos allí reconocidos a todas las personas sometidas a su jurisdicción. De esta manera, se amplió el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana, en la medida en que los Estados no sólo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen imputables dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero dentro de una esfera en la que ejerzan jurisdicción¹⁶¹.
146. En el derecho internacional, las bases de la jurisdicción no son exclusivamente territoriales sino que puede ser ejercida sobre otras bases también. En este sentido, la CIDH ha establecido que “en ciertas circunstancias, el ejercicio de su jurisdicción sobre actos ocurridos en un lugar extraterritorial no sólo será congruente sino requerido por las normas pertinentes”¹⁶². De esta forma, aunque jurisdicción usualmente se refiere a la autoridad sobre personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado, los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y no se basan en su nacionalidad o ubicación. Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio, de aquellas presentes en el territorio de otro Estado pero sujetas al control de sus agentes¹⁶³, así como de aquellas que se encuentran en altamar pero sujetas al control de sus agentes¹⁶⁴. Con relación al alcance de las obligaciones de derechos humanos de personas migrantes, la CIDH ha sostenido que:

es evidente que estas protecciones básicas de los derechos humanos previstas en la Declaración [*mutatis mutandis*, en la Convención Americana], como ocurre en general con las protecciones internacionales de los derechos humanos, constituyen obligaciones que los Estados de las Américas [...] deben garantizar a todas las

¹⁶⁰ CIDH, Informe No. 112/10, Petición Interestatal PI-02, *Franklin Guillermo Aisalla Molina*, (Ecuador-Colombia). 21 de octubre de 2010, párr. 89, citando la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 14.

¹⁶¹ CIDH, Informe No. 112/10, Petición Interestatal PI-02, *Franklin Guillermo Aisalla Molina*, (Ecuador-Colombia). 21 de octubre de 2010, párr. 90.

¹⁶² CIDH, Informe No. 109/99, Fondo, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999, párr. 37.

¹⁶³ CIDH, Informe No. 86/99, Caso 11.589, *Armando Alejandro Jr. y otros* (Cuba), 13 de abril de 1999; CIDH, Informe No. 109/99, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999, párr. 37; CIDH, Informe No. 14/94, Petición 10.951, *Callistus Bernard y otros* (Estados Unidos), 7 de febrero de 1994, párrs. 6 y 8; CIDH, Informe No. 31/93, Caso 10.573, *Salas* (Estados Unidos), 14 de octubre de 1993, párr. 6.

¹⁶⁴ CIDH, Informe de Admisibilidad No. 28/93, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de octubre de 1993; y CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.

personas bajo su autoridad y control y no dependen para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración. Es notable a este respecto que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración era garantizar como fundamental la “igual protección de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos establecidos en la Declaración”¹⁶⁵.

147. Por su parte, al referirse a la competencia territorial del Estado en relación con la situación de los migrantes, la Corte Interamericana ha señalado de manera enfática que los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados.¹⁶⁶ En este sentido, la Corte ha resaltado que:

no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular¹⁶⁷.

148. A su vez, la Comisión considera necesario agregar que, si bien es el Estado que recibe a la persona extranjera el principal obligado en la situación de los migrantes internacionales, tales como refugiados, solicitantes de asilo, víctimas de trata, entre otros, ello no implica que el Estado de origen de dichas personas no tenga obligación alguna referida a la señalada situación derivada, por cierto, de su competencia personal. De este modo, sobre las obligaciones del Estado de origen, es pertinente recordar que éstos deben observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios¹⁶⁸.

¹⁶⁵ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párr. 179.

¹⁶⁶ 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, párr. 96.

¹⁶⁷ 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 No. 21, párr. 62.

¹⁶⁸ 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 No. 21, párr. 64.

149. Por tanto, ya ha establecido la Corte Interamericana que en lo que se refiere a la protección de las personas en el contexto de la migración, el término jurisdicción utilizado por el artículo 1.1 de la Convención sobre la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos está referido, entonces, a toda persona respecto de la que el Estado ejerce sea su competencia territorial sea su competencia personal e incluso, sea su competencia relativa a servicios públicos¹⁶⁹.
150. Con relación al deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, la Corte ha señalado que estos deberes son independientes de la situación migratoria de una persona en un Estado. Por ende, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus nacionales y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio o bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa¹⁷⁰.

B. Las obligaciones de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos

151. De conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, la primera obligación de los Estados es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella. En tal sentido, el deber de respetar los derechos humanos entraña la obligación de los Estados de no violar por acción u omisión los derechos reconocidos en la Convención Americana, así como en otros instrumentos relevantes. Al respecto, la Corte ha sostenido que "toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto"¹⁷¹.
152. La Corte ha sostenido que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.¹⁷² Asimismo, ha señalado que en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal¹⁷³.

¹⁶⁹ 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 No. 21, párr. 61.

¹⁷⁰ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 155.

¹⁷¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 169.

¹⁷² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165.

¹⁷³ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.

153. Además del deber de respeto, los derechos reconocidos en la Convención Americana, así como en otros instrumentos interamericanos relevantes, comprenden el deber de garantía. Al respecto, la Corte ha establecido que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que con base en el deber de garantía es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre¹⁷⁴.
154. El deber de garantía requiere que los Estados organicen todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder estatal, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción¹⁷⁵. De conformidad con la jurisprudencia internacional, los Estados tienen la obligación de actuar con debida diligencia para proteger los derechos humanos. A su vez, este deber comprende cuatro obligaciones básicas: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de derechos humanos¹⁷⁶.

1. El deber de prevenir

155. La Corte Interamericana ha sostenido que el deber de prevenir abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones de los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de reparar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. A su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Corte IDH. *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243. Citando, Corte IDH. *Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111.

¹⁷⁵ Corte IDH. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No 1 párr. 173; y *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, párr. 236.

¹⁷⁶ Corte IDH. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Algunos de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también establecen de forma expresa la obligación del Estado de actuar con debida diligencia para proteger los derechos humanos como, por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Interamericana Contra la Tortura y el 7 inciso b) de la Convención de Belém do Pará.

¹⁷⁷ Corte IDH. *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 252. Citando Corte IDH. *Caso Perozo y otras Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de

156. La Corte ha establecido que el Estado o sus agentes tienen la obligación de adoptar medidas de prevención y protección respecto de los particulares en sus relaciones entre sí toda vez que tengan conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo¹⁷⁸. Por lo tanto, no se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares en su jurisdicción¹⁷⁹. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, esta función de protección, pero sólo en aquellas circunstancias particulares en que se considere que los agentes estatales cumplan una posición de garantes con relación a la acción de particulares¹⁸⁰.
157. Por su parte, la Comisión estima necesario recalcar que los Estados, en su posición de garantes de los derechos humanos, tienen respecto de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción la obligación jurídica de prevenir que se produzcan violaciones a los derechos humanos que serían evitables. Cuando el Estado incumple esa obligación, y con ello se genera una violación a los derechos humanos que podría haber sido prevenida, abandona su posición de garante¹⁸¹.
158. Un caso que demuestra la obligación de prevenir es el *Caso Fleury y otros vs. Haití*, donde el señor Fleury y su familia tuvieron que exilarse y solicitar la condición de refugiados en Estados Unidos de América porque temían por su seguridad en Haití. Los antecedentes del caso señalan que los atentados a la vida e integridad del señor Fleury se debieron a su condición de defensor de derechos humanos. En su decisión sobre el caso, la Corte Interamericana reafirmó el deber de prevención de los Estados como obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la libertad de asociación, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de

2009. Serie C No. 195, párr. 149; y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 63.

¹⁷⁸ Corte IDH. *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 140, párr. 123; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. No. 146. párr. 155; y *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192. párr. 78. Ver también TEDH. *Kiliç vs. Turquía*, Sentencia del 28 de marzo de 2000, párrs. 62-63 y TEDH. *Osman vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de octubre de 1998, párrs. 115-116.

¹⁷⁹ Corte IDH. *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 280.

¹⁸⁰ Corte IDH. *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C, No. 122, párr. 111, párr. 112; *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 211; *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114; *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110, párr. 91; *19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, No. 109, párr. 183; *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, No. 103, párr. 71; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, No. 100, párr. 111; y *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, No. 99, párr. 81.

¹⁸¹ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 356.

dicha libertad. La Corte tuvo por probado que los funcionarios que llevaron a cabo la detención infligieron torturas y malos tratos de particular severidad al señor Fleury aludiendo a su condición de defensor a los derechos humanos, y que éste fue obligado a esconderse y a huir por temor a las represalias de sus agresores, luego de que éste los denunciara e identificara, lo cual implica una falta al deber del Estado de “tomar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”, así como de “prevenir y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”¹⁸². De modo tal que la Corte estableció la responsabilidad del Estado de Haití por fallar en su deber de prevención, por lo que el señor Fleury se vio obligado a solicitar asilo en Estados Unidos por temores fundados a su vida e integridad en su país de origen.

159. Asimismo, la Corte ha hecho extensivo a los familiares de las víctimas el deber de prevención en el *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* al ordenar a dicho Estado a “garantizar la seguridad de los familiares del Senador Cepeda Vargas, y prevenir que deban desplazarse o salir del país nuevamente como consecuencia de actos de amenazas, hostigamiento o de persecución en su contra, que puedan ocurrir con posterioridad a la notificación de esta sentencia”¹⁸³. En resumen, la obligación de prevenir requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (obligación positiva), conforme al deber de garantizar su pleno y libre ejercicio¹⁸⁴.
160. Al referirse a la situación de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, la Comisión señaló que para cumplir efectivamente con el deber de prevenir situaciones sistemáticas de discriminación y violencia que ponen en riesgo el ejercicio efectivo de los derechos humanos es imperativo que el Estado adopte e implemente medidas en dos niveles: 1) medidas generales y 2) medidas específicas¹⁸⁵.
161. Por ejemplo, cuando se trata de contextos en los que el Estado tiene conocimiento de una situación generalizada de discriminación y violencia contra un grupo específico, tal como pueden ser los migrantes y otras personas en el contexto de la migración, en virtud del deber de prevención, el Estado debe contar con una estrategia de prevención integral que este dirigida a evitar la ocurrencia de los factores de riesgo, a la vez que fortalezca las instituciones para que puedan dar una respuesta efectiva frente a los casos de discriminación y violencia que afecten a un grupo específico de personas. Las medidas generales de prevención incluyen todas aquellas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos, tales como un marco jurídico de protección idóneo, llevar a cabo las acciones que sean necesarias para garantizar la aplicación

¹⁸² Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párrs. 105 y ss.

¹⁸³ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 218.

¹⁸⁴ 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, párr. 236.

¹⁸⁵ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 376.

efectiva del mismo y con políticas de prevención, prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias, así como campañas de sensibilización. Por otra parte, en los casos en los que es evidente que determinadas personas enfrentan un riesgo real e inmediato de ser víctimas de violencia o discriminación, el Estado tiene la obligación de implementar medidas específicas para prevenir que tales hechos se materialicen¹⁸⁶.

2. El deber de investigar, procesar y sancionar

162. En relación a la obligación de investigar es pertinente mencionar el *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*¹⁸⁷. En dicho caso la familia Barrios, dentro de un contexto generalizado de ejecuciones extrajudiciales, se vio obligada a desplazarse de su residencia debido a una fuerte persecución por parte de la policía del estado de Aragua en Venezuela. Entre las violaciones que cometidas contra la familia Barrios, varias personas de la familia perdieron la vida, otras fueron detenidas y se vieron obligadas a desplazarse de su lugar de residencia. Las violaciones permanecían en la impunidad al nivel interno, situación que llevó a que la familia acudiese al Sistema Interamericano. En su sentencia, al referirse a la obligación de investigar, la Corte sostuvo lo siguiente:

La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. La Corte ha sostenido que para cumplir con la obligación de garantía los Estados deben no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en ese instrumento, como las alegadas en el presente caso y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos¹⁸⁸.

163. La Corte señaló que una investigación que cumpliría con este efecto es una que es asumida por el Estado “como un deber jurídico y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus

¹⁸⁶ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*.

¹⁸⁷ Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C No. 237.

¹⁸⁸ Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C No. 237, párr. 174 (citando *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166 y 176; y Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 112.

familiares o de la aportación privada de elementos probatorios”¹⁸⁹. Según la Corte, “el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado” y debe ser cumplido diligentemente para “evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”¹⁹⁰. En este sentido, la Corte reiteró que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos¹⁹¹.

164. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si hay un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados están obligados a poner todos los medios que tengan a su alcance para realizar una investigación seria, imparcial y efectiva, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento de esta obligación genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado. A través de la investigación, procesamiento, y sanción judicial de los delitos, el Estado avanza en la no repetición de estos hechos y garantiza la protección de los derechos sustantivos, tales como el derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de la trata de personas o la libertad personal, así como en la protección de las garantías del debido proceso y del derecho a la protección judicial.
165. La Corte también ha sostenido que el deber de investigar se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”¹⁹². Para la determinación del alcance de responsabilidad del Estado por delitos que habrían sido cometidos por particulares es indispensable evaluar el contexto de la situación de las víctimas particulares, así como el conocimiento por parte del Estado de dicho contexto.
166. De forma más específica, la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal y a la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, y la trata de personas, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos, es decir, del artículo 1.1 de la Convención Americana en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado¹⁹³.

¹⁸⁹ Véase, Corte IDH. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177; y Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 112.

¹⁹⁰ Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C No. 237, párr. 175.

¹⁹¹ Véase, Corte IDH. *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 319; y Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 141.

¹⁹² 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, párr. 291. Citando Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 140, párr. 145; y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 78.

¹⁹³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 140, párr. 142; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 115, y

167. En lo que respecta a la obligación de investigar los casos de trata de personas que tienen efectos transfronterizos, la Comisión comparte lo señalado por el Tribunal Europeo en el sentido de que, además de la obligación de investigar a nivel interno los hechos que ocurren en su propio territorio, en consideración a que la trata de personas, es un problema que a menudo no se limita al ámbito doméstico. Los Estados también tienen la obligación de cooperar eficazmente con las autoridades competentes de otros Estados interesados en la investigación de los hechos ocurridos fuera de sus territorios, particularmente cuando uno o más de los eventos en la cadena de la trata de personas han ocurrido en su territorio o a sus nacionales, precisamente porque este no es un problema estrictamente reducido al territorio de un solo Estado¹⁹⁴.
168. Con relación a la investigación efectiva de los casos de trata de personas de tipo internacional, la cual implica el cruce de fronteras nacionales de las personas que son víctimas de la trata, la Comisión considera que más allá de la obligación de los Estados de investigar cualquier delito de trata de personas que se cometa dentro de su jurisdicción, también se deriva la obligación de cooperar entre los Estados de origen, tránsito y destino, dado que los actos a través de los cuales se configura la trata de personas de tipo internacional, tales como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de las personas que son víctimas de trata, necesariamente tienen lugar en dos o más países¹⁹⁵.
169. En lo concerniente a la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos de los migrantes y sus familiares, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, otras personas en necesidad de protección internacional, desplazados internos y otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la migración, la Comisión Interamericana ha sostenido que ante denuncias de cualquier clase de abusos por parte de sus agentes es obligación del Estado llevar a cabo una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva, con objeto de esclarecer estos hechos y sancionar toda violación a los derechos humanos. Asimismo, teniendo en cuenta que un gran número de los actos de violencia y discriminación contra migrantes son perpetrados por terceros o particulares, tales como grupos del crimen organizado o delincuentes comunes, la Comisión estima necesario recordar que la responsabilidad internacional del Estado también puede generarse por atribución a este de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos¹⁹⁶.

Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 298.

¹⁹⁴ TEDH, *Caso de Rantsev vs. Chipre y Rusia*, Aplicación No. 25965/04, 7 de enero de 2010, párr. 289. También véase, CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 390.

¹⁹⁵ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 370.

¹⁹⁶ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 334.

170. Al respecto, en su informe sobre la situación de derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, la Comisión consideró que “la falta de debida diligencia para investigar, procesar y sancionar los delitos contra las y los migrantes y prevenir su repetición refleja el hecho de que estos no son considerados como un problema grave”, por lo que “la impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación”¹⁹⁷. En esta misma línea, en el informe de seguimiento a la recomendaciones formuladas a Colombia sobre el informe "Verdad, justicia y reparación", la Comisión observó que persistía la problemática asociada con la investigación y sanción de los causantes de desplazamientos forzados, e instó al Estado a continuar con la judicialización de los casos de desplazamientos forzados con el fin de hacer frente a la situación de revictimización a la cual se exponen las víctimas de desplazamiento forzado en los procesos de retorno cuando los causantes no han sido procesados.¹⁹⁸
171. Resulta importante indicar que en cuanto a las víctimas o sus familiares, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado estándares para establecer y garantizar su derecho a la participación en los procesos penales que se adelantan con relación a los hechos de los que fueron víctimas. En este sentido, la Corte Interamericana ha sido clara al señalar que la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios.
172. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que en casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la verdad requieren de la adopción de diseños institucionales que permitan que este derecho se realice de la forma más idónea, participativa, y completa posible, de forma que no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio. Por tanto, se debe garantizar que las víctimas o sus familiares puedan participar en todas las etapas de los procesos respectivos, que puedan formular pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas, y reparaciones¹⁹⁹.

a. Las obligaciones en materia de cadena de custodia en el marco del deber de investigar las violaciones a los derechos humanos

173. La Comisión ha abordado la necesidad absoluta de mantener la cadena de custodia, especialmente en casos concernientes a los migrantes que han sido asesinados

¹⁹⁷ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 247.

¹⁹⁸ CIDH, *Informe Anual 2014, Capítulo V: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos*, párr. 145.

¹⁹⁹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195.

tratando de cruzar de un país a otro. Por ejemplo, la CIDH ha constatado que muchas de las personas que han atravesado el territorio de México en ruta para los Estados Unidos o Canadá, han aparecido en fosas clandestinas o en lugares aledaños a las rutas migratorias por las que se trasladan. En adición, el viaje mismo es inhóspito, lo cual conlleva a que muchos otros migrantes fallezcan a lo largo de las rutas migratorias. La confluencia de estos factores ha ocasionado que los cuerpos o restos de un número indeterminado de migrantes yaczan enterrados como no identificados en tumbas anónimas o fosas comunes que existen a lo largo de las rutas migratorias²⁰⁰.

174. En este contexto, la importancia de la identificación de los migrantes fallecidos no identificados se deriva de estándares ampliamente reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, tales como el deber de tratar al fallecido con respeto y dignidad, el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus parientes desaparecidos, el derecho de los familiares para, en los casos en los que sea posible, se les devuelva el cuerpo de su ser querido y a enterrarlo acorde con sus tradiciones. Además de la importancia que implica para que los familiares del migrante puedan conocer la suerte de su ser querido, la identificación de un migrante fallecido no identificado también tiene otros efectos prácticos como el obtener un certificado de defunción, necesario para aclarar cuestiones relativas a herencia, matrimonio o derechos de propiedad²⁰¹.
175. La cadena de custodia es un procedimiento fundamental en la investigación y el trabajo forense, la cual tiene múltiples finalidades: 1) asegurar el registro estricto de las pruebas obtenidas desde su localización y recuperación; 2) conservar y resguardar la inmutabilidad de la prueba y su envoltorio principal de traslado —en los casos que así corresponda— hasta su posterior valoración, extendiéndose, incluso, aquella obligación más allá del juicio y condena del autor; 3) reflejar en su registro cualquier cambio, o daño que se produzca en la evidencia y su principal envoltorio de traslado estableciendo la naturaleza del cambio/s, cuándo se produjo, cómo se produjo y bajo custodia de quién se produjeron; y 4) facilitar la identificación de cuerpos o restos no identificados al garantizar la custodia de la prueba²⁰².
176. La Comisión considera que la exigencia de mantener una cadena de custodia constituye un principio fundamental en el desarrollo de una investigación exhaustiva, seria e imparcial ante violaciones de derechos humanos y crisis humanitarias. De no mantenerse la cadena de custodia conforme a estándares mínimos de conservación e integridad de la evidencia obtenida en la investigación, se podría comprometer la responsabilidad internacional de los Estados, pues éstos tienen la obligación de investigar con la debida diligencia toda violación de los

²⁰⁰ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 372.

²⁰¹ En este sentido, véase, GRANT, Stephanie, "Migration y frontier deaths: a right to identity", en DEMBOUR, Marie-Bénédicte y KELLY, Tobias (Ed.), *Are Human Rights for Migrants?: Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe y the United States*. Abingdon: Routledge, 2011, pág. 48 y ss.

²⁰² CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 370.

derechos humanos²⁰³, en términos tales que si aquellos “hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad del Estado”²⁰⁴.

177. En efecto, la Corte Interamericana ha señalado que las irregularidades en la falta de identificación de los funcionarios encargados de las evidencias obtenidas, así como también, la no conservación y protección de la misma, constituyen un indebido manejo de las pruebas recolectadas y, por tanto, una falta a la debida diligencia por no reguardar la cadena de custodia²⁰⁵. Aún más, las posibles faltas de rigurosidad y desnaturalización de los elementos materiales e inmateriales que constituyen el haber probatorio, es un riesgo que merece particular atención cuando aquellas violaciones a los derechos humanos pudieron haber ocurrido con la participación, colaboración o aquiescencia de agentes estatales.
178. Por parte de la Comisión, resulta fundamental uniformar criterios que permitan llevar a cabo una investigación conforme a las obligaciones establecidas por la Convención Americana²⁰⁶. Dada la falta de uniformidad observada en materia de cadena de custodia en varios países, la Comisión considera necesario identificar aquellos estándares que comúnmente han sido aceptados por la comunidad internacional y que se ajustan a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos criterios, que deben ser verificados para una adecuada observancia de la cadena de custodia, no constituyen una lista taxativa, sino una enumeración de directrices mínimas que deben ser aplicadas por los Estados. En este sentido, la Comisión recomienda:

Llevar un registro escrito, visual, sistemático y numerado o codificado de todas las pruebas, sean éstas: elementos materiales, documentos, fotografías, protocolos, exámenes, peritajes, reportes de investigación, muestras biológicas o no biológicas y sus derivados. Asimismo, se debe dejar constancia de la ubicación espacial de toda la colección de evidencia recolectada en la escena del crimen y la fecha y la hora en que fue recolectada.

Debe llevarse un registro de datos personales de las personas que participan en el proceso de manipulación de la evidencia, desde que éstas han sido recolectadas hasta su análisis y almacenamiento. En

²⁰³ Corte IDH. *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 288. Citando a Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No 4, párr. 176, y *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 76.

²⁰⁴ Corte IDH. *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 288. Citando a Corte IDH. *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 140, párr. 145, y *Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 78.

²⁰⁵ 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, párr. 304.

²⁰⁶ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 374.

consecuencia, el registro debe identificar dónde, cuándo y quién manejó o examinó la evidencia, incluyendo su nombre, su cargo, fechas y horas, lugar de recepción, entre otros.

Las pruebas que deben reunirse para análisis deben empaquetarse; sellarse; etiquetarse; y colocarse apropiadamente en un lugar seguro para impedir la contaminación y su pérdida²⁰⁷; de este modo, se garantiza la integridad de las muestras, en términos tales, que el material recogido no sufra alteraciones o manipulaciones fortuitas o intencionadas²⁰⁸.

El material debe salir del sitio del hallazgo en envases apropiados, etiquetados, precintados, acompañados de documentación adecuada donde conste de forma clara el nombre y firma de la autoridad responsable de su transporte. Además, el transporte se debe efectuar por medios idóneos, sin producir daño ni alternaciones a la evidencia recopilada²⁰⁹.

Las personas que reciban el material (en el laboratorio o en la sala de autopsia) deben comprobar que las bolsas o cajas que contengan la evidencia tengan los precintos originales con los que salieron del sitio de los hallazgos, perfectamente intactos²¹⁰.

Concluido el análisis de la evidencia, la cadena de custodia deberá extenderse más allá del juicio y la condena del autor, dado que las pruebas antiguas, debidamente preservadas, podrían servir para el sobreesimiento de una persona condenada erróneamente²¹¹, o para la futura identificación de restos que permanezcan sin identificar incluso después de una sentencia. En consecuencia, se deberá dejar constancia de quién estuvo custodiando la evidencia, durante cuánto tiempo y dónde se almacenó. Para estos efectos, la numeración deberá ser consistente y simple de interpretar. Esto facilitará identificar la ubicación futura de la evidencia durante las investigaciones.

²⁰⁷ Oficina de las Naciones Unidas en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios, *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*. Naciones Unidas, Nueva York, 1991. Protocolo modelo para la investigación legal de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, Capítulo III, literal C.

²⁰⁸ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Protocolo Modelo para la Investigación Forense de Muerte sospechosas de haber producido por Violación de los Derechos Humanos*, Primera Fase del Programa de Cooperación Técnica para México, México, pág. 30.

²⁰⁹ *Protocolo Modelo para la Investigación Forense de Muerte sospechosas de haber producido por Violación de los Derechos Humanos*, Primera Fase del Programa de Cooperación Técnica para México, México, pág. 72.

²¹⁰ *Protocolo Modelo para la Investigación Forense de Muerte sospechosas de haber producido por Violación de los Derechos Humanos*, Primera Fase del Programa de Cooperación Técnica para México, México, pág. 72.

²¹¹ Corte IDH. *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 305.

Debe evitarse la cremación de restos no identificados, y procurar que su entierro permita mantener la integridad de los restos y pruebas. Es importante, además, enterrar los cadáveres o restos no identificados en tumbas individuales y señalizadas, conservando un registro exacto y actualizado que permita un rastreo sencillo.

Debe establecerse una base de datos nacional que centralice la información sobre restos no identificados y personas desaparecidas.

En el ámbito regional, debe establecerse una base de datos internacional en la que se registren las defunciones, se centralice la información sobre restos no identificados y personas desaparecidas y a la que los familiares tengan acceso²¹².

C. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno

179. El artículo 2 de la Convención Americana establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, es decir que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”. A la luz de dicha disposición de la Convención, la obligación de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención implica para el Estado la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías²¹³.
180. Como señaló la CIDH en el Informe sobre la situación de derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, los objetivos principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el principio de eficacia requieren que los derechos y libertades reconocidos en la instrumentos normativos interamericanos se hagan realidad y sean implementados. En consecuencia, cuando el ejercicio de cualquiera de los derechos aún no está garantizado *de jure* y *de facto* dentro de su jurisdicción, los Estados partes tienen la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.
181. La Convención Americana requiere que el sistema interno provea recursos judiciales que sean efectivos y accesibles para las personas que alegan violaciones de sus derechos protegidos bajo el derecho nacional o la Convención.

²¹² CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 375.

²¹³ Corte IDH. *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 296; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 131.

182. En el caso del Nelson Iván Serrano Sáenz, la CIDH concluyó que el Estado ecuatoriano no cumplió con su deber de garantizar a dicha persona el libre y pleno ejercicio de sus derechos consagrados en la Convención Americana al detenerlo ilegalmente y deportarlo de su propio país con destino a Estados Unidos, donde probablemente se le aplicaría la pena de muerte. Específicamente, la Comisión constató que la legislación interna “otorga facultades a las autoridades policiales para ordenar la detención de las personas y someterlas a un juicio de mínima duración, con la consecuencia de su expulsión del país, (...) igualmente en el caso del señor Serrano Sáenz, tales disposiciones se pueden interpretar en el sentido de dejar sin control judicial efectivo a la determinación de los derechos de una persona, con la gravedad especial de la víctima en este caso que lo condujo a un procedimiento en que le fue impuesta la pena de muerte en otro país”²¹⁴.
183. Por tanto, la CIDH estimó que Ecuador había faltado a su deber de ajustar la legislación interna a sus obligaciones internacionales, en particular lo referente al procedimiento de arresto de personas con fines de deportación. En consecuencia, el Estado tienen el deber de adoptar “las medidas necesarias para revisar y modificar las disposiciones que permiten la aplicación de un proceso policial que permite la detención y deportación de personas sin control judicial”²¹⁵.

D. Igualdad ante la ley y no discriminación

184. El derecho de toda persona a la igualdad y no discriminación se encuentra ampliamente reconocido en la Declaración Americana, la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales²¹⁶. Al respecto, el artículo II de la Declaración Americana establece:

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

185. Por su parte, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana establecen:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin

²¹⁴ CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto 2009, párr. 77.

²¹⁵ CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto 2009, párr. 78.

²¹⁶ Véase, *entre otros*, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo II; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2.2; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 7.

discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

186. Tanto la Comisión como la Corte han señalado que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye el “eje central y fundamental” del sistema interamericano de derechos humanos.²¹⁷ El derecho de igualdad ante la ley y la obligación de no discriminar contra persona alguna constituyen el fundamento básico del sistema interamericano de derechos humanos. La Declaración Americana establece en su preámbulo que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. El mismo instrumento establece en su artículo II que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Asimismo, el artículo 3º de la Carta de la OEA incluye entre los principios reafirmados por los Estados americanos la proclamación de “los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”²¹⁸.
187. Asimismo, la Comisión ha articulado las dos concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación: 1) la prohibición de diferencia de trato arbitraria, entendida como diferencia de trato, distinción, exclusión, restricción, o preferencia²¹⁹; y 2) la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.²²⁰
188. Por su parte, la Corte Interamericana ha sostenido que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con

²¹⁷ Véase, *inter alia*, CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tíde Mendez y otros* (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 226 (citando CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas Vs. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 74).

²¹⁸ CIDH, Informe No. 56/10, Caso 12.469, Fondo, *Margarita Cecilia Barbería Miranda* (Chile), 18 de marzo de 2010, párr. 28.

²¹⁹ Véase, *inter alia*, ONU, Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 7; 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, párr. 92; CIDH, *Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, *Informe Anual CIDH 2002*, 7 de marzo de 2003, párr. 87.

²²⁰ Véase, *inter alia*, CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas vs. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

hostilidad o de cualquier manera lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”²²¹.

189. Al referirse a la condición jurídica y los derechos de los migrantes en situación irregular, la Corte Interamericana reafirmó en su Opinión Consultiva 18/03 el principio de la igualdad y no discriminación con relación a las personas migrantes. La Corte estableció que “la situación [migratoria] regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”.²²² La Corte agregó lo siguiente:

El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*²²³.

190. A través de OC-18/03, la Corte estableció que los Estados no pueden discriminar con base en la situación migratoria de una persona, pero se podrían aplicar un trato distinto entre los nacionales y los extranjeros, o entre las personas en diferentes categorías migratorias, siempre y cuando los objetivos y tratamientos cumplan con ciertos estándares. La Corte reiteró que no todo tratamiento jurídico diferente constituye necesariamente discriminación, ya que hay ciertas desigualdades de hecho que pueden convertirse en desigualdades de trato jurídico. En mayor detalle, la Corte sostuvo que:

Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma,

²²¹ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

²²² 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, párr. 118.

²²³ 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, párr. 101.

de la dignidad humana”²²⁴. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”²²⁵. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran ²²⁶. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser reclusos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía²²⁷.

1. La implementación de políticas, leyes y prácticas de contenido discriminatorio

191. Como ha explicado la Comisión en su *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, así como aquéllas cuyo impacto sea discriminatorio contra cierta categoría de persona, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria²²⁸.
192. En el caso *Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, la Comisión estableció que los Estados Unidos violó el principio de igualdad ante la ley en perjuicio de migrantes. El caso trató de 335 cubanos que formaban parte de la “Flotilla Libertad” del Mariel que se dirigió a los Estados Unidos en 1980; dichas personas fueron detenidas en los Estados Unidos por su ingreso irregular al país, y posteriormente en 1987 interpusieron una petición ante la CIDH. Alegaron, entre otras violaciones, la violación del derecho de igualdad ante la ley, en relación con la duración del período en que los peticionarios estuvieron detenidos en Estados

²²⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46; y Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56.

²²⁵ TEDH, *Willis c. Reino Unido*, Sentencia del 11 de junio de, 2002, párr. 39; TEDH, *Wessels-Bergervoet c. Países Bajos*, Sentencia del 4 de junio de, 2002, párr. 46; TEDH, *Petrovic c. Austria*, Sentencia del 27 de marzo de, 1998, Reports 1998-II, párr. 30; TEDH, *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, Sentencia del 23 de julio de 1968, Series A 1968, párr. 10.

²²⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46.

²²⁷ 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, párr. 89.

²²⁸ CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 95; CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 358.

Unidos y con la presunta falta de mecanismos adecuados para revisar la legalidad de su detención.²²⁹ En mayor detalle, la Comisión sostuvo que:

[S]i bien el artículo II [de la Declaración Americana sobre el derecho a la igualdad ante la ley²³⁰] no prohíbe todas las diferencias de tratamiento en el goce de los derechos y libertades protegidos, exige básicamente: que toda distinción permisible se base en una justificación objetiva y razonable, que deben impulsar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y los medios deben ser razonables y proporcionados al fin que se procura.

En el contexto particular de la inmigración, la Comisión reconoce que en general en las sociedades democráticas se considera apropiado que los Estados otorguen a los extranjeros un tratamiento diferente al que gozan otros dentro de la jurisdicción del Estado, por ejemplo, controlar el ingreso de extranjeros y su residencia en el territorio del Estado. Sin embargo, congruentemente con los principios que informan el artículo II de la Declaración, el Estado tiene que demostrar que toda distinción de ese tipo es razonable y proporcionada al objetivo que se procura en las circunstancias. Debe tenerse en cuenta el hecho de que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración fue garantizar como derecho fundamental “la protección equitativa de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos consagrados en la Declaración”²³¹.

193. La Comisión, en aplicación del criterio citado arriba, encontró que no se había demostrado que el tratamiento a las víctimas fuera razonable o proporcional. En particular, no encontró fundada la justificación del Estado, pues consideró que las víctimas habían sido sometidos a un régimen legal y procesal en relación con sus privaciones de libertad que es fundamentalmente distinto del aplicable a otros individuos comprendidos bajo la autoridad y control del Estado²³². De modo igual, la Comisión determinó que la detención de los peticionarios tampoco fue proporcional al objetivo que procuraba el Estado al imponer la distinción:

La Comisión reconoce plenamente la prerrogativa del Estado de regular el acceso de extranjeros a su territorio y reconoce que ello podría requerir la imposición de controles a la libertad física o de

²²⁹ CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y Otros* (Estados Unidos), Informe de Admisibilidad y Fondo, 4 de abril de 2001, párr. 2.

²³⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²³¹ CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y Otros* (Estados Unidos), Informe de Admisibilidad y Fondo, 4 de abril de 2001, párrs. 238-39.

²³² CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y Otros* (Estados Unidos), Informe de Admisibilidad y Fondo, 4 de abril de 2001, párr. 240.

movimiento de las personas que procuren dicho acceso de acuerdo con la legislación del Estado.

[L]a Declaración permite las privaciones del derecho a la libertad, potencialmente sobre una base extendida, sujeto al requisito de que dichas privaciones no sean arbitrarias y estén sujetas a revisión inmediata y periódica de acuerdo con los requisitos consagrados en su artículo XXV. Además, el Estado no ha ofrecido un fundamento claro sobre por qué no se pueden adaptar las circunstancias de los peticionarios a este régimen, y por qué deben ser privados del derecho a su libertad en su totalidad y sujetos a una discrecionalidad casi ilimitada del Ejecutivo respecto a la duración de su detención.²³³

194. La Comisión ha sostenido que no toda distinción se prohíbe, pero que toda distinción debe tener una justificación objetiva y razonable destinada lograr un objetivo legítimo:

si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidos, requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue.²³⁴ Las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción.²³⁵

195. La Comisión Interamericana también ha analizado el derecho a la igual protección de la ley en el marco de un juicio justo en contra de una persona extranjera en el caso de *Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos*. Este caso hace relación a las falencias que hubo en el proceso penal que se le adelantó al señor Roberto Moreno Ramos, nacional mexicano, que fue sentenciado a muerte en el estado de Texas el 23 de marzo de 1993, por el homicidio de su esposa y de dos de sus hijos. Entre estas falencias, el señor Moreno Ramos no fue notificado de sus derechos de notificación y acceso a autoridades consulares al momento de su arresto; no se le proporcionó asistencia letrada pertinente; y la Fiscalía hizo comentarios

²³³ CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y Otros* (Estados Unidos), Informe de Admisibilidad y Fondo, 4 de abril de 2001, párr. 242.

²³⁴ Véase, *inter alia*, CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, *Ferrer-Mazorra y otros* (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20, rev., 16 abril 2001, párr. 238.

²³⁵ Véase, *inter alia*, CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párr. 338, con cita de, *inter alia*, Repetto, Inés, Suprema Corte de Justicia (Argentina), 8 de noviembre de 1988, Jueces Petracchi y Baqué, párrafo 6; *Loving c. Virginia*, 388 US 1, 87 (1967), TEDH. *Abdulaziz vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A No. 94, párr. 79.

discriminatorios ante el jurado durante la etapa procesal de determinación de la pena, al destacar que el señor Moreno Ramos era nacional de un país extranjero²³⁶.

196. Con relación al derecho a la igualdad ante la ley en el marco de un juicio justo, la Comisión Interamericana sostuvo que uno de los requisitos que se requiere es que el tribunal competente sea imparcial y brinde a cada parte la igual protección de la ley, sin discriminación de ningún género. En los sistemas que utilizan un sistema de jurados estos requisitos se aplican a jueces y jurados. A este respecto, la Comisión reconoció que la norma internacional sobre la cuestión de la "imparcialidad del juez y del jurado" utiliza una prueba objetiva que se fundamenta en "la racionalidad y en la apariencia de imparcialidad"²³⁷. Según esta norma, debe determinarse si existe un verdadero peligro de que el (los) jurado(s) alimente(n) prejuicios²³⁸. Cuando ese sesgo puede vincularse con un ámbito de discriminación prohibido, como el de la raza, el idioma, la religión o el origen nacional o social, también puede implicar una violación del principio de la igualdad y la no discriminación²³⁹.
197. Tras examinar cuidadosamente los alegatos y la información presentada por las partes sobre este tema, la Comisión consideró que examinada objetivamente y en el contexto de las circunstancias del delito imputado al señor Moreno Ramos y, más ampliamente, del objeto de la audiencia de determinación de sentencia, había grave peligro de que la nacionalidad del Sr. Moreno Ramos haya sido tenida en cuenta por los jurados al determinar el castigo que le correspondía²⁴⁰.
198. La Comisión también sostuvo que en el contexto del caso, la nacionalidad del señor Moreno Ramos carecía de toda pertinencia con los temas que se estaban considerando en la etapa procesal de determinación de la pena seguido a esa persona, y carecían de toda conexión con los mismos, creando el especial peligro de que esas pruebas pudieran tenerse en cuenta al determinar la pena que correspondía. A este respecto, la Comisión sostuvo que ni el juez actuante en el juicio ni otros órganos adoptaron medida alguna para aclarar que los jurados no debían considerar la nacionalidad del señor Moreno Ramos como elemento de juicio para determinar la pena que le correspondía. En conjunto, todos esos factores, examinados objetivamente, dieron lugar a una posibilidad real de que los jurados tuvieran en cuenta la calidad de nacional de un Estado extranjero del Sr. Moreno Ramos para determinar si debía ser ejecutado por el delito que había cometido, y por lo tanto no le reconocieron su derecho de ser juzgado por un tribunal

²³⁶ CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), 28 de enero de 2005.

²³⁷ CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), 28 de enero de 2005, párr. 66, citando CIDH, Informe No. 57/96, Caso 11.139, *William Andrews* (Estados Unidos), 6 de diciembre de 1996, párr. 159. Véase, análogamente, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Remli v. France*, Sentencia (Méritos y justa indemnización), 23 de abril de 1996, R.J.D. 1996-11, No. 8, párrs. 43-48.

²³⁸ CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), 28 de enero de 2005, párr. 66.

²³⁹ CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), 28 de enero de 2005, párr. 66.

²⁴⁰ CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), 28 de enero de 2005, párr. 68.

- imparcial, ni su derecho a la igual protección de la ley, sin discriminación. En consecuencia, la Comisión concluyó que el Estado era responsable de violaciones de las obligaciones que le imponen los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana, junto con una violación del artículo II de la Declaración, conclusión basada en las manifestaciones efectuadas por el fiscal durante la audiencia de determinación de la pena que había de imponerse al señor Moreno Ramos, relacionadas con el hecho de que éste era nacional de México²⁴¹.
199. En lo que concierne a normas o leyes con efectos discriminatorios contra personas de origen extranjero, el caso de *Margarita Cecilia Barbería Miranda vs. Chile* hacía relación a la situación de la señora Margarita Barbería Miranda, nacional cubana, quien tras realizar sus estudios de derecho en Chile, se le impidió ejercer la profesión de abogada, exclusivamente por el hecho de ser extranjera. Para el momento en el que ocurrieron los hechos de este caso, el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales establecía que “sólo los chilenos podrán ejercer la profesión de abogado, sin perjuicio de los tratados internacionales vigentes”²⁴².
200. En su análisis de este caso, la Comisión sostuvo que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe tanto la discriminación directa como indirecta, como los efectos discriminatorios. En este orden de ideas, el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales tenía efectos discriminatorios ya que no permitía el ejercicio de la abogacía a extranjeros, salvo que su país tuviese un convenio con Chile o que la persona tuviese doble nacionalidad y que una de ellas fuese la chilena.²⁴³ En adición, la Comisión sostuvo que la nacionalidad se encuentra expresamente mencionada en el artículo 1º de la Convención Americana, como uno de los factores por los cuales los Estados no pueden discriminar en el ejercicio de los derechos. Además de esto, la Convención Americana incluye la igual protección ante la ley reconocida en el artículo 24²⁴⁴.
201. A su vez, la Comisión también sostuvo que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, no toda distinción se considera discriminatoria. Si la distinción obedece a un fin legítimo, y la medida se aplica de manera proporcional a dicho fin, no puede hablarse de discriminación. Toda vez que la nacionalidad es uno de los criterios prohibidos en el artículo 1º de la Convención Americana, el Estado debe explicar en qué consiste el fin legítimo, y fundamentarlo en una necesidad social imperiosa que lo justifique. En cuanto a la proporcionalidad, el Estado debe utilizar el medio menos restrictivo posible para lograr el fin de que se trate. Por su parte, en el presente caso, el Estado chileno se remitió al artículo 62 de la Ley N° 4409 sobre el Colegio de Abogados, antecedente inmediato del artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales, que fue adoptado por las siguientes razones consideradas de interés nacional: la represión y castigo

²⁴¹ CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), 28 de enero de 2005, párr. 70.

²⁴² CIDH, Informe No. 56/10, Caso 12.469, Fondo, *Margarita Cecilia Barbería Miranda* (Chile), 18 de marzo de 2010, párrs. 21-26.

²⁴³ CIDH, Informe No. 56/10, Caso 12.469, Fondo, *Margarita Cecilia Barbería Miranda* (Chile), 18 de marzo de 2010, párr. 33.

²⁴⁴ CIDH, Informe No. 56/10, Caso 12.469, Fondo, *Margarita Cecilia Barbería Miranda* (Chile), 18 de marzo de 2010, párr. 40.

del ejercicio ilegal de la profesión de abogado, mejoramiento del ejercicio de la profesión y evitar que los abogados chilenos sufran la competencia de los extranjeros²⁴⁵.

202. Respecto a la primera parte del alegato del Estado, la Comisión Interamericana consideró que podían aplicarse métodos menos gravosos y discriminatorios como lo son la revalidación de estudios o la práctica de un examen de conocimientos. De esta manera, sólo podrían ejercer en el país los abogados que tuvieran pleno conocimiento de la legislación chilena, sin importar su nacionalidad. Bajo esta misma línea, no resultaba congruente que un chileno que hubiera estudiado derecho en el extranjero, con una legislación distinta, pudiera ejercer su profesión en Chile mientras que no se permitía hacerlo a un extranjero que sí había estudiado en dicho país. En el caso concreto de la señora Barbería Miranda, ella demostró tener el conocimiento necesario para ejercer esta profesión, pues completó su carrera de derecho en una universidad reconocida por el Estado. En cuanto al mejoramiento del ejercicio de la profesión, la CIDH no encontró que pudiese aplicarse al caso de la peticionaria, debido a que cursó la totalidad de los estudios de abogacía en Chile y en virtud de ello estaría, en principio, en condiciones de idoneidad por lo menos iguales a las de cualquier otro abogado chileno que hubiera completado el mismo programa de estudios. Por otro lado, aunque la señora Barbería Miranda estuviera en competencia con sus colegas chilenos, la CIDH consideró que 'este no era un fundamento legítimo para que sea discriminada por su nacionalidad. Los parámetros de respeto del derecho a la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación exigen que este tipo de medidas restrictivas obedezcan a una necesidad social imperiosa, lo que claramente no se daba en la situación de proteger a los abogados chilenos de la competencia de sus colegas extranjeros²⁴⁶.

203. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana determinó que el Estado chileno no había justificado un fin legítimo para tal medida y mucho menos su proporcionalidad para lograrlo. En adición, la Comisión sostuvo que no había elementos que permitiesen establecer en este caso un balance entre el interés legítimo de los abogados chilenos de conservar sus fuentes de trabajo y el derecho de los abogados extranjeros de ejercer la profesión en dicho país siempre que cumplan requisitos razonables de idoneidad. En virtud de lo anterior, la Comisión concluyó que como consecuencia de la aplicación de la norma discriminatoria del artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales a la señora Margarita Barbería Miranda, el Estado chileno había violado el derecho a la igualdad ante la ley y había dejado de cumplir su obligación de respeto y garantía de los derechos de la Convención, previstos, respectivamente, en los artículos 24 y 1(1) de la Convención Americana²⁴⁷.

²⁴⁵ CIDH, Informe No. 56/10, Caso 12.469, Fondo, *Margarita Cecilia Barbería Miranda* (Chile), 18 de marzo de 2010, párr. 41.

²⁴⁶ CIDH, Informe No. 56/10, Caso 12.469, Fondo, *Margarita Cecilia Barbería Miranda* (Chile), 18 de marzo de 2010, párr. 42.

²⁴⁷ CIDH, Informe No. 56/10, Caso 12.469, Fondo, *Margarita Cecilia Barbería Miranda* (Chile), 18 de marzo de 2010, párrs. 43-44. Durante la tramitación de este caso, el Estado de Chile promulgó la Ley 20.211, de 5 de

2. Aplicación de perfiles raciales en el marco de operativos de control migratorio

204. La Comisión ha definido la aplicación de perfiles raciales (*racial profiling*) como una acción represora que se adopta por supuestas razones de seguridad o protección pública y que está motivada en estereotipos de raza, color, etnicidad, idioma, descendencia, religión, nacionalidad o lugar de nacimiento, o una combinación de estos factores, y no en sospechas objetivas²⁴⁸. Por lo tanto, la CIDH considera que dicha práctica viola el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana²⁴⁹. En mayor detalle, la Comisión ha sostenido, en los casos *Nadege Dorzema y otros*²⁵⁰ y *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas*²⁵¹ ambos contra República Dominicana, que:

En el contexto de la aplicación de leyes migratorias, el derecho fundamental a la igual protección ante la ley y la no discriminación obligan a los Estados a que sus políticas y prácticas de aplicación de la ley no estén injustificadamente dirigidas a ciertos individuos con base únicamente en sus características étnicas o raciales, tales como el color de la piel, el acento, la etnia, o el área de residencia que se conozca por tener una población étnica particular.

205. La aplicación de restricciones basadas en la raza en el marco de operativos de control migratorio es prohibido por los estándares del Sistema Interamericano toda vez que dicha restricción no puede ser justificada de manera apropiada. Tal justificación tiene que cumplir con la doctrina de “la inversión de la carga de la prueba” y la “presunción de invalidez” de una restricción basada en una “categoría sospechosa”²⁵². Las “categorías sospechosas” comprenden los “factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, como el sexo, la raza y el origen nacional, y están “sujet[o]s a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”²⁵³.

septiembre de 2007, mediante la cual se permite que los extranjeros que hayan realizado la totalidad de sus estudios de Derecho en Chile, puedan ejercer como abogados en dicho país. Asimismo, las recomendaciones hechas al Estado por la Comisión permitieron que la señora Margarita Barbería Miranda se le permitiese ejercer como abogada en Chile, en igualdad de condiciones con los demás abogados en dicho país. El 16 de mayo de 2008, la señora Barbería Miranda prestó juramento ante la Corte Suprema de Chile, con lo cual quedó plenamente habilitada para el ejercicio de la profesión de abogada en dicho país.

²⁴⁸ CIDH, Informe No. 26/09 (Admisibilidad y Fondo), Caso No. 12.440, *Wallace de Almeida (Brasil)*, 20 de marzo de 2009, párr. 143.

²⁴⁹ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 485.

²⁵⁰ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.688, *Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín* (República Dominicana). 11 de febrero de 2011, párr. 205.

²⁵¹ CIDH, Informe de Fondo No. 64/12, Caso 12.271, *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas* (República Dominicana). 29 de marzo de 2012, párrs. 261-274.

²⁵² CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana*, Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 228.

²⁵³ Véase, *inter alia*, CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias en las Américas*, párr. 87.

206. El escrutinio estricto debe efectuarse en el caso de distinciones basadas en “categorías sospechosas” para garantizar que la distinción no se encuentra basada en los “prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean las categorías sospechosas de distinción”²⁵⁴. Como la CIDH afirma en el caso de *Benito Tide y otros vs. República Dominicana*, para justificar una de tales restricciones:

se deben esgrimir razones de peso y que esta carga de la prueba debe recaer sobre el Estado... En términos prácticos, esto se traduce en que, tras haber presentado una distinción de esta naturaleza, la carga de la prueba recae sobre el Estado y los criterios generales se evalúan de manera calificada de forma tal que no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social imperiosa.²⁵⁵ Asimismo, no es suficiente que la medida sea idónea o exista una relación lógica de causalidad entre la misma y el objetivo perseguido, sino que debe ser estrictamente necesaria para lograr dicho fin, en el sentido de que no exista otra alternativa menos lesiva.²⁵⁶ Además, para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse la existencia de un balance adecuado de intereses en términos de grado de sacrificio y grado de beneficio²⁵⁷.

207. En el caso *Benito Tide Méndez y otros vs. República Dominicana*, por ejemplo, la CIDH concluyó que el Estado violó el derecho a la nacionalidad y a la personalidad jurídica en relación al derecho a la igualdad y no discriminación por privar la nacionalidad de personas dominicanas descendientes de haitianos. Citando su legislación y prácticas “generalizadas”, la Comisión determinó que las acciones del Estado (tanto la negación de otorgar documentos de identidad dominicana como la destrucción de tales documentos) fueron orientadas específicamente “hacia las personas de ascendencia haitiana y en las personas cuyo color de piel es más oscuro”²⁵⁸. En específico, la Comisión observó que los operativos o redadas que

²⁵⁴ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas vs. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 88.

²⁵⁵ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, párrs. 80 y 83; CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párr. 338; CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36; CIDH, *Informe Anual 1999*, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de las mujeres con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI; TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 29; *Belgian Linguistics (Fondo)*, Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34; *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 80; *Smith v. Grady c. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 33985/96 y 33986/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 87.

²⁵⁶ CIDH, Informe No. 38/96, *X y Y (Argentina)*, 15 de octubre de 1996, párr. 74; CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, párr. 83. Véase también, TEDH, *Karner c. Austria*, Aplicación No. 40016/98, 24 de julio de 2003, párr. 41; *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 29; *Belgian Linguistics (Fondo)*, Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34.

²⁵⁷ CIDH, Demanda ante la Corte caso *Benito Tide Méndez y otros vs. República Dominicana*, Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 228-229.

²⁵⁸ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros*, (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 248.

conllevan a la detención y posterior deportación de haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana se realizan de manera discriminatoria, “basándose en el color más oscuro de la piel, los rasgos físicos o el dominio del idioma de las personas que son detenidas”²⁵⁹.

208. En adición, la CIDH observó que la práctica de redadas y la política de repatriaciones “no se lleva a cabo respecto de todos los migrantes indocumentados o que se hallan en situación irregular en el territorio de la República Dominicana, sino que afecta específicamente a las personas haitianas, descendientes de haitianos o a quienes son considerados “como haitianos”²⁶⁰. Por los hechos probados en el caso, la Comisión encontró un patrón de discriminación²⁶¹ que condujo a violaciones a los derechos humanos de personas de ascendencia haitiana en República Dominicana. Al encontrar el Estado responsable por la violación, la CIDH reiteró que la raza es una categoría prohibida como base de distinción, igual de mencionar que el Estado no cumplió con sus obligaciones probatorias (expuestas arriba), que dan una oportunidad al Estado de presentar evidencias tendientes a refutar o desmentir la práctica.²⁶²
209. Por su parte, una vez que la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de analizar el caso *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, al abordar estos hechos sostuvo que:

Es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad de las presuntas víctimas por parte de los agentes estatales, indica que fue por perfiles raciales relacionados con su aparente pertenencia al grupo personas haitianas o dominicanas de origen o ascendencia haitiana, lo que resulta manifiestamente irrazonable y por tanto arbitrario²⁶³.

E. Uso de la fuerza en operativos migratorios

210. El caso *Nadege Dorzema* es muy importante debido a que desarrolla estándares de derechos humanos en el ámbito del uso permisible y legal de la fuerza en operativos migratorios²⁶⁴. Sobre el uso de la fuerza, la Corte ha sostenido antes que los Estados tienen el derecho y la obligación de garantizar la seguridad y mantener

²⁵⁹ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros*, (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 267.

²⁶⁰ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros*, (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 268.

²⁶¹ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros*, (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 269.

²⁶² CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros*, (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 249.

²⁶³ 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 No. 282, párr. 368.

²⁶⁴ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Octubre de 2012. Serie C, No. 251, párr. 154.

el orden público, y que puedan utilizar la fuerza de ser necesario²⁶⁵. En este sentido, la CIDH recordó que “las funciones que le competen a las fuerzas armadas [se encuentran] limitadas a la defensa de la soberanía nacional”²⁶⁶. Por lo tanto, la CIDH ha considerado que los Estados tienen la facultad de proteger sus fronteras y para ello podrían, bajo ciertas circunstancias, hacer uso de la fuerza pública siempre y cuando actúen “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”²⁶⁷.

211. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, si bien los agentes de la Fuerza Pública pueden utilizar legítimamente fuerza letal en el ejercicio de sus funciones, este uso debe ser: 1) formulado por la ley; 2) excepcional; 3) planeado; 4) limitado proporcionalmente por las autoridades, de forma que sólo procederán al “uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control”²⁶⁸; y 5) ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario”²⁶⁹. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria²⁷⁰.
212. Al respecto, en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, la CIDH ha planteado que los agentes estatales pueden hacer uso de la fuerza letal “en los casos estrictamente inevitables para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves, o mantener por otros medios

²⁶⁵ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150).

²⁶⁶ CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009 (en adelante “*Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*”), párr. 102.

²⁶⁷ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10, Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 107 (citando la Corte IDH. *Caso Bulacio*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100).

²⁶⁸ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 108; Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 83; y Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 67. Ver también, TEDH, *Nachova y others c. Bulgaria*, Casos 43577/98 y 43579/98, Sentencia del 6 de julio de 2005, párr. 94.

²⁶⁹ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 109 (citando Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 68. En similar sentido ver. TEDH, *Huohvanainen c. Finlandia*, 13 de marzo de 2007, No. 57389/00, párrs. 93-94; TEDH, *Erdogan y Others c. Turquía*, 25 de abril de 2006, No. 19807/92, párr. 67; TEDH, *Kakoulli c. Turquía*, 22 de noviembre de 2005, No. 38595/97, párrs. 107-108; TEDH, *McCann y Others c. Reino Unido*, Sentencia del 27 de septiembre de 1995, Series A No. 324, párrs. 148-150, 194, y Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, artículo 3).

²⁷⁰ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 109 (citando Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 68. En similar sentido véase también Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delinquentes, La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, Principio 9. Ver también, CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párr. 107.

la ley y el orden cuando sea estrictamente necesario y proporcionado”²⁷¹. El recurso a la fuerza, incluida la fuerza letal, será lícito exclusivamente cuando los medios no violentos resulten manifiestamente ineficaces para garantizar los derechos amenazados²⁷².

213. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado una prueba de necesidad más estricta y convincente que la empleada para determinar si la acción estatal es necesaria en una sociedad democrática. En consecuencia, la fuerza usada debe ser “absolutamente necesaria” y estrictamente proporcional para lograr el fin permitido²⁷³.
214. En este mismo sentido, el Artículo 3 del Código de Naciones Unidas de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley establece que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”. A su vez, el Principio 4 de los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley” establece que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”²⁷⁴.
215. En consecuencia, la ley debe definir cuándo los agentes de seguridad estatales pueden utilizar la fuerza letal, interpretando su uso de forma restrictiva. En definitiva, “los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras”²⁷⁵. La utilización de fuerza excesiva o desproporcionada por parte de

²⁷¹ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 110 (citando su *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párrafo 87. CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párr. 113).

²⁷² CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 110 (citando su *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párr. 117).

²⁷³ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 111 (citando TEDH, *Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Rusia*, Casos nos. 57947/00, 57948/00 y 57949/00, Sentencia del 24 de febrero de 2005, párr. 169.)

²⁷⁴ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 113 (citando 142 ONU Doc. A/34/46 (1979), A.G. res. 34/169. Los Principios fueron adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990).

²⁷⁵ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros* (República Dominicana), 12 de noviembre de 2010, párr. 114 (citando Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrs. 84-85; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 68. En similar sentido véase también TEDH, *Huohvanainen c. Finlandia*, 13 de marzo de 2007, No. 57389/00, párrs. 93-94, TEDH, *Erdogan y Others c. Turquía*, 25 de abril de 2006, No. 19807/92, párr. 67; TEDH, *Kakoulli c. Turquía*, 22 de noviembre de 2005, No. 38595/97, párrs. 107-108; TEDH, *McCann y Others c. Reino Unido*, Sentencia del 27 de septiembre de 1995, Series A No. 324, párrs. 148-150, 194, y Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas,

funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que provoca la pérdida de la vida, puede equivaler a la privación arbitraria de la misma. Por tal razón, la Comisión recuerda que una vez que el Estado tenga conocimiento de que sus fuerzas de seguridad han hecho uso de armas de fuego y se haya producido la muerte de alguna persona como resultado, las autoridades están obligadas a iniciar de oficio y sin dilación una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva.²⁷⁶ Esto se deriva de la obligación que tienen los Estados de “vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso legítimo de la fuerza, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”²⁷⁷.

216. En su análisis sobre el uso de la fuerza en operativos migratorios, la Corte analizó los principios de legalidad, absoluta necesidad, y proporcionalidad y los definió de la siguiente forma:

1. Legalidad: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo...Frente a ello, la legislación y el entrenamiento debían prever la forma de actuación en dicha situación.
2. Absoluta necesidad: verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que

resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, artículo 3; Conforme al Principio 11 de los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley”, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices claras que: a) Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones).

²⁷⁶ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros (República Dominicana)*, 12 de noviembre de 2010, párr. 115 (citando Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrs. 85 y 88, Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 112. Ver también *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 256, y Corte IDH. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 77. En similar sentido, véase también TEDH, *Erdogan y Others c. Turquía*, 25 de abril de 2006, No. 19807/92, párrs. 122-123, y TEDH, *Nachova y Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 y 43579/98, párrs. 111-112, 6 de julio de 2005. Ver también, CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párr. 120).

²⁷⁷ CIDH, Informe de Fondo No. 174/10 Caso 12.688, *Nadege Dorzema y otros (República Dominicana)*, 12 de noviembre de 2010, párr. 115 (citando Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 81; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 66. Ver también Corte IDH. *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 238, y Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 102.

pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso.

3. Proporcionalidad: el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control, o uso de la fuerza, según corresponda²⁷⁸.

217. Tras un examen de los hechos del caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, la Corte determinó que el Estado no cumplió con estos tres principios en el uso de la fuerza por parte de sus agentes de control fronterizo al disparar hacia un vehículo que transportaba migrantes, el cual no se detuvo en el puesto de control fronterizo, lo que ocasionó la muerte de unos pasajeros y provocando heridas en otros. En específico, la Corte encontró que había una falta de reglamentación clara y de una política pública de prevención del uso de la fuerza; que los migrantes no representaban una amenaza real o peligro, por lo que el uso de la fuerza letal no era absolutamente necesario; y que el Estado pudo haber previsto medidas menos extremas para lograr el mismo fin y por eso no había proporcionalidad²⁷⁹.

²⁷⁸ Corte IDH. *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 85.

²⁷⁹ Corte IDH. *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrs. 85-91.

CAPÍTULO 5

LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA SERVIDUMBRE Y LA TRATA DE PERSONAS

LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA SERVIDUMBRE Y LA TRATA DE PERSONAS

A. Alcance y contenido

218. El artículo 6 de la Convención Americana establece la prohibición absoluta e inderogable de la esclavitud, la servidumbre, la trata de mujeres y esclavos en todas sus formas. De conformidad con el artículo 6.2 de dicho tratado, nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En adición a lo anterior, el artículo 27.2 establece que la prohibición de la esclavitud, servidumbre y la trata de personas es uno de los derechos humanos fundamentales que no puede ser suspendido por los Estados en “caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”²⁸⁰.
219. La prohibición de la esclavitud y prácticas similares, como lo es la trata de personas, forman parte del derecho internacional consuetudinario y del *jus cogens*.²⁸¹ La protección contra la esclavitud es una obligación *erga omnes* y de obligado cumplimiento por parte de los Estados, que emana de las normativas internacionales de derechos humanos²⁸². Asimismo, la esclavitud y el trabajo forzoso practicados por funcionarios públicos o particulares, en contra de cualquier persona, constituyen no solo una violación de los derechos humanos, sino también representan un delito penal internacional independientemente de que un Estado haya ratificado o no las convenciones internacionales que prohíben estas prácticas²⁸³.
220. Con fin de establecer el alcance de la trata de personas en el marco del Sistema Interamericano, la Comisión estima pertinente considerar la definición establecida en el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños de 2000, también conocido como “Protocolo de Palermo”. La definición de trata de personas del Protocolo de Palermo comprende 3 elementos: 1) actos, 2) medios comisivos y 3) fines ulteriores. El Protocolo de Palermo define la trata de personas como la captación,

²⁸⁰ CIDH, *Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, 2009 (en adelante “*Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*”), párr. 282.

²⁸¹ CIDH, *Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, párr. 54.

²⁸² Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light y Power Co. Ltd.* (Belgium c. España), fallo de 5 de febrero de 1971, I.C.J. Reports, 1970, párr. 34.

²⁸³ CIDH, *Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, párr. 54.

el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas (actos), recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra (medios comisivos), con fines de explotación (fines ulteriores), los cuales incluyen la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos²⁸⁴.

221. El Protocolo de Palermo establece que el consentimiento dado por la víctima de trata a cualquiera de las formas de explotación descritas en el artículo 3.a no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho artículo. En lo que respecta a la trata de niñas, niños y adolescentes, el Protocolo establece que la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del artículo 3. En consideración de lo anterior, la Comisión entiende que lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención Americana debe ser interpretado en relación con la definición de trata de personas, que se encuentra contenida en el artículo 3(a) del Protocolo de Palermo.
222. La Comisión ha sostenido que la trata de personas y las prácticas análogas a la esclavitud, representan una violación de carácter múltiple o continuado, carácter que se mantiene hasta que la víctima se encuentre en libertad. Los medios a través de los cuales se perpetra la trata de personas sitúan a la víctima en un estado de completa indefensión, el cual conlleva a otras violaciones conexas. Lo anterior reviste particular gravedad cuando la trata de personas se da dentro de un patrón sistemático o es una práctica aplicada o tolerada por el Estado o sus agentes. En este sentido, el Protocolo de Palermo destaca la necesidad de un enfoque integral para combatir la trata de personas, que incluya medidas para prevenir la trata y proteger a víctimas y sobrevivientes, además de medidas para sancionar a los tratantes²⁸⁵.
223. En su informe sobre *Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena Guaraní y Formas Contemporáneas de Esclavitud en el Chaco de Bolivia*, la Comisión expresó que la trata de personas, la servidumbre y el trabajo forzoso muchas veces conllevan violaciones de otros derechos humanos fundamentales bajo la Convención Americana, la Convención de Belém do Pará, y otros instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad y seguridad personales, la protección de la honra y de la dignidad, la libertad de expresión, los derechos del niño, los deberes

²⁸⁴ Véase, CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 348, citando el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 3.a.

²⁸⁵ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 351.

derivados del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, a la propiedad privada, la igualdad ante la ley y al acceso y a la procuración de justicia²⁸⁶.

224. En dicho informe, la CIDH estableció que en la región del Chaco boliviano vivían aproximadamente 600 familias en condiciones que constituían formas contemporáneas de esclavitud. En este sentido, la Comisión comprobó durante su visita de junio de 2008 “cómo a integrantes del pueblo indígena guaraní se les mantiene en una situación de servidumbre, que tiene sus orígenes hace más de un siglo y se ha perpetuado frente a la pasividad de la comunidad nacional e internacional”. La Comisión determinó que “el problema de servidumbre y trabajo forzoso en la región del Chaco de Bolivia tiene su origen en el despojo territorial que ha sufrido el pueblo indígena guaraní a lo largo de más de un siglo, que resultó en el sometimiento de sus miembros a condiciones de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso” y que “la solución a este problema radica no sólo en la eliminación de las formas contemporáneas de esclavitud en las haciendas de la región del Chaco, sino también en medidas de reparación que comprendan la restitución del territorio ancestral del pueblo guaraní y medidas integrales que solucionen las necesidades de salud, vivienda, educación y capacitación técnica que se presentarían luego de la “liberación” de las comunidades cautivas guaraníes”²⁸⁷.
225. Con relación a las diferentes modalidades de la trata de personas, en su informe *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, la Comisión expresó que la trata de personas en dicho país no se circunscribe solamente a las mujeres migrantes. Durante su visita a México, la Comisión recibió información relativa a hombres migrantes que son forzados a trabajar en distintas formas para grupos de la delincuencia organizada mientras se encuentran secuestrados. Por ejemplo, son reclutados para realizar actividades delictivas, tales como el sicariato, el asesinato de otros migrantes o en el trasiego de drogas hacia Estados Unidos. Asimismo, los niños y adolescentes migrantes son forzados a trabajar como vigías de organizaciones del crimen organizado, también conocidos como “halcones”²⁸⁸.
226. El 6 de marzo de 2015, la Comisión presentó la demanda ante la Corte sobre el caso de *Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde* respecto de la República Federativa de Brasil, que se relaciona con la situación de trabajo forzado y servidumbre por deudas en la *Fazenda Brasil Verde*, ubicada en el norte del Estado de Pará. Los hechos del caso se enmarcaron en un contexto en el que decenas de miles de

²⁸⁶ Véase, CIDH, *Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, párr. 58; CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 350.

²⁸⁷ CIDH, *Informe sobre comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, párrs. 213 y 216.

²⁸⁸ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 141.

trabajadores eran sometidos anualmente a trabajo esclavo, que tiene sus raíces en una discriminación y exclusión histórica.²⁸⁹ En dicho informe, la CIDH resaltó que:

el concepto contemporáneo de esclavitud incluye la servidumbre por deudas, como práctica análoga a la esclavitud. De conformidad con los instrumentos y la jurisprudencia internacionales referidos, se destacan, al menos, los siguientes elementos: i) una persona se compromete a prestar servicios como garantía de una deuda pero los servicios no son aplicados al pago de la deuda; ii) no se limita la duración de los servicios; iii) no se define la naturaleza de los mismos; iv) la persona sometida vive en la propiedad donde presta los servicios; v) sus movimientos son controlados; vi) existen medidas para prevenir o impedir su fuga; vii) existe un control psicológico; viii) la persona no puede modificar su condición; y ix) es sometida a un trato cruel y a abuso²⁹⁰.

227. En el caso de la *Fazenda Brasil Verde*, la Comisión constató que el dueño y los administradores de la hacienda disponían de los trabajadores como si fuesen de su propiedad. En ese sentido, “los trabajadores eran reclutados con falsas promesas y firmaban contratos y pagarés en blanco que permitía que el dueño y administradores dispusieran de ellos”.²⁹¹ La CIDH resalta que al ser controlados los movimientos de los trabajadores e impedirseles su libre circulación, tal y como lo ha determinado la OIT, hay una estrecha relación en el concepto de trabajo forzoso y su vinculación con otras prácticas abusivas conexas, como la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre por deudas, la trata y la explotación laboral²⁹².

²⁸⁹ CIDH, Informe No. 169/11, Caso 12.066, Fondo, *Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde*, Brasil, 3 de noviembre de 2011. Fecha de remisión a la Corte: 6 de marzo de 2015. Ver CIDH, Comunicado de prensa No. 45/15, “CIDH presenta caso sobre Brasil a la Corte IDH”, 7 de mayo de 2015.

²⁹⁰ CIDH, Informe No. 169/11, Caso 12.066, Fondo, *Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde*, (Brasil), 3 de noviembre de 2011. párr. 139.

²⁹¹ CIDH, Informe No. 169/11, Caso 12.066, Fondo, *Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde*, (Brasil), 3 de noviembre de 2011. párr. 140.

²⁹² OIT. Informe del Director General. El Costo de la Coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 98ª reunión, 2009. Informe I (B) Ginebra (disponible en inglés) [Última consulta el 31 de mayo de 2015].

CAPÍTULO 6

EL DERECHO DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA

EL DERECHO DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA

A. Alcance y contenido

228. El derecho de circulación y de residencia se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales²⁹³. Dentro de los instrumentos del Sistema Interamericano, este derecho se encuentra reconocido en el artículo VIII de la Declaración Americana y en la Convención Americana en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 22. Al respecto, el artículo VIII de la Declaración Americana establece:

Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.

229. En lo que respecta a diversos derechos y obligaciones de los Estados con relación al derecho de circulación y residencia, el artículo 22 de la Convención Americana en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 establece que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

²⁹³ Véase, entre otros, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12; y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 39.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

[...]

230. Según lo ha definido la Corte Interamericana, el derecho de circulación y de residencia es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona²⁹⁴ y contempla, entre otros, el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en él; escoger su lugar de residencia; e ingresar, permanecer, y salir del territorio sin interferencia ilegal.²⁹⁵ Asimismo, la Corte ha mantenido que el disfrute de este derecho no depende en ningún objetivo o motivo en particular de quien desea circular o permanecer en un lugar²⁹⁶.
231. Tal como ha señalado la Corte, el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones *de facto* si el Estado no ha establecido las condiciones ni ha provisto los medios que permiten ejercerlo²⁹⁷. Un ejemplo de lo anterior ocurre cuando “una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales”²⁹⁸.

B. El derecho a no ser desplazado internamente

232. Del contenido artículo 22.1 de la Convención Americana también se desprende el derecho de residir en el lugar escogido dentro del territorio, lo cual incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado. A través de su jurisprudencia, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han

²⁹⁴ Véase, entre otros, Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115I y Corte IDH. *Caso Manuel Cepada Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 197.

²⁹⁵ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115; y Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de julio de 2009 Serie C No. 201, párr. 138.

²⁹⁶ Corte IDH. *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115, y *Caso Manuel Cepada Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 197.

²⁹⁷ Corte IDH. *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 119 y 120, y *Caso Manuel Cepada Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 197.

²⁹⁸ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 139.

interpretado el derecho de circulación y de residencia, reconocido en el artículo 22.1 de la Convención Americana, de forma que también entraña la obligación de los Estados de no llevar a cabo acciones que conlleven al desplazamiento interno de personas o coadyuvar con terceros en la perpetración de hechos generadores de desplazamiento interno²⁹⁹.

233. Aunque los desplazados internos frecuentemente se ven forzados a huir de sus hogares por los mismos motivos que los refugiados, el hecho de que permanezcan en el territorio nacional conlleva a que no puedan solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado ni beneficiarse del régimen de protección internacional establecido para los refugiados conforme al derecho internacional de los refugiados³⁰⁰. La presencia de desplazados internos en el territorio nacional implica que es el propio Estado el que debe asumir la obligación primaria de respetar y garantizar sus derechos humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar.
234. De conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras normas de derecho internacional e interno, los desplazados internos tienen derecho a disfrutar libremente de los mismos derechos y libertades que el resto de los nacionales³⁰¹. No obstante, en la práctica, rara vez pueden hacerlo, puesto que el desplazamiento interno contradice *per se* el goce efectivo de los derechos humanos. Lo anterior se debe a que una de sus características principales consiste en que sus víctimas se han visto forzadas a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, lo cual implica dejar atrás sus proyectos de vida y en la mayoría de casos, la pérdida de tierras, viviendas y otros bienes y componentes del patrimonio, así como la afectación de diversos derechos que se derivan del desarraigo y del desplazamiento.

²⁹⁹ Véase, Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párr. 255; *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 220; *Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 138; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 206; y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 168. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 172; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 188; y *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 139.

³⁰⁰ CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. CIDH, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia* (1999), Capítulo VI, Desplazamiento Forzado Interno, párr. 1, sección C, párr. XX.

³⁰¹ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia* (1999), Capítulo VI, Desplazamiento Forzado Interno, párr. 1, sección C, párr.; y CIDH, *Informe sobre las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, párr. 85.

235. Como ya ha destacado la Comisión, el desplazamiento forzado interno conlleva a múltiples violaciones de los derechos humanos de sus víctimas³⁰². Algunos de los derechos vulnerados como consecuencia del desplazamiento interno son: i) el derecho de no ser desplazado internamente; ii) el derecho de circular libremente en el territorio del Estado; iii) el derecho de escoger libremente el lugar de residencia; iv) el derecho a la integridad personal; v) el derecho a la vida privada y familiar; vi) el derecho a la propiedad; y vii) el derecho al trabajo. En el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, derechos específicos son, además, el derecho a no ser separados de la familia, el derecho a una especial protección y cuidado, y el derecho a la educación. En el caso de las mujeres, el derecho a la adopción de medidas por la vulnerabilidad a la violencia por su condición de desplazadas³⁰³. En el caso de comunidades y pueblos indígenas y afrodescendientes, el derecho a sus tierras y territorios ancestrales y tradicionales, y el derecho a su cultura.
236. Por ejemplo, en el *Caso Marino López y otros (Operación Génesis) vs. Colombia*, la CIDH concluyó que los derechos a la integridad personal, no injerencias arbitrarias o abusivas a la vida familiar, la propiedad, y la obligación de garantizar y respetar los derechos sin discriminación fueron violados, en conexión con la violación a la libre circulación y residencia, a razón del desplazamiento interno al que fueron sometidas las víctimas³⁰⁴.
237. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que:

[e]n razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a dichas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados como sujetos de derechos humanos, su situación puede ser entendida como una condición individual de desprotección respecto del resto de personas que se encuentren en situaciones semejantes³⁰⁵.

238. En este orden de ideas, la Corte Interamericana ha establecido que “en los términos de la Convención Americana, la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su

³⁰² CIDH, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia* (1999), Capítulo VI, Desplazamiento Forzado Interno, párr. 1, sección C, párr.; y CIDH, *Informe sobre las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, párr. 85.

³⁰³ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como Convención de Belém do Pará), artículo 9.

³⁰⁴ CIDH, Informe No 64/11. Caso 12.573. *Caso Marino López y otros (Operación Génesis)* (Colombia). Informe de Fondo párr. 277.

³⁰⁵ Véase, Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 177. También, véase, Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 210.

referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares”³⁰⁶.

239. En diferentes ocasiones, la Corte ha establecido que el desplazamiento interno tiene una naturaleza compleja, no sólo por los motivos que lo provocan sino también de la amplia gama de derechos humanos que afecta o se ponen en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección³⁰⁷. Con relación a la vulnerabilidad de las personas desplazadas, la Corte Interamericana ha destacado lo establecido por la Corte Constitucional de Colombia:

[...] por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas [...] que se ven obligadas “a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional” para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades. Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado³⁰⁸.

240. De acuerdo a la Convención Americana, esta situación de desprotección obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad, e indefensión, incluso aquellos que resultan de las actuaciones y prácticas de terceros particulares³⁰⁹.
241. En materia de desplazamientos internos ocasionados como consecuencia de un conflicto armado, se destaca el informe especial de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos de las llamadas “Comunidades de Población en Resistencia” en

³⁰⁶ Corte IDH. *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 174.

³⁰⁷ Corte IDH. *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 177, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 141.

³⁰⁸ Sentencia T025 de 22 de enero de 2004, emitida por la sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda, tomo III, anexo 30, ff. 4363 a 4747hh). Citada en Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 211; y Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 316.

³⁰⁹ Corte IDH. *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 179; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 141 y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 315.

Guatemala, el cual abarca la situación de las comunidades desarraigadas por el conflicto interno de Guatemala que se aislaron en las selvas del Ixcán y en la Sierra desde principios de 1980 y reaparecieron a la luz pública en 1991 autodenominándose "Comunidades de Población en Resistencia (CPR)". El informe refleja los problemas surgidos en la década de los 80, cuando el Ejército radicó o indujo a familias de otras áreas a radicarse en tierras previamente propiedad u ocupadas por las CPR o desplazados. En dicho informe la Comisión concluyó que "entre los conflictos emergentes a los que debe darse inmediata solución se encuentra en primer lugar el de las familias asentadas por el Ejército en tierras previamente ocupadas o de propiedad de las comunidades CPR que ahora son reivindicadas" y que por tanto "el Estado tiene la responsabilidad de ofrecer soluciones a dichas familias, no sólo por razones de paz social, sino porque fue el propio Estado el que motivó su asentamiento en tierras potencialmente conflictivas"³¹⁰.

242. En este sentido, se destaca el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, cuyos hechos se refieren a los sucesos del 29 de noviembre de 1986 cuando miembros de las fuerzas armadas de Suriname habrían atacado la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana. Los soldados masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar presuntamente huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados.
243. En dicho caso, la Corte Interamericana destacó como de particular relevancia para el caso los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.³¹¹ La Corte consideró que "varias de estas directrices iluminan el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención en el contexto de desplazamiento interno. Para los fines (...) la Corte enfatizó los siguientes principios:
 - 1.1. Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.
 5. Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas.

³¹⁰ CIDH, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las llamadas "Comunidades de Población en Resistencia" de Guatemala*. OEA/Ser.L/V/II.86. Doc. 5 rev. 1, 16 junio 1994.

³¹¹ ONU, *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998.

8. El desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados.
 9. Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma.
 - 14.1. Todo desplazado interno tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia.
 - 28.1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno, de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte³¹².
244. En dicho caso, la Corte determinó que Suriname violó el artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana, debido a que el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las cuales tienen una dependencia y apego especiales. En este sentido, al no establecer garantía alguna de que serían respetados sus derechos humanos, particularmente los derechos a la vida e integridad personal —incluyendo, sobre todo, una investigación penal efectiva para poner fin a la impunidad imperante por el ataque de 1986— Suriname no había garantizado a los miembros de la comunidad su derecho de circulación y residencia³¹³.
245. Asimismo, la Comisión y la Corte se han referido a situaciones de desplazamiento interno causados por conflicto armado, como la de Colombia, donde han fijado que los Estados tienen deberes generales y especiales de protección de la población civil bajo su jurisdicción, derivados del Derecho Internacional Humanitario.³¹⁴ En particular, resultan especialmente útiles las normas sobre desplazamiento

³¹² Corte IDH. *Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 111.

³¹³ Corte IDH. *Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 120 y 121.

³¹⁴ Véase, Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 114. En lo que respecta a informes de la Comisión, véase, CIDH, Informe No. 64/11, Caso 12.573, Fondo, *Marino López y otros (Operación Génesis) Colombia*, 31 de marzo de 2011, párr. 215; e Informe No. 86/10, Caso 12.649, Fondo, *Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena de mayo dea y sus miembros (Masacre de Río Negro) Guatemala*, 14 de julio de 2010, párr. 228.

contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949³¹⁵, específicamente, el artículo 17 del Protocolo II prohíbe ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas y, en este último caso, se deberán adoptar “todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”³¹⁶.

246. Los casos y situaciones analizados por los órganos del Sistema Interamericano han prestado especial atención a la actuación de los Estados en términos de: 1) la ocurrencia de desplazamientos internos, 2) proteger a los desplazados durante el desplazamiento, 3) establecer condiciones para asegurar un retorno seguro y digno a su hogar o lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país.
247. En el *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, la Corte determinó que el Estado había violado el derecho de libertad y circulación de los miembros de la familia Barrios al no adoptar medidas para prevenir su desplazamiento, así como por no haber adoptado medidas para garantizar su retorno seguro al lugar en el que residían habitualmente. En su sentencia, la Corte sostuvo:

La Corte considera que Venezuela no ha restringido de manera formal la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la familia Barrios. Sin embargo, el Tribunal estima que en este caso dicha libertad se encuentra limitada por graves restricciones *de facto*, que se originan en las amenazas, hostigamientos y otros actos violentos que han provocado la partida de varios de sus miembros de la población de Guanayén, así como la inhibición de otros de regresar a esa población, debido al temor fundado de que la vida o la integridad personal propia o de sus familiares podrían estar en peligro por los hechos violentos ocurridos y la inseguridad, aunado a la falta de investigación y enjuiciamiento de los responsables de los hechos. En efecto, *el Estado es responsable* por la conducta de sus agentes que causó los desplazamientos y *por no haber establecido las condiciones ni haber provisto los medios que permitieran a los miembros de la familia Barrios regresar de forma segura*. Como ha establecido esta Corte con anterioridad, la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar un exilio o desplazamiento forzado³¹⁷ (énfasis no aparece en texto original).

³¹⁵ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 209.

³¹⁶ Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 17.

³¹⁷ Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C No. 237, párr. 165 (citando *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 120, y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 201.

248. Después de hacer el mismo análisis respecto a otros familiares implicados en el caso, la Corte determinó que Venezuela había violado el derecho de circulación y residencia, contenido en el artículo 22.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma.
249. Asimismo, la Corte ha indicado que la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar un exilio o desplazamiento forzado³¹⁸. En el *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala* la Corte consideró que, tras la muerte del señor A.A., el Estado no proporcionó medidas de protección adecuadas para garantizar que los miembros de la familia A mencionados no se vieran obligados a desplazarse dentro de Guatemala o hacia México. La Corte concluyó que:

La falta de prueba que controvierta la ineffectividad de las alegadas medidas de seguridad y protección estatal que fueron ofrecidas, aunado a la declaración de B.A. y la ausencia de información por parte del Estado, permiten a la Corte concluir que el Estado no adoptó medidas suficientes y efectivas para garantizar a los integrantes de la familia A desplazados forzosamente, un retorno digno y seguro a sus lugares de residencia habitual o un reasentamiento voluntario en otra parte del país, asegurando su participación plena en la planificación y gestión de un proceso de regreso o reintegración³¹⁹.

250. El *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* ejemplifica el alcance que tiene la obligación de los Estados de reasentar a desplazados internos. En este caso, después de las masacres perpetradas contra de la comunidad de Río Negro³²⁰ en 1980 y 1982, los sobrevivientes se refugiaron en las montañas aledañas, en condiciones precarias, a fin de huir de la persecución sistemática de agentes estatales que fue dirigida a su eliminación total.³²¹ A partir del año 1983, algunos de los sobrevivientes fueron reasentados en otra colonia de Guatemala (llamada Pacux), donde fueron objeto de amenazas, torturas, trabajos forzosos, y otras violaciones de sus derechos humanos³²². En términos de medidas específicas adoptadas por el Estado guatemalteco, la Corte en el *caso de las Masacres de Río Negro* observó que:

las condiciones de vida en la colonia Pacux no han permitido a sus habitantes retomar sus actividades económicas tradicionales, antes

³¹⁸ Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 166.

³¹⁹ Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 177.

³²⁰ Según la Corte, esta comunidad tiene “un carácter indígena”. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 168.

³²¹ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 179.

³²² Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 179.

bien, han tenido que participar en actividades económicas que no les permiten ingresos estables, lo cual también ha contribuido a la desintegración de la estructura social y vida cultural y espiritual de la comunidad. Asimismo, en los hechos del caso se probó que los habitantes de la colonia Pacux viven en condiciones precarias, y que necesidades básicas de salud, educación, alumbrado y agua no se encuentran plenamente satisfechas (*supra* párrs. 85 y 86). Por tanto, si bien Guatemala ha hecho esfuerzos por reasentar a los sobrevivientes de las masacres de la comunidad de Río Negro, *no ha establecido las condiciones ni proporcionado los medios indispensables para reparar o mitigar los efectos de su desplazamiento, provocado por el propio Estado*³²³ (énfasis agregado).

251. Por lo tanto, la Corte encontró responsable el Estado de Guatemala por la violación de los derechos reconocidos en el artículo 22.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los sobrevivientes de las masacres de Río Negro que habitan en la colonia Pacux³²⁴.
252. Otro ejemplo es el *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, donde tras una operación de contrainsurgencia realizada por las Fuerzas Armadas colombianas a finales de febrero 1997, las comunidades de Cacarica se vieron obligadas a desplazarse para huir de la violencia y amenazas a las que estuvieron sujetas. Según alegó la CIDH y fue confirmado por el Estado, se desplazaron alrededor de 3.500 personas en total; de las cuales aproximadamente 2.300 se asentaron provisionalmente en el municipio de Turbo y en Bocas de Atrato, ambos en el departamento de Antioquia, 200 personas cruzaron la frontera con Panamá³²⁵, y las demás se desplazaron a otras zonas de Colombia³²⁶.
253. De acuerdo a los hechos que constan en la sentencia, las condiciones en los lugares a los que se desplazaron fueron inadecuadas. En Turbo, por ejemplo, las condiciones de vida de los desplazados se caracterizaron por: a) falta de atención por parte del gobierno; b) hacinamiento; c) malas condiciones para dormir; d) falta de privacidad; e) la alimentación inexistente, insuficiente y/o desequilibrada, e f)

³²³ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 183.

³²⁴ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 184.

³²⁵ Pronto después de ingresar a Panamá fueron informados que no pudieron permanecer en el país, razón por lo cual se los trasladaron a Bahía Cupica, departamento de Chocó, Colombia. Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 120.

³²⁶ Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 111 (citando la Defensoría del Pueblo. Resolución Defensorial No. 025 Sobre las Violaciones Masivas de Derechos Humanos y Desplazamiento Forzado en la Región del Bajo Atrato Chocoano, octubre de 2002.

insuficiencia y mala calidad del agua.³²⁷ La Corte destacó además que la cantidad mínima de agua tenía repercusiones digestivas y sanitarias, que afectaron: 1) la salud física y mental de los desplazados, “situación respecto de la cual el Estado no prestó atención alguno o lo hizo de manera insuficiente”; 2) las estructuras familiares; y 3) los estudios de los niños³²⁸.

254. Además de las condiciones de los lugares de desplazamiento, los desplazados siguieron siendo objeto de actos de hostigamiento, amenazas y violencia por parte de grupos paramilitares durante los cuatro años de su desplazamiento.³²⁹ Debido a la situación de inseguridad y carencias un sector de las comunidades —que formaron la Comunidad de Autodeterminación, Vida, y Dignidad o “CAVIDA”— solicitó al Estado colombiano condiciones socioeconómicas y de seguridad adecuadas para regresar.³³⁰ No obstante, persistían los factores que originaron el desplazamiento en 1997; por lo tanto, con el auspicio del Estado y de la comunidad internacional, CAVIDA decidió impedir la entrada de los actores armados a sus zonas de habitación y cultivo, que fueron definidas como zonas humanitarias³³¹.
255. Aunque la Corte reconoció que el Estado brindó apoyo a los desplazados, lo caracterizó como “limitado”. Al considerar todas las circunstancias del desplazamiento, así como la falta de garantías para un retorno seguro, la Corte encontró el Estado colombiano responsable por la violación al artículo 22.1 en relación con los artículos 5.1 y 1.1 de la Convención Americana.³³² En lo, la Corte señaló que:

Las medidas de asistencia básicas proporcionadas por el Estado durante el período del desplazamiento fueron insuficientes, toda vez que las condiciones físicas y psíquicas que debieron enfrentar durante casi cuatro años no son acordes con estándares mínimos exigibles en este tipo de casos. El hacinamiento, la alimentación, el suministro y manejo del agua, así como la falta de adopción de

³²⁷ Corte IDH. *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caquerica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 118.

³²⁸ Corte IDH. *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caquerica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 118.

³²⁹ Entre 1996 y 2002, varias personas habrían sido asesinadas y desaparecidas, y, a partir de marzo de 1997 para la toma de medidas de protección, el Estado estaba al tanto de la situación de inseguridad. Corte IDH. *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caquerica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párrs. 121 y 125.

³³⁰ Corte IDH. *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caquerica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 123.

³³¹ Corte IDH. *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caquerica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 125.

³³² Corte IDH. *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caquerica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 325.

medidas en materia de salud evidencian incumplimiento de las obligaciones estatales de protección con posterioridad al desplazamiento, con la consecuencia directa de la vulneración del derecho a la integridad personal de quienes sufrieron el desplazamiento forzado³³³.

C. El derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio

256. La Convención Americana reconoce en su artículo 22.2 el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. Al respecto, la Corte ha coincidido con el Comité de Derechos Humanos, cuando este último ha señalado lo siguiente:

La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica³³⁴.

257. El derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio, no es un derecho absoluto. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención Americana, este derecho puede ser objeto de restricciones solamente cuando dichas restricciones: 1) se encuentren expresamente fijadas por ley, y 2) estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas, o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática.

258. Para determinar si un Estado ha cumplido con sus obligaciones bajo la Convención Americana, la Corte ha analizado los tres requisitos inferidos del artículo 22.3 — legalidad, necesidad, y proporcionalidad— de las restricciones en la medida indispensable en una sociedad democrática³³⁵.

259. Con respecto al primero, el requisito de legalidad de las restricciones a los derechos de circulación, de residencia, y de salir del país, la Corte ha citado al Comité de Derechos Humanos cuando el último señaló que las condiciones en que

³³³ Corte IDH. *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 323.

³³⁴ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general No. 27 relativo a la libertad de circulación. 2 de noviembre de 1999, párr. 8.

³³⁵ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 123.

pueden limitarse esos derechos deben estar determinadas por ley, por lo que las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, serían violatorias de los referidos derechos. Según el Comité, al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; así como también deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación³³⁶.

260. Por su parte, la Corte Interamericana ha destacado la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática, dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal. Por ello, la Corte considera necesario que el Estado:

1. Defina de manera precisa y clara, mediante una ley, los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país;³³⁷ y
2. Asegure que, una vez y cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, tal regulación carece de ambigüedad. Según la Corte, la regulación será clara cuando no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción, situación que permitiría que actúen de manera arbitraria y discrecional, particularmente cuando se trata de medidas que afectan severamente derechos fundamentales, como la libertad³³⁸.

261. El segundo requisito —necesidad— trata del aporte de indicios suficientes por el Estado que permitan suponer la razonabilidad de la restricción que afecte la libertad personal y el derecho de circulación.³³⁹ Por ejemplo, para aplicar medidas cautelares en un proceso penal, el Estado debe demostrar la culpabilidad del imputado y que alguna de las siguientes circunstancias esté presente: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y/o peligro de que el imputado cometa un delito³⁴⁰. Al respecto, cabe mencionar que la Corte ha señalado que dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un

³³⁶ O.N.U Comité de Derechos Humanos, Comentario general No. 27 relativo a la libertad de circulación. 2 de noviembre de 1999, párrs. 12 y 13.

³³⁷ La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención, así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. Ver Corte IDH Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 129.

³³⁸ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 108 y 115; *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 157; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

³³⁹ Corte IDH. *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 129.

³⁴⁰ La aplicabilidad de esta última condición es cuestionada en la actualidad. Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 129.

sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas; de lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos³⁴¹.

262. Sobre el tercer requisito, el relativo a la proporcionalidad, la Corte ha citado al Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27:

14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas³⁴².

263. Por su parte, la Corte ha determinado que la restricción al derecho a salir del país debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función³⁴³.

264. En cuanto a la primera dimensión del derecho de circulación y de residencia contemplado en el artículo 22.1, la Comisión ha abordado las restricciones que impiden el ejercicio pleno de este derecho de toda persona a residir libremente en el territorio de Cuba, en particular en la Ciudad de La Habana.³⁴⁴ A partir del Decreto 217 de 1997³⁴⁵, sobre regulaciones migratorias internas para Ciudad de La Habana, se establecieron restricciones para residir libremente en dicha ciudad a las personas que, provenientes de otros territorios del país, pretendieran domiciliarse, residir o convivir con carácter permanente en una vivienda ubicada en Ciudad de La Habana, o aquellos que, provenientes de otros municipios, pretendieran domiciliarse, residir o convivir permanentemente en una vivienda ubicada en los municipios de La Habana Vieja, Centro Habana, Cerro y Diez de

³⁴¹ Corte IDH. *Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

³⁴² O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general No. 27 relativo a la libertad de circulación. 2 de noviembre de 1999, párrs. 8, 14 y 15.

³⁴³ Corte IDH. *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. párr. 133 (con énfasis en la situación del peticionario del caso, quien fue sujeto a una medida cautelar en un proceso penal en su contra).

³⁴⁴ Ver CIDH, *Informe Anual 2012*, Capítulo IV, Cuba, párr. 339.

³⁴⁵ Consejo de Ministros, Decreto No. 217 de 1997, 22 de abril de 1997.

Octubre y les exigía solicitar permiso a autoridades administrativas para residir en la capital. El decreto en mención imponía multas y la obligación de retornar al lugar de origen para aquellas personas que contravinieran sus disposiciones.

265. Por ello, las personas interesadas en residir en la Ciudad de La Habana tenían que solicitar autorización para residir permanentemente allí, y hacerlo en contravención a las normas cubanas internas exponía a las personas a multas y a ser deportadas a su lugar de origen. Aunque no es un delito el estar en La Habana, la implementación del Decreto 217 ha conllevado a que la Policía arreste y deporta a sus lugares de origen a las personas que incumplen con lo dispuesto por el Decreto. En caso de que la deportación se aplicara a una persona que ya había sido deportada anteriormente, podría conllevar la aplicación de medidas de seguridad predelictiva.
266. En este orden de ideas, desde su Informe Anual de 2012, la Comisión ha solicitado al Estado cubano que derogara el Decreto 217 de 1997, así como sus disposiciones complementarias y adoptara todas las medidas necesarias para garantizar a todas las personas los derechos a determinar libremente su lugar de residencia y a la libertad de movimiento en el territorio cubano³⁴⁶. En noviembre de 2011, fue publicado en Gaceta Oficial de Cuba el Decreto No. 293, modificativo del Decreto No. 217, “Regulaciones migratorias internas para la Ciudad de La Habana y sus contravenciones”, por medio del cual el gobierno cubano deroga parcialmente disposiciones relativas a las restricciones para establecer domicilio en La Habana³⁴⁷.
267. En el Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, la Corte tuvo la oportunidad de analizar los tres requisitos al determinar si la medida cautelar aplicada al señor Canese estaba en conformidad con la Convención Americana. Dicha medida cautelar impidió al peticionario salir del país, y estuvo en vigencia por más de ocho años, a pesar de que el crimen por lo cual fue imputado traía una pena máxima de 22 meses de penitenciaría y multa hasta de dos mil pesos.
268. En cuanto al requisito de legalidad, la Corte concluyó que esta medida cautelar no se encontró regulada mediante la legislación paraguaya. Por lo tanto, la Corte consideró que la medida incumplió con el requisito de legalidad necesario para que la restricción fuera compatible con el artículo 22.3 de la Convención.³⁴⁸

³⁴⁶ Véase, CIDH, *Informe Anual 2012*, Capítulo IV: Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba, párr. 100; CIDH, *Informe Anual 2013*, Capítulo IV: Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba, párr. 165; CIDH, *Informe Anual 2014*, Capítulo IV: Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba, párr. 208.

³⁴⁷ Consejo de Ministros, Decreto No. 293 Modificativo del Decreto 217, 16 de noviembre de 2011. “ARTÍCULO ÚNICO. Se dispone modificar el artículo 5 del Decreto No. 217, de 22 de abril de 1997, el que queda redactado de la forma que sigue: “ARTÍCULO 5. No podrán oficializarse traslados con carácter permanente de personas provenientes de otras provincias del país hacia La Habana sin cumplir los requisitos a que se refiere el artículo 2 de este Decreto. Se exceptúa de lo anterior a: a) El cónyuge, los hijos, padres, abuelos, nietos y hermanos del titular. b) Los hijos menores de edad del cónyuge no titular. c) Las personas declaradas jurídicamente incapaces. d) El núcleo familiar de la persona a quien se le asigne un inmueble por interés estatal o social”.

³⁴⁸ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 128.

Pasando al requisito de necesidad, la Corte desacreditó la afirmación del Estado — que el señor Canese presentaba un peligro de fuga— por referir al comportamiento contrario del señor Canese: éste había recibido algunos permisos de salir del país y siempre volvió, comunicando por escrito su regreso a las autoridades judiciales. Para la Corte, sus acciones denotaron que el señor Canese no eludiría su responsabilidad penal en caso de ejecutarse la condena. Con base en estas consideraciones, la Corte concluyó que la restricción de salida del país que le impuso no cumplió con el requisito de necesidad en una sociedad democrática, en contravención a lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Convención.³⁴⁹ Tampoco la Corte encontró el tercer requisito de proporcionalidad acreditado por el Estado. Como apuntó la Corte, si se hubiere ejecutado la condena del señor Canese, lo cual no sucedió debido a que éste presentó varios recursos de revisión y fue absuelto, la pena que habría tenido que cumplir habría sido de dos meses de penitenciaría. En cuanto a la pena de pago de una multa, el señor Canese ofreció caución personal y caución real y comprobó su arraigo en el Paraguay. Por lo tanto, la Corte encontró que la restricción al derecho y el tiempo durante el cual le fue aplicada fueron desproporcionados al fin que se perseguía.³⁵⁰ Dado que los tres requisitos no fueron cumplidos, la Corte concluyó que Paraguay violó el artículo 22.2 y 22.3 de la Convención Americana en perjuicio del señor Canese³⁵¹.

269. Al analizar un caso relativo a un nacional uruguayo, la Comisión determinó como violatoria del artículo VIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la conducta del Estado que se negara a extender, renovar o a prorrogar pasaporte válido a sus nacionales cuando lo pidieran para viajar, salvo que una sentencia u orden judicial se lo impidiera, o que pusiera tales condiciones u obstáculos que de hecho produjeran en el ánimo de la persona la determinación de renunciar al ejercicio de su derecho por el costo excesivo, moral o, pecuniario, que le impondría el hecho de procurarse por vías legítimas el pasaporte requerido para trasladarse de un país a otro. En la actualidad, el pasaporte es el documento de identidad por excelencia cuando se viaja a países distintos del Estado de que se es nacional y, en la generalidad de los casos, también cuando se regresa a éste.³⁵²

³⁴⁹ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 130-31.

³⁵⁰ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 134.

³⁵¹ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 135.

³⁵² CIDH, Resolución No. 18/83, Caso 2.711, *Juan Raúl Ferreira (Uruguay)*, 30 de junio de 1983, párr. 4 (considerando).

D. La prohibición de expulsión de nacionales y de ser privado del derecho a ingresar al territorio del cual se es nacional

270. El Artículo 22.5 de la Convención Americana establece que “nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.
271. La primera vez que la Comisión abordó la situación del exilio como una violación al derecho de toda persona a fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar libremente por él y no abandonarlo sino por su voluntad (artículo VIII de la Declaración Americana) fue en el Caso 2088, Resolución N° 18/78, *Hipólito Solari Yrigoyen vs. Argentina*, aprobado por la CIDH el 18 de noviembre de 1978. Este caso tuvo que ver con la detención arbitraria e ilegal a la que fue sometido Hipólito Solari Yrigoyen, ex senador y defensor de presos políticos durante la dictadura argentina, a partir del 17 de agosto de 1976 en el marco de un operativo militar, así como por las torturas a las que fue sometido durante su detención y posterior expulsión con prohibición de regresar a Argentina. La Comisión concluyó que por la falta de garantía a la integridad y seguridad de su persona, el señor Solari Yrigoyen se vio obligado a abandonar el territorio de su patria con prohibición de regresar; y que tales hechos constituirían, entre otros, una violación de su derecho de residencia y tránsito, reconocido en el artículo VIII de la Declaración Americana.
272. En los próximos diez años después de la Resolución N° 18/78, la Comisión resolvió por lo menos 42 casos similares al del señor Solari Yrigoyen,³⁵³ provenientes de Chile, Argentina, Bolivia, Paraguay, Panamá, Guatemala, Uruguay, y Haití (ver tabla X). En estos casos, la Comisión determinó la violación del derecho de circulación y residencia como consecuencia de que las víctimas habían sido forzadas al exilio o que se les había prohibido reingresar a sus países, o ambas situaciones. Por ende, la Comisión concluyó que las víctimas no podrían ser excluidas de sus países de origen, efectivamente rechazando las razones prestadas por los Estados involucrados, que eran en mayor parte basadas en alegadas cuestiones de seguridad nacional y/o políticas, y resolviendo que las víctimas recibieran los permisos necesarios para permitir su reingreso dentro de un plazo establecido.

³⁵³

En toda su existencia, la Comisión ha resuelto alrededor de 40 casos en los que determinó la violación del derecho de circulación y residencia como consecuencia de que las víctimas habían sido forzadas al exilio o que se les había prohibido reingresar a sus países o ambas situaciones.

**Violaciones al derecho de residencia y tránsito/circulación y residencia,
1978-1989**

| PAÍS | CASOS RESUELTOS POR LA CIDH | NO. DE CASOS | TIPO DE VIOLACIÓN |
|------------------|--|--------------|---|
| Argentina | <ol style="list-style-type: none"> 1. Resolución No. 18/78, Caso 2.088, Hipólito Solari Yrigoyen (Argentina), 18 de noviembre de 1978. 2. Caso 2.291, Esteban Cabrera, Eduardo Sotero Franco Venegas y Lidia Esther Cabrera De Franco (Argentina), 5 de marzo de 1979. | 2 | <p>1 - Exilio forzado y prohibición de reingreso</p> <p>1 - Otra situación</p> |
| Bolivia | <ol style="list-style-type: none"> 1. Caso 2.760, Vladimir Sattori Benquique (Bolivia), 7 de marzo de 1979. 2. Caso 2.756, Abel Ayoroa Argandoña (Bolivia), 7 de marzo de 1979. 3. Caso 2.723, Nicanor Cuchallo Orellana (Bolivia), 6 de marzo de 1979. 4. Caso 2.719, Ramón Claire Calvi (Bolivia), 6 de marzo de 1979. 5. Resolución No. 33/82, Caso 7.824, Diego Morales Barrera (Bolivia), 8 de marzo de 1982. 6. Resolución No. 32/82, Caso 7.823, Juan Antonio Solano (Bolivia), 8 de marzo de 1982. | 6 | <p>4 - Exilio forzado</p> <p>2 - Exilio forzado y prohibición de reingreso</p> |
| Chile | <ol style="list-style-type: none"> 1. Resolución No. 10/85, Caso 8.095, Edgardo Condeza Vaccaro (Chile), 5 de marzo de 1985. 2. Resolución No. 24/82, Exiliados (Chile), 8 de marzo de 1982. 3. Resolución No. 57/81, Caso 4.662, Evelyn Krotoschiner Kleman (Chile), 16 de octubre de 1981. <p style="text-align: center;">↓</p> | 25 | <p>22 - Prohibición de reingreso</p> <p>3 - Exilio forzado y prohibición de reingreso</p> |

| PAÍS | CASOS RESUELTOS POR LA CIDH | NO. DE CASOS | TIPO DE VIOLACIÓN |
|------|--|--------------|-------------------|
| | <p>4. Resolución No. 56/81, Caso 5.713, Alberto Texier y María Luz Lemus Arangüiz de Texier (Chile), 16 de octubre de 1981.</p> <p>5. Resolución No. 55/81, Caso 4.288, Eugenio Velasco L (Chile), 16 de octubre de 1981.</p> <p>6. Caso 3.548, Armín Sergio Luhr Vicencio (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>7. Caso 3.498, Víctor J. Soto Alvarez (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>8. Caso 3.446, Inés Carmona Calé (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>9. Caso 3.444, Sergio Insunza Becker (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>10. Caso 3.443, Inés Conejo C (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>11. Caso 3.442, Samuel Riquelme Cruz (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>12. Caso 3441, Carlos Andrade V. (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>13. Caso 3.440, Héctor Valeria Labrana (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>14. Caso 3.436, Claudio Pedraza y Rosa Amelia Ferrada Díaz (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>15. Caso 3.435, Marya Lazo B (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>16. Caso 3.434, Omar Leal Oyarzún (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>17. Caso 3.428, Benjamín Teplizky Lijavetzky (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>18. Caso 3.419, Carlos Vassallo Rojas (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p>19. Caso 3.418, Mireya Baltra (Chile), 6 de marzo de 1979.</p> <p style="text-align: center;">↓</p> | | |

| PAÍS | CASOS RESUELTOS POR LA CIDH | NO. DE CASOS | TIPO DE VIOLACIÓN |
|------------------|---|--------------|--|
| | 20. Caso 3.416, Guillermo Torres Gaona (Chile), 6 de marzo de 1979 21. Caso 3.415, Silvia Angela Costa Espinoza (Chile), 6 de marzo de 1979. 22. Caso 3.414, Régulo Rosson Del Pino (Chile), 6 de marzo de 1979 23. Caso 3.413, Pedro Rojas Jorquera (Chile), 6 de marzo de 1979. 24. Caso 3.412, Antonio Arévalo Sagredo (Chile), 6 de marzo de 1979. 25. Caso 3.411, Manuel Fernando Ostornol Fernández (Chile), 6 de marzo de 1979. | | |
| Guatemala | 1. Resolución No. 16/82, Caso 7.778, Juan Gerardi (Guatemala), 9 de marzo de 1982. 2. Resolución No. 30/81, Caso 7.378, Carlos Stetter (Guatemala), 25 de junio de 1981. | 2 | 1 - Exilio forzado 1 - Prohibición de reingreso |
| Haití | 1. Resolución No. 20/88, Caso 9.855, Nicolás Estiverne (Haití), 24 de marzo de 1988. | 1 | 1 - Exilio forzado y prohibición de reingreso |
| Panamá | 1. Resolución No. 40/79, Caso 2.777, Thelma King (Panamá), 7 de marzo de 1979. 2. Resolución No. 38/79, Caso 2.509, Carlos Ernesto González de la Lastra (Panamá), 7 de marzo de 1979. | 2 | 1 - Exilio forzado 1 - Prohibición de reingreso |
| Paraguay | 1. Resolución No. 5/84, Caso 8.027, Augusto Roa Bastos (Paraguay), 17 de mayo de 1984. ↓ | 3 | 3 - Exilio forzado |

| PAÍS | CASOS RESUELTOS POR LA CIDH | NO. DE CASOS | TIPO DE VIOLACIÓN |
|----------------|--|--------------|------------------------------|
| | 2. Resolución No. 4/84, Caso 7.848, Luis Alfonso Resck (Paraguay), 17 de mayo de 1984 3. Resolución No. 3/84, Caso 4.563, Domingo Laíno (Paraguay), 17 de mayo de 1984. | | |
| Uruguay | 1. Resolución No. 18/83, Caso 2.711, Juan Raúl Ferreira (Uruguay), 30 de junio de 1983. | 1 | 1 - Prohibición de reingreso |
| TOTAL | 42 casos 9 – Exilio forzado 25 – Prohibición de reingreso 7 – Exilio forzado y prohibición de reingreso 1 – Otra situación | | |

273. En adición a los casos donde el exilio es o fue provocado directamente por el Estado con base en alegadas razones políticas o de seguridad nacional, como los anteriores expuestos, cabe mencionar que, debido a restricciones *de facto*, el exilio también puede ser provocado por las acciones de actores no estatales y las omisiones del Estado de actuar en contra o su anuencia. Aunque la Corte ha tratado estos casos bajo el artículo 22.1 en vez del 22.5 de la Convención Americana, merecen ser discutidos en la presente sección.
274. Dos casos en particular evidencian el fenómeno de expulsión provocada por actores no estatales, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*³⁵⁴. Ambos tratan de ejecuciones extrajudiciales cometidas por actores no estatales en convivencia con oficiales estatales en Colombia, de donde posteriormente los familiares de las víctimas se vieron obligados a exiliarse por la inseguridad que vivían. La Corte concluyó en los dos casos que el Estado colombiano había violado el derecho contenido en el artículo 22.1 por no proveer las garantías necesarias para que los peticionarios pudieran transitar y residir libremente en sus lugares de origen. Las partes pertinentes se citan a continuación:

a. Caso Manuel Cepeda Vargas

[E]s importante resaltar que en el contexto de riesgo para la seguridad de Iván Cepeda y Claudia Girón, *la falta de una investigación efectiva de la ejecución extrajudicial puede propiciar o*

³⁵⁴

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

perpetuar un exilio o desplazamiento forzado.³⁵⁵ En el presente caso, la falta de una investigación efectiva e identificación y enjuiciamiento de todos los autores de la ejecución del Senador Cepeda y, en particular, la impunidad en que se encuentran los hechos, no sólo menoscabó la confianza de los familiares en el sistema de justicia colombiano, sino contribuyó igualmente a las condiciones de inseguridad.

Con base en todo lo anterior, la Corte considera que el temor fundado por su seguridad, vinculado con la ejecución del Senador Cepeda Vargas y la falta de esclarecimiento de todos los responsables de dicho hecho, sumado a las amenazas recibidas, provocó que el señor Iván Cepeda Vargas y la señora Claudia Girón salieran al exilio por un período de cuatro años, lo cual constituyó una restricción de facto y una falta de garantía del derecho de circulación y residencia, en violación del artículo 22 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de ambos³⁵⁶. (Énfasis agregado)

b. Caso Valle Jaramillo

Al encontrarse fuera de su país sin poder o sin querer retornar a su hogar debido al temor bien fundado de persecución derivado de los hechos del presente caso, el señor Carlos Fernando Jaramillo Correa y su núcleo familiar directo se convirtieron en refugiados. La Corte observa que Carlos Fernando Jaramillo Correa y su núcleo familiar directo se encontraban en una condición de vulnerabilidad que les impedía ejercer libremente su derecho de circulación y de residencia, en parte debido a que el Estado no les brindó las garantías necesarias para que pudieran transitar y residir libremente en el territorio colombiano. Además, su condición de refugiados ha fragmentado el tejido social que unía a su familia, obligándoles a perder el contacto no sólo con su país, sino también con sus relaciones afectivas dentro de éste. Con base en todo lo anterior, la Corte declara que el Estado es responsable por la violación del derecho de circulación y de residencia reconocido en el artículo 22.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma³⁵⁷.

275. La Comisión también ha abordado la prohibición de expulsión de nacionales en casos de ciudadanos con doble nacionalidad. Así se expresó en el informe de fondo

³⁵⁵ Cfr. *mutatis mutandi*, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 120; y Corte IDH. *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 170.

³⁵⁶ Corte IDH. *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párrs. 201-02.

³⁵⁷ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. párrs. 140-41, 144.

del caso Nelson Iván Serrano Sáenz (Ecuador), nacional ecuatoriano deportado sumariamente a Estados Unidos, país del cual es nacional también, al sostener que:

Aunque el Estado ecuatoriano hubiera alegado en el presente caso que no intentó privar de su nacionalidad al señor Serrano Sáenz, los hechos demuestran lo contrario. La actuación de todas las autoridades que intervinieron en el proceso de detención y sumaria deportación del señor Serrano Sáenz le privaron de un derecho elemental inherente a la nacionalidad: el derecho a permanecer en él y no ser deportado. La arbitrariedad de las autoridades en perjuicio de la víctima es manifiesta, ya que no podían deportar a un ecuatoriano, pero tampoco siguieron el procedimiento de extradición que hubiera sido aplicable a un ciudadano extranjero en las circunstancias del presente caso. En definitiva, aplicaron un proceso completamente ajeno a la Constitución, al tratado de extradición vigente entre Ecuador y Estados Unidos, y a la legislación interna aplicable³⁵⁸.

276. En general, la CIDH ha concluido que “la libertad de las personas incluye la libertad de permanecer en el país del cual es ciudadano y que constituye el centro de su vida profesional, familiar y social. La expulsión de un ciudadano por su gobierno, en circunstancias normales, está totalmente excluido por las normas de derechos humanos vigentes”³⁵⁹. Es decir, la expulsión de nacionales, no como ejercicio de una opción, tal como lo consagran algunas legislaciones, sino como un acto impuesto al sujeto por la fuerza y contra el cual no cabe recurso alguno, constituye una violación del derecho a residencia y tránsito establecido en el Artículo VIII de la Declaración Americana³⁶⁰.

E. La prohibición de expulsión colectiva de extranjeros

277. La prohibición de expulsión colectiva de extranjeros se encuentra contenida en el inciso 9 del artículo 22 de la Convención Americana. En tal sentido, múltiples tratados internacionales de derechos humanos son consistentes en prohibir las expulsiones colectivas en términos similares a la Convención Americana³⁶¹.

³⁵⁸ CIDH, Informe No. 84/09, Caso 12.525. *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto 2009, párrs. 65-68.

³⁵⁹ CIDH, Resolución No. 3/84, Caso 4563. *Domingo Laíno* (Paraguay), 17 de mayo de 1984, párr. 5 (considerando).

³⁶⁰ CIDH, Resolución No. 24/82, *Exiliados* (Chile), 8 de marzo de 1982, párr. 5 (antecedentes).

³⁶¹ Véase, Protocolo 4 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, Artículo 4: “La expulsión colectiva de extranjeros es prohibida”; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 12.5: “*The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups*”; Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículo 26.2: “[...] *Collective expulsion is prohibited under all circumstances*”; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Artículo 22.1: “Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”. Ver también Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General No. 15, párr. 10: “El artículo 13 regula directamente sólo el

278. Dentro del marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte ha sostenido que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en la arbitrariedad. Asimismo, la Comisión ha sostenido que las expulsiones colectivas son manifiestamente contrarias al derecho internacional.³⁶² Al respecto, la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes ha señalado que a pesar de que los instrumentos internacionales no contienen una definición expresa de lo que constituye una expulsión colectiva, éstas pueden ser definidas como aquellas que se efectúan sin hacer determinaciones individuales sino grupales, aunque en cada caso el grupo al que se aplican pueda no ser demasiado numeroso. Por ello, en virtud de la prohibición establecida en el artículo 22.9 de la Convención Americana, los Estados tienen la obligación de analizar, fundamentar y decidir de forma individual cada una de las expulsiones o deportaciones que lleven a cabo³⁶³.

279. Desde 1991, la CIDH ha dado seguimiento a las graves violaciones de los derechos humanos que enfrentan los migrantes haitianos en territorio dominicano, específicamente a raíz de las denuncias recibidas por la Comisión sobre las expulsiones masivas de haitianos o de personas consideradas como tales, aunque hubieran nacido en territorio dominicano³⁶⁴. En 1997, una delegación de la CIDH hizo una visita a República Dominicana en la que nuevamente destacó que la situación de violaciones a los derechos humanos en contra de las personas migrantes haitianas se habían mantenido, específicamente en el marco de las expulsiones masivas de haitianos y domínico-haitianos. En su informe, la CIDH sostuvo que:

La Comisión también manifiesta su preocupación por las expulsiones masivas de trabajadores haitianos. Las expulsiones colectivas son una violación flagrante del derecho internacional que afecta la conciencia de toda la humanidad. En los casos individuales que esto procede, debe efectuarse de acuerdo con procedimientos que brinden un medio de defensa que se ajuste a reglas mínimas de justicia y eviten equivocaciones y abusos³⁶⁵.

280. En 2012, en el *Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, la Corte estableció que un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto

procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. [...] Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa”.

³⁶² CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, párr. 97.5.

³⁶³ CIDH, Informe de Fondo No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana). 29 de marzo de 2012, párr. 253.

³⁶⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1991*. OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 rev. 1, 14 febrero 1992. Capítulo V: Situación de los haitianos en República Dominicana.

³⁶⁵ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II.104 Doc. 49 rev. 1 7 octubre 1999 (en adelante “*Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*”), párr. 366.

y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas.³⁶⁶ Asimismo, la Corte sostuvo que el solo número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva³⁶⁷. El *Caso Nadege Dorzema* trata de un grupo de 30 migrantes haitianos que cruzaron la frontera con República Dominicana en junio de 2000. Puesto que la camioneta que los transportaba no se detuvo en un control fronterizo, las autoridades los persiguieron y dispararon varias veces hacia ellos, causando la muerte de algunos migrantes e hiriendo otros. El Estado de República Dominicana posteriormente deportó nueve de los sobrevivientes juntos, que fueron trasladados por agentes estatales a la ciudad fronteriza Ouanaminthe en Haití.

281. En su sentencia, la Corte consideró que el Estado de República Dominicana no justificó que hubiera razones para la expulsión de los migrantes haitianos del territorio dominicano sin que mediara un procedimiento formal que observara las garantías individuales a cada una de aquellas personas.³⁶⁸ Por lo tanto, la Corte concluyó que la República Dominicana no observó “los requisitos establecidos tanto por la legislación dominicana y el Protocolo de Entendimiento entre Haití y República Dominicana, como por el derecho internacional” en cuanto a la individualización del procedimiento de dicha expulsión.
282. En vista de lo anterior, la Corte determinó que el Estado trató a los migrantes como un grupo, sin individualizarlos ni darles un trato diferenciado como seres humanos y tomando en consideración sus eventuales necesidades de protección. Para la Corte, el caso representó una expulsión colectiva en contravención del artículo 22.9 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la misma³⁶⁹.
283. De forma similar, la Corte reiteró lo anterior en 2014 mediante el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, donde advierte “la existencia en República Dominicana (...) de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria”³⁷⁰.

³⁶⁶ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 175.

³⁶⁷ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251 (citando TEDH, *Hirsi Jamaa vs. Italia*. No 27765/09. Gran Sala. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 184).

³⁶⁸ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, párr. 151.

³⁶⁹ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, párr. 178.

³⁷⁰ 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 No. 282, párr. 171.

CAPÍTULO 7

GARANTÍAS PROCESALES EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS DE DEPORTACIÓN O EXTRADICIÓN

GARANTÍAS PROCESALES EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS DE DEPORTACIÓN O EXTRADICIÓN

284. Todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguirse conforme a las garantías del debido proceso, de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado.³⁷¹ La jurisprudencia interamericana ha sido enfática al señalar que los procedimientos migratorios deben desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso,³⁷² independientemente de que se trate de migrantes en situación regular o irregular.
285. Los diferentes escenarios que plantea la migración internacional sitúan a los migrantes frente a distintos procedimientos judiciales y administrativos que tienen implicaciones directas sobre la garantía y el ejercicio de sus derechos humanos. La Comisión ha remarcado que estos procedimientos van desde los procedimientos migratorios que se dan al ingresar a un país, al solicitar la residencia o regularización y, en especial, los procesos de expulsión o deportación, hasta aquellos tendientes a dirimir controversias sobre derechos laborales y de seguridad social,³⁷³ así como aquellos relativos al acceso a derechos económicos, sociales y culturales. De igual manera, se encuentran los procedimientos penales en que los migrantes pueden acudir bajo la condición de víctimas, testigos o acusados, o aquellos que pueden resultar en su extradición a otro país.
286. Con frecuencia esta clase de procedimientos se caracteriza por un alto grado de arbitrariedad estatal, frente a la cual las personas migrantes tienen un margen de

³⁷¹ Véase, entre otros, Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27; y Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69.

³⁷² Véase, entre otros, CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos). 12 de julio de 2010, párrs. 5 y 63; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, *Raghda Habbal e hijo* (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 56 y 58; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, párr. 401. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, véase. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 141 y 142.

³⁷³ En este sentido, véase, CIDH, Informe de Admisibilidad No. 134/11, Petición 1190-06, *Trabajadores Migrantes Indocumentados* (Estados Unidos). 20 de octubre de 2011.

respuesta mínimo, cuando no nulo. A menudo estos procedimientos tienen múltiples obstáculos, tanto *de iure* como *de facto*, que impiden el goce de los derechos de los migrantes en un plano de igualdad con los nacionales. A su vez, estos obstáculos ponen de manifiesto la desigualdad real en la que suelen encontrarse los migrantes.

A. *Garantías generales*

287. En lo concerniente a las garantías del debido proceso, la Convención Americana las reconoce en su artículo 8 (1) y (2), el cual establece que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

288. La Comisión y la Corte han desarrollado una amplia jurisprudencia con relación al alcance de las garantías del debido proceso. A continuación se mencionan algunos principios desarrollados por estos órganos, los cuales son relevantes en materia de migrantes. A manera de consideración preliminar, la Comisión estima pertinente recordar lo indicado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* respecto de la relación entre el derecho a la igualdad y no discriminación y el debido proceso de los migrantes en situación irregular:

[...] para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.³⁷⁴

289. En este sentido, el artículo 8 de la Convención Americana consagra los lineamientos generales del debido proceso legal o derecho de defensa procesal.³⁷⁵ Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sido enfáticas al señalar que las garantías del debido proceso son aplicables a toda situación en la que se determinen los derechos de una persona,³⁷⁶ entre los cuales se encuentran los migrantes, independientemente de su situación migratoria.³⁷⁷

³⁷⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121.

³⁷⁵ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74.

³⁷⁶ Véase, entre otros, Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 68; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 62; Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 82; Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones

290. La interpretación que la Corte ha dado a dicha norma implica que tales garantías no se restringen solamente a los recursos judiciales, sino que abarcan las decisiones de cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que puedan tener una afectación sobre los derechos humanos de una persona.³⁷⁸ Lo anterior cobra mayor vigencia en materia de procedimientos migratorios a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, en que sostuvo que “[e]l debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.”³⁷⁹
291. En el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, que se relaciona con la detención arbitraria y expulsión sumaria de presuntas víctimas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niñas y niños, del territorio de República Dominicana, sin el seguimiento del procedimiento de expulsión establecido en el derecho interno, la Corte Interamericana se pronunció nuevamente sobre los estándares relacionados con procesos de expulsión.
292. En primer lugar, la Corte recordó que en materia migratoria, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrs. 108 y 142-143.

³⁷⁷ 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 No. 16, párrs. 127 y 129; 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, párr. 121 y 122; y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143. En lo que respecta a la Comisión, véase, CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 58, Citando, CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, párr. 90. En este mismo sentido, véase CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos). 12 de julio de 2010, párrs. 51; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, *Raghda Habbal e hijo* (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párrs. 46.

³⁷⁸ Véase, Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 82; y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 62.

³⁷⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.

Americana.³⁸⁰ Es decir, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.³⁸¹

293. En este sentido, se destaca que normas y órganos internacionales de protección de derechos humanos coinciden en señalar garantías mínimas aplicables a dicho tipo de procesos. Así, por ejemplo, en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que:

[e]l extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

294. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar dicha norma, determinó que “los derechos establecidos en [dicho] artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte[.] No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13”³⁸².
295. En relación con los procedimientos o medidas que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, y que pueden desembocar en la expulsión o deportación, la Corte ha considerado que “el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas

³⁸⁰ 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 No. 282, párr. 350; Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 97; y 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, párr. 163.

³⁸¹ 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 No. 282, párr. 350; Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 97; 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 No. 21, párr. 39; y 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, párr. 168.

³⁸² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobada en el 27 período de sesiones 1986, párr. 9.

garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención”³⁸³.

296. Cabe recordar lo señalado por la Corte en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cuando al abordar este tema sostuvo que:

[L]as garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño³⁸⁴.

297. Acorde con lo anterior, la Corte Interamericana ha señalado que en aras de cumplir con sus cometidos:

el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses³⁸⁵.

298. En el caso de los niños, el ejercicio de los derechos procesales y sus correlativas garantías supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.³⁸⁶ Lo anterior cobra mayor relevancia en el marco de los procedimientos que involucran a niñas y niños migrantes, tales como los de detención, expulsión, determinación del estatuto de refugiados o por su condición de víctimas de trata de personas, entre otros. Con el objeto de brindar una efectiva protección de los derechos de los niños migrantes en el marco de procedimientos migratorios, es necesario que las garantías del debido proceso conjuguen los estándares específicos de protección de migrantes con las medidas especiales de protección que requieren los niños.

³⁸³ 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 No. 282, párr. 358; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 132; Corte IDH *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, párr. 157. También véase, Corte IDH. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 112.

³⁸⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 95.

³⁸⁵ 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 No. 16, párr. 119.

³⁸⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 98.

299. Una interpretación armónica del derecho a las garantías del debido proceso de los niños migrantes requiere que éstos sean protegidos en razón de su dignidad intrínseca como seres humanos, así como de nivel de madurez y vulnerabilidad en que se encuentran, para lo cual es preciso adoptar medidas especiales de protección. Tal como sostuviera la Corte previamente, la adopción de medidas especiales de protección “permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad”. Esta obligación adicional de protección³⁸⁷ y estos deberes especiales deben considerarse determinables en función de las necesidades del niño como sujeto de derecho.³⁸⁸ Como corolario de lo anterior, todo procedimiento migratorio en el que se encuentre inmerso un niño migrante o alguno de sus padres, debe estar orientado a la salvaguarda del principio del interés superior del niño y del principio de unidad familiar, en el entendido de que la decisión que se adopte nunca debe revestir un carácter sancionatorio y contando, durante todo el procedimiento, con la asistencia de defensores especializados en asuntos de protección a la niñez.

B. Garantías mínimas del debido proceso migratorio

300. En adición a las garantías generales aplicables en todos los procesos, el artículo 8.2 de la Convención Americana establece una serie de garantías mínimas en materia de debido proceso. Si bien el texto de la norma hace referencia a estas garantías mínimas como requeridas en los procesos penales, la Corte Interamericana en una interpretación evolutiva ha ampliado su ámbito de aplicación a otros procesos más allá de los de orden penal en los que esté de por medio la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter³⁸⁹.
301. Desde la *Opinión Consultiva sobre las Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, la Corte ha sostenido que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención también se aplican en materias que conciernen a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de

³⁸⁷ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 146 y 191; Corte IDH., *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 134; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 124, 163-164 y 171; Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160; y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172. En el mismo sentido, véase, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60.

³⁸⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 154.

³⁸⁹ Véase, entre otros, Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 70; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 125; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103; y Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 142.

cualquier otro carácter,³⁹⁰ en específico aquellos de carácter sancionatorio,³⁹¹ entre los cuales claramente encuadran aquellos tendientes a establecer la situación migratoria de una persona³⁹². La Comisión ha indicado que los procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso³⁹³.

302. En lo que respecta a procedimientos migratorios, la Comisión ha tenido conocimiento de situaciones y casos en que los migrantes son deportados sin ser oídos y sin la oportunidad de conocer y controvertir los cargos por los cuales estaban siendo deportados. En otros casos, las deportaciones son llevadas en el marco de procedimientos penales o administrativos sumarios, lo cual impide que los migrantes puedan tener acceso a un recurso judicial efectivo para la determinación de si tienen o no derecho a permanecer en el país. La Comisión ha sostenido que estos hechos configuran una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en cuanto significan una violación a las normas del debido proceso legal³⁹⁴.

303. En este sentido, la Comisión está de acuerdo con lo establecido por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, al señalar que “en el caso de que se haya detenido, expulsado o devuelto a personas sin otorgarles garantías legales, se consideran arbitrarias su detención y su posterior expulsión”³⁹⁵. Asimismo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también ha sostenido de manera consistente que las garantías del debido

³⁹⁰ Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.

³⁹¹ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.581, *Jesús Tranquilino Vélez Loor* (República de Panamá). 8 de octubre de 2009, párr. 73; y Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 103.

³⁹² CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos). 12 de julio de 2010, párrs. 5 y 63; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, *Raghda Habbal e hijo* (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párrs. 56 y 58; CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párr. 401. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, véase, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párrs. 141 y 142.

³⁹³ CIDH, Informe No. 49/99. Caso 11.610. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 70.

³⁹⁴ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párrs. 46-82.

³⁹⁵ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Conclusiones y Recomendaciones*, E/CN.4/2004/3, 15 de diciembre de 2003, párr. 86.

proceso deben aplicarse en el marco de los procedimientos de expulsión de migrantes y refugiados³⁹⁶.

304. Por su parte, en su *Proyecto de artículo sobre la protección de derechos humanos de las personas expulsadas o en vías de expulsión*, la Comisión de Derecho Internacional ha expresado que dichas personas deben recibir las siguientes garantías procesales: a) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; b) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión; c) derecho a recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir la decisión de expulsión; d) derecho a ser oído por una autoridad competente; e) a estar representado ante dicha autoridad competente; f) derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete, y g) asistencia consular.³⁹⁷
305. En adición a lo anterior, el *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso* condensa las otras garantías procesales que a juicio de la Comisión debe revestir todo proceso migratorio. Al respecto, la Comisión precisó que:

Durante un proceso que pueda resultar en una sanción toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a una audiencia sin demora con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial; notificación previa en detalle de los cargos que se le imputan; derecho a no ser obligado a declararse culpable de los cargos que se le imputan; derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos; derecho a la representación letrada; derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado; derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Si bien muchas de estas garantías incorporan un lenguaje propio de los procesos penales, análogamente y debido a las consecuencias que pueden derivarse de los procesos migratorios, corresponde la aplicación estricta de dichas garantías³⁹⁸.

306. En consideración de las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales en el marco de procedimientos migratorios de

³⁹⁶ Para mayor información véase, entre otros, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación 313/05, *Kenneth Good vs. República de Botswana*, 47va Sesión ordinaria, 12 al 26 de mayo de 2010, párrs. 160-180; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicaciones 27/89, 46/91, 49/91, 99/93 - *Organisation Mondiale Contre La Torture y Association Internationale des juristes Democratés*, *Commission Internationale des Juristes (C.I.J)*, *Union Interafricaine des Droits de l'Homme vs. Ruanda*, 20va Sesión ordinaria, Octubre de 1996, pág. 4.

³⁹⁷ Comisión de Derecho Internacional. Expulsión de extranjeros. Texto de los proyectos de artículo 1 a 32 aprobados provisionalmente en primera lectura por el Comité de Redacción en el 64° período de sesiones, A/CN.4/L.797, 24 de mayo de 2012, artículos 19 y 26. Véase, Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, párr. 163; y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, nota a pie de página 157.

³⁹⁸ CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 57.

expulsión o deportación, la Corte Interamericana en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* consideró que:

un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley³⁹⁹.

307. A partir del análisis de la jurisprudencia interamericana, así como de los informes temáticos de la Comisión sobre la materia, se puede concluir que los procesos migratorios deben, *inter alia*, contar con las siguientes garantías procesales mínimas:

1. Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella

308. Con relación a esta garantía, la Comisión ha entendido que el hecho de que un migrante no sea notificado acerca de la existencia de un procedimiento administrativo en su contra podría conllevar la violación de las garantías del debido proceso.⁴⁰⁰ La Comisión ha señalado que cualquier privación de la libertad de una persona debe ser informada por las normas prescritas en el artículo XXV de la Declaración, *mutatis mutandis*, el artículo 7 de la Convención Americana⁴⁰¹.

³⁹⁹ 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 No. 282, párr. 356.

⁴⁰⁰ En este sentido, puede consultarse, CIDH, Informe de Admisibilidad No. 09/05, Petición 1/03, *Elias Gattas Sahih* (Ecuador), 2 de febrero de 2005.

⁴⁰¹ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párr. 210.

2. En caso de ser detenida o retenida, derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio
309. En el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, que hacía referencia a la detención de la víctima por haber ingresado de forma irregular al país, la Corte consideró que “para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de la libertad”⁴⁰².
3. Derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor
310. Esta obligación requiere que el Estado trate al migrante en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo⁴⁰³. En general, las personas migrantes deben tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchadas para alegar lo que estimen correspondiente y así defender sus derechos en el marco de procedimientos de carácter sancionatorio, tal como son los que resultan en la expulsión o deportación.⁴⁰⁴ En este sentido, la Comisión ha sostenido que el derecho de argumentar en contra de una orden de deportación es incluso anterior al derecho a la revisión del caso. Por tal motivo, la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento.⁴⁰⁵ En razón de lo anterior, los procedimientos sumarios de deportación o las políticas de devolución directa resultan contrarios a las garantías del debido proceso en tanto privan a los migrantes, solicitantes de asilo o refugiados del derecho a ser oídos⁴⁰⁶, a defenderse de manera adecuada y a impugnar su expulsión⁴⁰⁷.

⁴⁰² Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 109.

⁴⁰³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 145. Citando, Corte IDH., *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 29.

⁴⁰⁴ CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, párr. 99B.

⁴⁰⁵ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 55; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 68/05, Caso 11.495, *Juan Chamorro Quiroz* (Costa Rica). 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

⁴⁰⁶ En este sentido, véase, CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe y otros* (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116.

⁴⁰⁷ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos). 13 de marzo de 1997, párr. 180.

311. La Comisión se ha referido a la necesidad de asegurar que las personas puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve.⁴⁰⁸ A su vez, este derecho incluye el derecho de la defensa de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, tal como testigos o peritos.
312. En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia. Asimismo, cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla⁴⁰⁹. En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado⁴¹⁰, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.⁴¹¹
4. Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial
313. Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario administrativo o judicial que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas. Su nombramiento y ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y ser inmunes a posibles presiones e influencias y su actuación debe ajustarse de manera estricta a la ley⁴¹². Con relación a la garantía de ser oído por un juez o tribunal competente, la Corte Interamericana ha señalado que:

cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad

⁴⁰⁸ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 60; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párrs. 61 y 62.

⁴⁰⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 129.

⁴¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 34.

⁴¹¹ 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 No. 21, párr. 123.

⁴¹² CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 99.

pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana⁴¹³.

314. En la Opinión Consultiva OC-21/14, la Corte estableció que:

en el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre. Es por ello que la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente⁴¹⁴.

5. Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos

315. Debe garantizarse que el migrante, cualquiera sea su estatus, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda⁴¹⁵. Por su parte, la Corte resaltó que:

Con el objeto de poder garantizar el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor. En este orden de ideas, la asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria⁴¹⁶.

6. Derecho a representación letrada o legal

316. Debe garantizarse al migrante inmerso en un proceso migratorio la posibilidad de ser representado por abogados de su elección, o bien por personas idóneas en la materia. Asimismo, todos los interesados deben tener a su disposición alguna

⁴¹³ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 104.

⁴¹⁴ 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 No. 21, párr. 117.

⁴¹⁵ CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 99.C.

⁴¹⁶ 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 No. 21, párr. 124.

forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al migrante⁴¹⁷. En relación con procedimientos que no se refieren a asuntos de carácter penal, la Corte ha señalado previamente que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”⁴¹⁸. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a las garantías y a la protección judicial se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio⁴¹⁹.

317. En la OC-21/14, la Corte precisó que este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante⁴²⁰, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte⁴²¹.

7. Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente motivada

318. Sobre el derecho a ser oído “con las debidas garantías”, los órganos del Sistema Interamericano han sido enfáticos en la obligación de las autoridades de motivar sus decisiones. Al respecto, la Corte ha indicado que la motivación “es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁴²². En palabras de la Corte:

[e]l deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el

⁴¹⁷ CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 99.D.

⁴¹⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Párr. 145. Citando: *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.

⁴¹⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126.

⁴²⁰ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*. OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 99.D.

⁴²¹ 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 No. 21, párr. 131.

⁴²² Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 141; Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 208; y Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 118.

marco de una sociedad democrática⁴²³. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁴²⁴. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad⁴²⁵. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁴²⁶.

319. En consonancia con lo anterior, y particularmente en el caso de niñas y niños, la resolución deberá dar 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 superior⁴²⁷.

8. Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento

320. En el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte Interamericana destacó la importancia de la notificación de la decisión a fin de ejercer el derecho a las garantías del debido proceso. Sobre el particular, la Corte señaló que “la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la Convención, pues colocó a [la víctima] en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio”⁴²⁸.

⁴²³ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 141. Citando. Cfr. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77. Así lo ha establecido la Corte Europea de Derechos Humanos en el *caso Suominen vs. Finlandia*, al respecto la Corte Europea sostuvo que: “de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan”. Cfr. TEDH, *Suominen c. Finlandia*. Caso No. 37801/97, 1 de julio de 2003, párr. 34.

⁴²⁴ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 141. Citando, Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153. Asimismo, el Tribunal Europeo ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hadjianastassiou v. Greece*. Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Serie A No. 252, párr. 23.

⁴²⁵ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141. Citando. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122.

⁴²⁶ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141.

⁴²⁷ 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 No. 21, párr. 139.

⁴²⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 180.

9. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos

321. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han reafirmado el alcance del derecho a recurrir todas aquellas decisiones de carácter sancionatorio, tal como suelen ser las que se adoptan en el marco de procedimientos migratorios⁴²⁹. En este sentido, la Comisión ha señalado que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión.
322. Al analizar el derecho a la protección judicial, la Comisión ha sido enfática al señalar que este derecho no está limitado a las personas acusadas de haber cometido delitos. En mayor detalle la Comisión ha señalado que los procedimientos sumarios de interceptación y devolución de migrantes y solicitantes de asilo en altamar o, en general, donde las autoridades estatales de otro Estado ejerzan jurisdicción, resultan contrarios al derecho de estas personas a acceder a los tribunales para la defensa de sus derechos, ya que la realización de esta clase de operativos priva a los migrantes y solicitantes de asilo de la posibilidad de plantear y defender sus derechos ante un tribunal de justicia.⁴³⁰ Por su parte, la Corte ha señalado que “la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales”⁴³¹.
323. La Comisión considera pertinente señalar que a efectos de la eficacia de los derechos a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre⁴³². Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de los migrantes. En muchos casos, una vez que la deportación se ha consumado, la falta de recursos económicos o de asistencia legal representan, para los migrantes, obstáculos infranqueables en su acceso a la justicia.
324. Por su parte, la Corte ha destacado que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado, o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración.

⁴²⁹ En este sentido, véase, CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 81-82; CIDH, Informe No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto 2009, párr. 61. En lo que respecta a la Corte, véase, Corte IDH., *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 179.

⁴³⁰ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Interdicción de Haitianos en Altamar)* (Estados Unidos). 13 de marzo de 1997, párr. 180.

⁴³¹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párr. 126.

⁴³² CIDH, Informe de Fondo No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana). 29 de marzo de 2012; CIDH, Informe 136/11, Caso 12.474, *Familia Pacheco Tineo* (Bolivia). Informe de Fondo, 31 de octubre de 2011; TEDH, *M.S.S. v. Belgium y Greece*, Demanda No. 30696/09, 21 de enero de 2011, párr. 293.

Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior⁴³³.

10. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular

325. Además de las garantías mínimas del debido proceso, reconocidas en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha señalado que los extranjeros tienen derecho en las causas penales y administrativas a comunicarse sin dilación alguna con su representante consular conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁴³⁴. Lo anterior se debe a que la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculpado, que repercute, en ocasiones de manera decisiva, en el respeto de sus otros derechos procesales. Este derecho tiene particular importancia para aquellos migrantes que se encuentran detenidos, ya sea por motivos penales o migratorios.
326. La Comisión ha considerado que el cumplimiento de los derechos de un nacional extranjero de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es particularmente importante para determinar si un Estado ha cumplido o no con las disposiciones de la Declaración Americana y la Convención Americana relacionadas con el derecho al debido proceso y a un juicio imparcial, en la medida que se aplican a un detenido extranjero que ha sido arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, o detenido de cualquier otra forma por ese Estado⁴³⁵.
327. La Comisión ha fijado que estas garantías son de tal naturaleza que, a falta de acceso a la asistencia consular, un detenido extranjero puede encontrarse en una situación de considerable desventaja en el contexto de un proceso penal interpuesto contra el mismo por un Estado. Esto podría surgir, por ejemplo, en virtud de la incapacidad de un detenido extranjero de hablar el idioma del Estado, el desconocimiento de su sistema jurídico, o la incapacidad de recopilar la información pertinente, como pruebas atenuantes, de su país de origen. Las desventajas de este tipo podrían a su vez disminuir la eficacia de los derechos de debido proceso del detenido extranjero a, por ejemplo, comprender los cargos de los que se le acusa y a preparar adecuadamente su defensa. También es evidente que el acceso a la asistencia consular podría disminuir tales desventajas por medios tales como la provisión de asistencia lingüística y letrada, así como la identificación y recopilación de la información pertinente en el Estado de nacionalidad del acusado⁴³⁶.

⁴³³ 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 No. 21, párr. 141.

⁴³⁴ 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 No. 16.

⁴³⁵ CIDH, Informe No. 52/02, Caso 11.753, *Ramón Martínez Villarreal* (Estados Unidos), 10 de octubre de 2002, párr. 62.

⁴³⁶ CIDH, Informe No. 52/02, Caso 11.753, *Ramón Martínez Villarreal* (Estados Unidos), 10 de octubre de 2002, párr. 64.

328. La Comisión ha resuelto múltiples casos donde ha determinado pertinente considerar el cumplimiento por un Estado parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de los requisitos del artículo 36 de dicho tratado al interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración Americana a un ciudadano extranjero arrestado, encarcelado o puesto en custodia en espera de juicio, o detenido de alguna otra manera por dicho Estado, con especial gravedad frente aquellos condenados a una pena capital. En estos casos, en su mayoría contra los Estados Unidos, la Comisión determinó que la obligación del Estado, derivada del artículo 36(1) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de informar a los peticionarios sobre sus derechos de notificación y asistencia consulares constituyeron un componente fundamental de las normas de debido proceso a las que tenían derecho en virtud de los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana. Por ende, la omisión del Estado de respetar y asegurar esta obligación los privaron de un proceso penal que satisficiera las normas mínimas del debido proceso y un juicio justo requeridas por los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana⁴³⁷.
329. En su Opinión Consultiva OC-16/99, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, la Corte sostuvo que la eficacia del derecho a la protección consular se evidencia en cuatro momentos diferentes:
- a. la información consular entendida como “El derecho *del nacional del Estado que envía*, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, “sin dilación”, que tiene los siguientes derechos: i) el derecho a la notificación consular, y ii) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora. (Art. 36.1.b. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares);
 - b. el derecho a la notificación consular como “el derecho *del nacional del Estado que envía* a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva a la oficina consular del Estado que envía”;
 - c. el derecho a la asistencia consular como “El derecho *de los funcionarios consulares del Estado que envía* a proveer asistencia a su nacional (arts. 5 y 36.1.c. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)”; y

⁴³⁷

CIDH, Informe No. 44/14, Caso 12.873, *Edgardo Tamayo Arias* (Estados Unidos), 17 de julio de 2014; CIDH, Informe No. 52/13, Casos 11.575, 12.333, y 12.341, *Clarence Allen Lackey y otros; Miguel Ángel Flores; y James Wilson Chambers* (Estados Unidos), 15 de julio de 2013; CIDH, Informe No. 53/1, Caso 12.864, *Iván Teleguz* (Estados Unidos), 15 de julio de 2013; CIDH, Informe No. 90/09, Caso 12.644, *Medellín, Ramírez Cárdenas y García Leal* (Estados Unidos), 7 de agosto 2009; CIDH, Informe No. 91/05, Caso 12.421, *Javier Suárez Medina* (Estados Unidos), 24 de octubre de 2005; CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), 28 de enero de 2005; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 99/03, Caso 11.331, *César Fierro* (Estados Unidos), 29 de diciembre 2003.

- d. el derecho a la comunicación consular entendido como el *derecho de los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía a comunicarse libremente* (arts. 5, 36.1.a] y 36.1.c] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).⁴³⁸
330. De acuerdo con la interpretación de la Corte, la notificación consular debe darse en el momento en que el migrante es privado de su libertad y, en todo caso, antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.⁴³⁹ La comunicación consular a los migrantes debe darse sin dilación, de manera que puedan disponer de una defensa eficaz.
331. En el caso específico de extranjeros detenidos bajo cargos capitales, la Corte concluyó que el incumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares constituiría una privación arbitraria de la vida de conformidad con los principios internacionales de derechos humanos. Según la Corte:

la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”⁴⁴⁰.

332. Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, la Corte estableció que el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados. Esta consideración resulta especialmente relevante por las implicaciones que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la

⁴³⁸ 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 No. 16, párr. 5.

⁴³⁹ 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 No. 16, párr. 106.

⁴⁴⁰ 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 No. 16, párr. 134.

misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso⁴⁴¹.

333. Adicionalmente a estas garantías, la Corte ha identificado que existe un deber de designar a un tutor en caso de niños no acompañados o separados⁴⁴². Al respecto, la Corte ha señalado que los procesos administrativos o judiciales, respecto a niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor⁴⁴³. Específicamente, con tal medida se busca garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar⁴⁴⁴. En efecto, los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible; y de mantenerlos bajo su tutela hasta que lleguen a la mayoría de edad, por lo general a los 18 años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado⁴⁴⁵.
334. La Comisión estima pertinente señalar que las garantías procesales descritas anteriormente representan las garantías mínimas con las que debe contar un proceso migratorio que resguarde la justicia y restrinja la discrecionalidad y arbitrariedad por parte de las autoridades, así como las aplicables para cuestionar y revisar las decisiones que puedan implicar restricciones o eventualmente privaciones de la libertad de de migrantes en razón de su situación migratoria o en el marco de procedimientos migratorios. Por tratarse de garantías mínimas no representan un listado taxativo.

C. Procedimientos de extradición

335. Entre los procedimientos para remover extranjeros del territorio de un Estado, se encuentran los procedimientos de extradición. Al respecto, la Corte ha precisado obligaciones derivadas del Derecho Internacional en materia de cooperación interestatal respecto de la investigación y eventual extradición de presuntos responsables en casos de graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, en el *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, teniendo en cuenta el amplio alcance de las obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana sostuvo que:

⁴⁴¹ 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 No. 21, párr. 128.

⁴⁴² 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 No. 21, párr. 132.

⁴⁴³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 21.

⁴⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 33.

⁴⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 33.

La plena realización de la justicia en este tipo de casos se imponía para el Paraguay como un deber inexcusable de haber solicitado, con la debida diligencia y oportunidad, la extradición de los procesados. Por ende, según la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Paraguay debe adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan. La inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido⁴⁴⁶.

336. Por tanto, la Corte concluyó que:

En tales términos, la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines por lo que la Corte considera pertinente declarar que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Además, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del presente caso⁴⁴⁷.

337. La Comisión ha determinado que las normas del debido proceso deben ser respetadas y garantizadas en procesos de extradición.⁴⁴⁸ Este criterio ha sido compartido por la Corte Interamericana al ordenar medidas provisionales a favor del señor Wong Ho Wing solicitadas por la Comisión Interamericana ante el peligro *prima facie* de un riesgo inherente al extraditar a una persona que alega posibles fallas en el debido proceso, cuando dicha extradición podía llevar a la aplicación de la pena de muerte en un Estado ajeno al Sistema Interamericano.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 130.

⁴⁴⁷ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 132.

⁴⁴⁸ CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing* (Perú). Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013

⁴⁴⁹ Corte IDH. Asunto Wong Ho Wing respecto de Perú. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de junio de 2012, párr. 21.

338. Adicionalmente, en la sentencia de fondo sobre el caso Wong Ho Wing contra Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió que la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, así como el principio de no devolución frente al riesgo de tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes o un riesgo al derecho a la vida “se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado, incluso por extradición”⁴⁵⁰. En esta decisión, la Corte se refiere a los extremos de la Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que expresa: “conforme a la obligación de garantizar el derecho a la vida, los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden exponer a una persona bajo su jurisdicción a un riesgo real y previsible de su aplicación, por lo cual no pueden expulsar, por deportación o extradición, a las personas bajo su jurisdicción que se encuentren en un riesgo real y previsible de ser condenados a muerte, o de aplicación de la misma por delitos que no estén penados con igual sanción en su jurisdicción, sin exigir las garantías necesarias y suficientes para que dicha pena no sea aplicada”⁴⁵¹.
339. Asimismo, la Corte estableció que “la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, conjuntamente con el principio de no devolución consagrado en el artículo 13 (párrafo 4) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, impone a los Estados la obligación de no expulsar, por vía de extradición, a ninguna persona bajo su jurisdicción cuando existan razones fundadas para creer que enfrentaría un riesgo real, previsible y personal de sufrir tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”⁴⁵²
340. En este orden de ideas, la Comisión también estima pertinente referirse a la práctica de la extradición encubierta, la cual se refiere a la decisión de un Estado de deportar o expulsar a una persona de su territorio mediante procedimientos migratorios para eludir los procedimientos más estrictos de la extradición hacia un país que desee procesar y/o castigar a esa persona. Sobre estos procesos, el Comité Europeo para Problemas Criminales y el Comité de Expertos sobre el Funcionamiento de los Convenios Europeos de Cooperación en Materia Penal del Consejo de Europa emitió una “Nota sobre la relación entre extradición y deportación/expulsión (extradición simulada)”⁴⁵³, en la cual se subrayó que:

según la jurisprudencia del TEDH, la decisión de un Estado para eludir los procedimientos más estrictos de la extradición por la expulsión de una persona a un país que desee procesar y/o castigar

⁴⁵⁰ Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 133.

⁴⁵¹ Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 12.

⁴⁵² Corte IDH. *Wong Ho Wing Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 135.

⁴⁵³ Comité Europeo para Problemas Criminales y el Comité de Expertos sobre el Funcionamiento de los Convenios Europeos de Cooperación en Materia Penal del Consejo de Europa, *Nota sobre la relación entre extradición y deportación/expulsión (extradición simulada)*. Noviembre de 2012.

a esa persona (extradición simulada) no constituye, como tal, una violación al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales. El Estado puede optar por extraditar o deportar/expulsar. En ambos casos, es esencial que el procedimiento aplicado tenga una base legal en la ley y que la decisión no infrinja ningún derecho específico de la persona en cuestión establecido en la Convención.

341. En el caso *Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Ecuador*, en que una persona que ostentaba la doble nacionalidad ecuatoriana y estadounidense, fue deportado sumariamente a los Estados Unidos, país que había emitido un orden de detención en su contra, la Comisión Interamericana observó que:

La actuación de todas las autoridades que intervinieron en el proceso de detención y sumaria deportación del señor Serrano Sáenz le privaron de un derecho elemental inherente a la nacionalidad: el derecho a permanecer en él y no ser deportado. La arbitrariedad de las autoridades en perjuicio de la víctima es manifiesta, ya que no podían deportar a un ecuatoriano, pero tampoco siguieron el procedimiento de extradición que hubiera sido aplicable a un ciudadano extranjero en las circunstancias del presente caso. En definitiva, aplicaron un proceso completamente ajeno a la Constitución, al tratado de extradición vigente entre Ecuador y Estados Unidos, y a la legislación interna aplicable⁴⁵⁴ (subrayado agregado).

⁴⁵⁴

CIDH, Informe No. 84/09, Caso 12.525, *Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto 2009, párrs. 65-68.

CAPÍTULO 8

EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS

EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS

A. Alcance y contenido

342. En el ámbito internacional hay consenso respecto a que la familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y que, como tal, debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El derecho de los miembros de una familia a la vida familiar se encuentra ampliamente protegido por el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁵⁵, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario. El derecho a la protección de la familia y la prohibición de que la vida familiar sea objeto de injerencias arbitrarias o abusivas se encuentran ampliamente protegidos tanto en la Convención Americana, en los artículos 17.1 y 11.2, como en la Declaración Americana, en los artículos V y VI.

343. El artículo 11.2 de la Convención Americana, relativo a la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas a la vida familiar señala que:

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

344. Por su parte, el Artículo 17 de la Convención, relativo a la protección de la familia dispone que:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

⁴⁵⁵ El derecho a la protección a la familia y la prohibición a las interferencias arbitrarias a la vida familiar se encuentran reconocidos a nivel del Sistema Interamericano en los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana, así como en los artículos V y VI de la Declaración Americana; del Sistema Universal de Derechos Humanos en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y en los artículos 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; del Sistema Africano en el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; del Sistema Europeo en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y del Sistema Árabe en el artículo 33 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

345. En adición a lo anterior, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 que las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial⁴⁵⁶.
346. En el contexto de la migración internacional, la práctica de expulsiones o deportaciones de personas con vínculos familiares en el país de destino es una de las situaciones que plantea con mayor claridad la tensión entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio, y las obligaciones de los Estados a proteger a la familia y a los niños. La protección del derecho a la vida familiar y del interés superior del niño requieren de los Estados la realización de un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas con el derecho a respetar y proteger la vida familiar, en particular en las situaciones en que los procedimientos de expulsión o deportación pueden representar una injerencia arbitraria al respeto de la vida familiar y al interés superior del niño. Cualquier procedimiento que acarree la consecuencia de separación familiar, debe ser eminentemente excepcional.
347. Dado que el principio de *jus soli* impera en la mayoría de los Estados de las Américas, la situación de los niños nacionales de un Estado que son separados de sus familias como consecuencia de la deportación de uno o ambos padres o de otros familiares cercanos, se da cada vez con mayor frecuencia. La implementación de esta clase de medidas por parte de los Estados va generando que más niños queden atrás o a que se vean forzados a abandonar el país del que son nacionales como consecuencia de la deportación de su familiar o familiares. En el pasado la Comisión llamó la atención acerca del problema que representa la deportación *de facto* o indirecta al sostener que:

[...] los Estados no están en libertad de impedir la salida, el ingreso o la permanencia en su territorio de sus propios ciudadanos. En este sentido, la práctica de exigir visas de salida a los ciudadanos, más

⁴⁵⁶

La Convención sobre los Derechos de Niño en su artículo 9 establece que:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

allá de la exigencia de obtener un pasaporte o en el caso de los menores las debidas autorizaciones de los padres, constituye una violación al derecho de libre tránsito y residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este punto, es preciso estudiar cuidadosamente el problema de la deportación de facto de ciudadanos de un país, especialmente menores de edad, cuando se produce la deportación o expulsión de sus padres no nacionales⁴⁵⁷ (subrayado agregado).

348. Tal como se señaló anteriormente, la Comisión reconoce que en el marco de sus atribuciones soberanas los Estados tienen, en primer lugar, la potestad de determinar su política migratoria y definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de personas no nacionales de su territorio; sin embargo, dicha potestad se encuentra limitada por los principios de respeto y garantía de los derechos humanos.⁴⁵⁸ De acuerdo con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha determinado que en esta área ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es nacional son absolutos.⁴⁵⁹ En cambio, la CIDH ha coincidido con otros órganos internacionales en que debe haber un juicio de ponderación, conforme al cual se debe ponderar el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general *vis-á-vis* los derechos fundamentales de las personas no nacionales, tales como el derecho a la vida familiar. Cabe recordar lo dicho por la Comisión con relación a que “la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección.”⁴⁶⁰
349. Por su parte, la Corte ha considerado que el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera *per se* la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos.⁴⁶¹ Al respecto, cabe señalar que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la

⁴⁵⁷ CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 97.1. ee, Corte IDH. *Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Series C, 239.; TEDH, *E.B. v. France*, Sentencia del 22 de Enero de 2008.

⁴⁵⁸ En general, véase, 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*, párr. 166; CIDH, *Segundo Informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 6; CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, párr. 377; CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 32; CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.688, Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín (República Dominicana)*. 11 de febrero de 2011, párr. 208. En este mismo sentido, véase, Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 97 y 169.

⁴⁵⁹ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 51.

⁴⁶⁰ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 50; en general, véase, 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*.

⁴⁶¹ 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 No. 282, párr.417.

deportación de uno o ambos progenitores.⁴⁶² No obstante, dicha posibilidad debe ser una medida absolutamente excepcional, tal como lo dispone el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

350. Si bien en el ámbito internacional no hay una definición unánime acerca de lo que significa familia⁴⁶³, conforme al principio de igualdad y no discriminación la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos ha ido reconociendo una amplia gama de formas de familia.⁴⁶⁴ Dada la variedad de familias, el vínculo familiar es una cuestión de hecho que debe ser analizada caso por caso por las autoridades competentes en el marco de los procedimientos que puedan afectarla, tal como son los procedimientos que conllevan la expulsión o deportación.
351. Al abordar el derecho que tienen los Estados a expulsar extranjeros, la Comisión ha considerado que su ejercicio debe tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas⁴⁶⁵. Desde su *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el*

⁴⁶² El artículo 9.4 indica lo siguiente: “Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. OC-21/14, párr. 274.

⁴⁶³ Por ejemplo, sobre el alcance que tiene la noción de “familia” en el contexto de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha señalado que “el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de [las] familias [indígenas], la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte”. Véase, Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 159.

⁴⁶⁴ Con relación al concepto de familia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado un alcance amplio al mismo, como consecuencia de la manera en la que las actitudes sociales han ido evolucionando respecto a la noción de familia, reconociendo como vida familiar, por ejemplo, en el *Caso de Schalk y Kopf vs. Austria*, en el cual las víctimas alegaban haber sido objeto de discriminación con base en su orientación sexual, ya que al ser una pareja del mismo sexo, se les negó la posibilidad de casarse o de tener su relación reconocida de alguna otra manera por la ley. En este caso el Tribunal Europeo sostuvo que la relación de cohabitación entre personas del mismo sexo que viven en una sociedad de hecho estable encuadraría dentro de la noción de vida familiar, tal como sucedería en el caso de una pareja de distinto sexo en la misma situación. El Tribunal Europeo consideró que “es artificial mantener la opinión de que, en contraste con una pareja de diferente sexo, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de “vida familiar” a los efectos del Artículo 8. En consecuencia, la relación de los peticionarios, una pareja del mismo sexo cohabitando en una sociedad de hecho estable, encuadra dentro de la noción de “vida familiar”, así como [sucedería con] la relación de una pareja de distinto sexo en la misma situación.” Para llegar a esta conclusión el Tribunal realizó una interpretación evolutiva acerca de cómo desde 2001 se había dado una rápida evolución de las actitudes sociales en un gran número de Estados del Consejo de Europa con relación a parejas del mismo sexo ha dejado abierta la puerta para el reconocimiento de nuevos tipos de familia y su consecuente protección en un plano de igualdad por parte de la sociedad y el Estado. Véase, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*. Demanda No. 30141/04, 24 de junio de 2010, párr. 94.

⁴⁶⁵ CIDH, Informe No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio 2008, párr. 78.

Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, la Comisión ha sostenido que:

aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias⁴⁶⁶.

352. De acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Convención Americana, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 que las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ 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*, párr. 166. Citando, en general, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Berrehab c. los Países Bajos*, Ser. A No. 138, 11 E.H.R.R. 322 (1988) (la ejecución de la política nacional de inmigración no es suficiente para pasar por alto la necesidad del contacto entre padres e hijos); *Moustaquim c. Bélgica*, Ser. A No. 193, 13 E.H.R.R. 802 (1991) (la necesidad de proteger la seguridad pública en razón de actos criminales cometidos cuando el solicitante era menor de edad no permitió pasar por alto el hecho de que el solicitante había residido casi toda su vida en Francia y que toda su familia inmediata estaba en ese país); véase también, *Nasri c. France*, Ser. A No. 322-B (1995); *Beldjoudl c. France*, Ser. A No. 234-A (1992); *Chahal c. The United Kindom*, Reports 1996-v pág. 1831 (1996); *Gul c. Suiza*, 22 E.H.R.R. 93 (1996).

⁴⁶⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9 establece que:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

353. El Tribunal Europeo ha establecido que cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño.⁴⁶⁸ Además, este Tribunal ha sostenido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia⁴⁶⁹ y que, aun cuando los padres estén separados de sus hijos, la convivencia familiar debe estar garantizada⁴⁷⁰. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención Europea.⁴⁷¹ El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.
354. En el *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, la Comisión vinculó los derechos a la vida familiar y la vida privada con la inviolabilidad del domicilio (Artículos V y IX, respectivamente, de la Declaración Americana) y consideró que estos derechos tienen importantes implicaciones sobre la aplicación “permisible” de las leyes migratorias.⁴⁷² Una de estas implicaciones trata de la situación cuando un padre o madre migrante, documentado o indocumentado, es detenido por violaciones migratorias. La Comisión sostuvo que esa detención no puede, bajo ninguna circunstancia, ser usada como un factor para que se pierda la custodia legal sobre sus hijos.
355. Otras implicaciones tratan del proceso antes de adoptar cualquier decisión respecto de la detención o la deportación. La Comisión ha establecido que el interés superior del niño hijo de un migrante debe ser tomado en cuenta antes de

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

⁴⁶⁸ TEDH, *T y K c. Finlandia*, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 168; TEDH, *Scozzari y Giunta c. Italia*, Sentencia del 11 de julio de 2000, párr. 148; y TEDH, *Olsson c. Suecia* (No. 1), Sentencia del 24 de marzo de 1988, Series A No. 130, párr. 72.

⁴⁶⁹ TEDH, *Buchberger c. Austria*, Sentencia del 20 de diciembre de 2001, párr. 35; TEDH, *T y K c. Finlandia*, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 151; TEDH, *Elsholz c. Alemania*, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; TEDH, *Bronda c. Italia*, Sentencia del 9 de junio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 51; y TEDH, *Johansen c. Noruega*, Sentencia del 7 de agosto de 1996, Reports 1996-IV, párr. 52.

⁴⁷⁰ TEDH, *Ahmut c. Países Bajos*, Sentencia del 27 de noviembre de 1996, Reports 1996-VI, párr. 60; TEDH, *Gül c. Suiza*, Sentencia del 19 de febrero de 1996, Reports 1996-I, párr. 32; y Eur. Court H.R., *Berrehab c. Países Bajos*, Sentencia del 21 de junio de 1988, Series A No. 138, párr. 21.

⁴⁷¹ Inter alia, TEDH, *Buchberger c. Austria*, Sentencia del 20 de noviembre de 2001, párr. 35; TEDH, *Elsholz c. Alemania*, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; TEDH, *Case Bronda c. Italia*, Sentencia del 9 de junio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 51; y TEDH, *Johansen c. Noruega*, Sentencia del 7 de agosto de 1996, Reports 1996-III, para 52.

⁴⁷² Pues el objetivo principal de estos derechos es el de proteger a las personas de la interferencia arbitraria o innecesaria por parte del Estado. CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 97.

que una de tales decisiones sea adoptada. Además, requiere que el padre o madre reciba un adecuado debido proceso antes de que tal decisión sea ejecutada para que se determine su custodia respecto de su hijo o hija ciudadano del país en el que se encuentran⁴⁷³.

356. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana, al igual que otros órganos de protección de derechos humanos, han ampliado el umbral del principio y derecho de no devolución, para aplicarlo no solamente a solicitantes de asilo y refugiados, sino a cualquier persona en una situación similar a la de los refugiados, tal como sería el caso de los extranjeros que requieren de protección complementaria. Al hacerlo, la Comisión ha considerado que la deportación de un extranjero podría constituir una violación a otros derechos de dicha persona, tales como la prohibición de a ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes; la protección de la vida familiar; entre otros⁴⁷⁴.
357. Asimismo, la Comisión Interamericana ha considerado que si bien la deportación afecta directamente a la persona, también tiene consecuencias para su vida familiar.⁴⁷⁵ En el caso de Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros (Estados Unidos) la Comisión se refirió en profundidad acerca de los efectos que tienen las deportaciones sobre la vida familiar. Los señores Smith y Armendáriz eran residentes permanentes en Estados Unidos; ambos habían ingresado al país cuando eran niños y al momento en el que se iniciaron sus procedimientos de deportación estaban casados con ciudadanas estadounidenses, con las cuales tenían hijos e hijas también nacionales de dicho país. En el marco de sus procedimientos de deportación, no se permitió a los señores Smith y Armendáriz presentar una defensa razonable ante las instancias administrativas y judiciales. Tampoco fueron tenidas en cuenta consideraciones humanitarias, tales como el tiempo que habían residido legalmente en los Estados Unidos; sus vínculos familiares en ese país; el potencial perjuicio que se generaría para sus familiares a causa de la separación que se ocasionaría como consecuencia de su deportación; ni su falta de vínculos en sus países de origen, entre otras circunstancias.
358. Por su parte, el Estado argumentó que la prohibición a los ataques abusivos contra la vida familiar y el derecho a la protección de la familia sólo correspondían a las acciones del Estado que estuviesen dirigidas directamente a perjudicar la vida familiar y no a las “consecuencias secundarias”.⁴⁷⁶ En este sentido, la Comisión concluyó que dado que el hecho de que el Estado no hubiera oído la defensa humanitaria de los señores Smith y Armendáriz, ni hubiera considerado debidamente su derecho a una vida familiar y los mejores intereses de sus hijos en una base individualizada en sus procedimientos de expulsión, el Estado había

⁴⁷³ CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 98.

⁴⁷⁴ En este sentido, véase Cantor, David J., y Barichello, Stefania, “Protection of asylum seekers under the Inter-American Human Rights System”, en ABASS, Ademola e IPPOLITO, Francesca (Eds.), *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: An International Legal Perspective*. Ashgate: Surrey, pág. 282; Hathaway, James C., “Leveraging Asylum”, en: *Texas International Law Journal* Vol. 45, 2010, pág. 503.

⁴⁷⁵ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 48.

⁴⁷⁶ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 48.

violado sus derechos a la protección contra injerencias arbitrarias a la vida familiar, a la protección de la familia y a la protección de los niños.

359. En consecuencia, la CIDH consideró que, al no oír su defensa humanitaria y considerar debidamente su derecho a una vida familiar y los mejores intereses de sus hijos en una base individualizada en sus procedimientos de expulsión, el Estado ha violado los derechos de los señores Smith y Armendáriz, reconocidos en los artículos V, VI, y VII de la Declaración Americana.
360. En el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte consideró que el Estado violó el derecho a la protección a la familia, reconocido en el artículo 17.1 de la Convención, en relación con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos sin discriminación establecida en el artículo 1.1 de la Convención, debido a que:

La privación de libertad y expulsión del señor Gelin fueron actos que incumplieron el deber estatal de respetar los derechos convencionales sin discriminación, no se realizaron en el marco de un procedimiento migratorio de acuerdo a la normativa interna, ni se siguieron las garantías procesales mínimas exigidas por la ley interna ni las obligaciones internacionales del Estado (*supra* párrs. 213, 405 y 407). Por lo tanto, la medida ni persiguió un fin legítimo, ni se ajustó a los requerimientos previstos por la ley, lo cual hace innecesaria la ponderación entre la protección de la unidad familiar y la medida, y convierte la separación de Bersson Gelin de su hijo William Gelin en una separación familiar injustificada.⁴⁷⁷

361. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha reconocido que la expulsión o deportación de una persona de un país en donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar, tal como se encuentra garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo. El Tribunal Europeo ha señalado que en la medida en que una deportación pueda interferir en el derecho a la vida familiar, dicha medida deberá ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, justificada por una ingente necesidad social y proporcional al objetivo legítimo que se persigue⁴⁷⁸.
362. En este orden de ideas, el primer aspecto a analizar es la existencia de vida familiar. La vida familiar de una persona presupone la existencia de una familia. El

⁴⁷⁷ 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 No. 282, párr. 418.

⁴⁷⁸ TEDH, *C. vs. Bélgica*. 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627, párr. 31. Véase, TEDH, *Beldjoudi vs. Francia*. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86, párr. 74; TEDH, *Nasri vs. Francia*, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92, párr. 41; TEDH, *Boughanemi vs. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 41; TEDH, *Bouchelkia vs. Francia*, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28, párr. 48; TEDH, *Boudjaidii vs. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51, párr. 39; TEDH, *Boujlifa vs. Francia*, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54, párr. 42. En este sentido, véase, CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 54.

análisis del Tribunal Europeo se ha centrado en determinar la existencia y la naturaleza de la vida familiar de la persona en inmersa en el procedimiento de expulsión o deportación. Seguidamente procede a determinar si la deportación representa una injerencia a la vida familiar conforme a los requisitos establecidos en el artículo 8.2 del Convenio, es decir que: i) la medida esté prevista por la ley; ii) persiga alguno de los fines legítimos previstos (seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás); y iii) sea necesaria en una sociedad democrática. Sólo cuando la medida reúna todos estos requisitos se entenderá que la misma es legal y no arbitraria y que, por lo tanto, se encuentra de conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 del Convenio⁴⁷⁹.

363. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que de conformidad con el derecho internacional, un Estado tiene la facultad de expulsar un residente no nacional, con base en un legítimo interés; sin embargo, dicha facultad debe estar equilibrada a la luz de la debida consideración de los procedimientos de deportación con relación a las conexiones familiares del deportado y las penurias que la deportación puede causar en la familia⁴⁸⁰.
364. Algunos de los elementos que han considerado el Tribunal Europeo y el Comité de Derechos Humanos de la ONU a la hora de ponderar el derecho de una persona a permanecer en un Estado del que no es nacional con la facultad de un Estado a expulsarla son los siguientes: la edad que tenía el inmigrante no nacional cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente del inmigrante no nacional; los vínculos familiares del no nacional en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye la deportación del no nacional para su familia en el Estado recipiente; las contribuciones sociales del no nacional; el alcance de los vínculos del no nacional en su país de origen; la capacidad del no nacional para hablar los idiomas principales de su país de origen; el carácter y severidad del delito (o delitos) cometido(s) por el no nacional; la edad del no nacional en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que el no nacional tuvo actividad delincencial; pruebas de la rehabilitación del no nacional, con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados por el no nacional para obtener la nacionalidad en el Estado recipiente⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ TEDH, *C. vs. Bélgica*. 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627, párr. 31. Véase, TEDH, *Beldjoudi vs. Francia*. Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86, párr. 74; TEDH, *Nasri vs. Francia*, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92, párr. 41; TEDH, *Boughanemi vs. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 41; TEDH, *Bouchelkia vs. Francia*, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28, párr. 48; TEDH, *Boudjaidii vs. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51, párr. 39; TEDH, *Boujlifa vs. Francia*, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54, párr. 42. En este sentido, véase, CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 54.

⁴⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, *Stewart vs. Canadá*, Sentencia de Diciembre 1996, Comunicación No. 538/1993, párrafo 12.10.

⁴⁸¹ La Comisión observa que todos estos factores que están presentes en este caso, han sido considerados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el contexto de su Artículo 8, consideraciones del derecho a la familia) y el Comité de Derechos Humanos en sus deliberaciones sobre casos similares. Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Berrehab vs. Países Bajos*, Sentencia del 21 de junio de 1988, No.

365. Al respecto, la Comisión Interamericana ha señalado que “dichos elementos no conforman una lista exhaustiva ni unas consideraciones rígidas que deben ser abordadas en cada caso. El examen para balancearlos debe ser flexible respecto a los hechos específicos de cada caso individual.”⁴⁸² Además de estos factores, la Comisión ha destacado de manera particular que se debe tomar en consideración el mejor interés del niño durante los procedimientos de expulsión de los padres⁴⁸³.
366. La situación de los niños cuyos padres se encuentran en el marco de un proceso de deportación fue un aspecto al que la Comisión dedicó especial atención en la decisión del antes citado *Caso de Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros*. Al respecto la Comisión destacó que:

se debe tomar en consideración el mejor interés del niño durante los procedimientos de expulsión de los padres. El artículo VII de la Declaración Americana establece que “todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.” Como un componente de esta protección especial para los niños, en el contexto de los procedimientos legales que puedan impactar los derechos del niño a una vida familiar, se requiere que haya “protección especial” y que los procedimientos presten la debida consideración al mejor interés del niño.⁴⁸⁴

367. Tal como lo ha sostenido en diferentes informes, la Comisión enfatiza que, de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar que los procedimientos de expulsión de personas no nacionales deben tomar en consideración los mejores intereses de sus hijos, así como los derechos de la persona a una vida familiar. La Comisión estima que los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en los que la expulsión supondría un grave daño para la vida familiar de la persona a ser expulsada, así como de los miembros de su familia, en especial si entre estos se encuentran hijos menores de edad.

10730/84, párr. 23; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Moustaquim vs. Bélgica*, Sentencia de 19 de febrero de 1991, No. 12313/86; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Beldjoudi vs. Francia*, Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86; Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Nasri vs. Francia*, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Boughanemi vs. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párr. 32; Tribunal Europeo de Derechos Humanos *C. vs. Belgium*, 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bouchelkia vs. Francia*, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Boudjaidii vs. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Boujlifa vs. Francia*, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54; *Mehemi vs. Francia (No. 2)*, Sentencia de 10 de abril de 2003, No. 53470/99 (sect. 3)(bil.), TEDH 2003-IV; Comité de Derechos Humanos, *Stewart vs. Canadá*, Sentencia de diciembre de 1996, No. 538/1993, párr. 12.10; Comité de Derechos Humanos, *Winata vs. Australia*, 16 de agosto de 2001, No. 930/2000.

⁴⁸² CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 55.

⁴⁸³ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 56.

⁴⁸⁴ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párr. 55. Citando, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 62-77, 92-103.

368. Tanto la Comisión Interamericana como el Tribunal Europeo han reconocido que conforme al derecho internacional, en cualquier procedimiento de expulsión se debe considerar el mejor interés de los hijos de la persona que se encuentra sometida a tal procedimiento. De manera reiterada, el Tribunal Europeo ha señalado que el mejor interés y bienestar de los hijos menores de edad de un no nacional deben ser tomados en consideración en el marco del procedimiento de expulsión⁴⁸⁵.
369. Tal como sostuvo la Comisión en su *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, “el interés superior del niño hijo de un inmigrante debe ser tomado en cuenta al momento de adoptar cualquier decisión respecto de la detención o la deportación y, de ordenarse la deportación, antes de que esta sea ejecutada el padre o madre debe recibir un adecuado debido proceso para que se determine su custodia respecto de su hija o hijo ciudadano de Estados Unidos.”⁴⁸⁶ La Comisión Interamericana considera que un juicio de ponderación es el único mecanismo que se puede utilizar para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos de la persona como las necesidades fijadas por el Estado⁴⁸⁷.
370. La Corte reiteró que en los procesos de expulsión en que se encuentren involucrados niñas y niños, el Estado debe observar además de las garantías ofrecidas a toda persona, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. En este sentido, cualquier decisión de un órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada⁴⁸⁸.
371. En este orden de ideas, la Corte ha considerado que los Estados deben analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a: a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de

⁴⁸⁵ Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Maslov vs. Austria*, Sentencia de 23 de junio de 2008, No. 1638/03, párr. 82, citando Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Üner vs. Países Bajos*, Sentencia de 18 de octubre de 2006, No. 46410/99, párr. 58.

⁴⁸⁶ CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 98.

⁴⁸⁷ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010, párrs. 48-60.

⁴⁸⁸ Corte IDH. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párrs. 153, 275 y 281.

ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger⁴⁸⁹.

372. Las obligaciones internacionales del Estado destacadas por la Comisión en el caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana* son las siguientes: adoptar las medidas necesarias que tomen en cuenta el interés superior del niño, garantizar su derecho a ser escuchados, proteger su derecho a la identidad, asegurar la protección de los niños y niñas en su territorio, proporcionarles un ambiente que les proteja de la violencia y del abuso, y permitir su acceso a servicios y bienes esenciales de una forma tal que contribuya al desarrollo completa e integral de su personalidad y de su proyecto de vida⁴⁹⁰.
373. En el *Caso de la Familia Pacheco Tineo*, la Comisión también planteó que el artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho adicional y complementario, establecido para brindar una protección especial para quienes la necesitan en su desarrollo físico y emocional. Por lo tanto, los niños son en titulares de los derechos humanos que correspondan a todas las personas como de aquellos especiales derivados de su condición, a los que correspondan deberes específicos de la familia, la sociedad, y el Estado⁴⁹¹.
374. Al vincular la titularidad de los niños a medidas especiales, la Comisión también reiteró que como un corolario de este análisis: “todo procedimiento que pueda conllevar a la expulsión de un niño del país en el que se encuentra a su país de origen o a un tercer país, debe estar orientada a la salvaguarda del interés superior del niño”⁴⁹². En el caso de la Familia Pacheco Tineo, la Comisión concluyó que el Estado boliviano no había cumplido con estas normas y que era “evidente” que la situación especial de los niños no fue considerado en el marco de las determinaciones, por lo que había violado el artículo 19.⁴⁹³
375. En este sentido, las características propias de las expulsiones colectivas, tales como la forma indiscriminada y sumaria con las que se llevan a cabo, representan un impedimento para que las autoridades estatales puedan considerar las necesidades especiales de protección de las niñas y niños. Por lo tanto, cuando la ejecución de una expulsión colectiva conlleva la expulsión de niñas y niños,

⁴⁸⁹ Corte IDH. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 279; y 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 No. 282, párr. 357.

⁴⁹⁰ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros vs. República Dominicana*, Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 321.

⁴⁹¹ CIDH, Informe 136/11, Caso 12.474, *Familia Pacheco Tineo* (Bolivia). Informe de Fondo, 31 de octubre de 2011, párr. 173.

⁴⁹² CIDH, Informe 136/11, Caso 12.474, *Familia Pacheco Tineo* (Bolivia). Informe de Fondo, 31 de octubre de 2011, párr. 174.

⁴⁹³ CIDH, Informe 136/11, Caso 12.474, *Familia Pacheco Tineo* (Bolivia). Informe de Fondo, 31 de octubre de 2011, párr. 175 (refiriéndose a la descripción fáctica del caso, y las acciones realizadas por las autoridades bolivianas, entre otras las practicas humillantes, insultos, y golpes que fueron sujetos los padres en frente de sus tres hijos menores; el manejo de toda la familia de forma violenta; y por no considerar a los niños sujetos propios del derecho).

también se genera una violación a las obligaciones establecidas en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CAPÍTULO 9
EL DERECHO A NO SER SUJETO A
PENAS O TRATOS CRUELES,
INHUMANOS O DEGRADANTES
COMO RESULTADO DE UN
PROCEDIMIENTO DE
DEPORTACIÓN

EL DERECHO A NO SER SUJETO A PENAS O TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES COMO RESULTADO DE UN PROCEDIMIENTO DE DEPORTACIÓN

A. Alcance y contenido

376. La Comisión Interamericana se pronunció en 2008 sobre el caso de Andrea Mortlock, que trataba de la deportación de una una ciudadana jamaquina residente permanente de los Estados Unidos,, que padecía de VIH/SIDA. Conforme al diagnóstico aportado por los peticionarios, en el caso de que se negaran los referidos medicamentos, se podría originar la muerte de la señora Mortlock. Además, la Comisión concluyó que si la señora Mortlock hubiese sido deportada a Jamaica, no habría recibido el tratamiento especializado que requería para sobrevivir; también concluyó que no habría tenido redes de apoyo por haber vivido 30 años en Estados Unidos, y que habría sufrido discriminación⁴⁹⁴.
377. Sin perjuicio de que bajo el derecho internacional, los Estados miembros tienen derecho a controlar el ingreso, residencia, y expulsión de extranjeros, la CIDH reiteró la obligación de los Estados miembros de tomar en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas en el ejercicio del derecho a expulsar a extranjeros.⁴⁹⁵ A continuación la CIDH reafirmó que la política de inmigración de un Estado miembro debe contener las siguientes garantías: una decisión individual; debido proceso; respeto al derecho a la vida, la integridad física y mental, y a la familia; medios especiales de protección para menores de edad; y que la ejecución de la expulsión no debe “dar lugar a un tratamiento cruel, infamante, e inhumano”⁴⁹⁶. Por lo tanto, la CIDH centró su determinación legal final en un análisis fáctico sobre el e riesgo real de que la expulsión de la peticionaria quebraría su derecho al debido proceso de la ley y a la preservación de su salud, a la luz de la más actualizada información sobre el estado

⁴⁹⁴ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 21 y 74.

⁴⁹⁵ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 78.

⁴⁹⁶ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 78.

de salud de Andrea Mortlock, el tratamiento médico disponible en Jamaica, y la situación familiar de la presunta víctima en dicho país⁴⁹⁷.

378. A pesar de que el caso trataba de temas sustantivos de la salud, puesto que no le fue negada acceso a cuidado médico en los Estados Unidos, la Comisión no encontró una violación a la salud.⁴⁹⁸ Sin embargo, al considerar la deportación como un procedimiento administrativo regido por protecciones del debido proceso, la CIDH nuevamente determinó que el artículo XXVI (derecho a un proceso regular que contiene la garantía de la no imposición de penas crueles, infamantes, o inusitadas) es aplicable a todos los procesos⁴⁹⁹. Por lo anterior, la CIDH concluyó que al ser deportada, la peticionaria sufriría una violación a este derecho: “Expulsar [a Andrea Mortlock] a Jamaica con conocimiento de su régimen actual de atención de la salud y del nivel insuficiente de ese país para acceder a una atención similar para quienes contrajeron el VIH/SIDA sería violatorio de los derechos de [ella] e implicaría sentenciarla *de facto* a un prolongado sufrimiento y a una muerte innecesariamente prematura”⁵⁰⁰.

379. Cabe mencionar que, en casos donde el derecho a la salud puede ser vulnerado tras la expulsión de la persona, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emplea la prueba de “excepcionalidad” a las circunstancias fácticas de cada caso. La prueba se basa en tres factores: la afección médica actual del apelante (en etapa avanzada o terminal); la disponibilidad de apoyo en el país de retorno (presencia de familiares o amigos); y la disponibilidad de atención médica en ese país⁵⁰¹. Dirigiéndose a la incomodidad provocada por el concepto de que los Estados tengan que brindar atención médica indefinida a personas como Andrea Mortlock⁵⁰² debido a que la atención médica en otros países es de menor calidad, la CIDH citó al Tribunal Europeo, que ha sostenido sistemáticamente que “el hecho de que las circunstancias de un peticionario serían menos favorables que las que goza

⁴⁹⁷ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 79.

⁴⁹⁸ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 95.

⁴⁹⁹ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 83 (citando su *Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc 5 rev. 1 corr. (2002)*, párr. 401). Según la CIDH, “negar a una alegada víctima la protección del artículo XXVI simplemente en virtud de la naturaleza de los procedimientos de inmigración contradiría el objeto mismo de esta disposición y su propósito de examinar de cerca los procedimientos mediante los cuales se establecen los derechos, las libertades y el bienestar de las personas bajo la jurisdicción del Estado”.

⁵⁰⁰ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 74.

⁵⁰¹ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 87. Para que las circunstancias sean “muy excepcionales,” habría que demostrar que la situación médica del peticionario ha llegado a una etapa tan crítica que surgen fundamentos humanitarios superiores para no expulsar a la persona a un lugar que no tenga los servicios médicos y sociales que necesitará para evitarle un grave sufrimiento en su agonía. Véase TEDH, *Amegnigan c Países Bajos* (dec.), No. 25629/04, 2004; *Ndangonya c. Suecia* (dec.), No. 1786/03; TEDH, *Henao c. Países Bajos* (dec.), No. 13669/03, 2003; TEDH, *Bensaid c. Reino Unido*, No. 44599/98, 2001.

⁵⁰² Ella fue condenada penalmente en Estados Unidos por la venta ilegal de una sustancia controlada (cocaína) y posteriormente a hurto menor. Véase CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 39.

en el Estado expulsor no puede considerarse decisivo desde el punto de vista del artículo 3 de la Convención Europea”⁵⁰³. Ante la consideración de la aplicación de esta prueba al caso a mano, la Comisión razonó:

Pese a estas dificultades, debe emplearse algún tipo de prueba “excepcional” para evaluar las consecuencias que enfrenta el deportado en esas circunstancias, a la luz de las protecciones establecidas por el artículo XXVI de la Declaración Americana. En lugar de procurar que se establezca una prueba legal estricta sobre la aplicabilidad del artículo XI [el derecho a la preservación de la salud y al bienestar] —cuando Andrea Mortlock por lo demás perdió legalmente el derecho a permanecer en el Estado— la Comisión Interamericana cree que en este caso debe subrayarse la aplicación del artículo XXVI. La consideración de la posibilidad de que se haya violado el artículo XXVI permite que la CIDH determine si de las medidas del Estado resultará una pena inusitada. Esto es congruente con la necesidad de establecer “circunstancias excepcionales” antes de que la implementación de la decisión de expulsar a la peticionaria pueda considerarse violatoria del artículo XXVI, habida cuenta de fundamentos humanitarios superiores⁵⁰⁴.

380. La Comisión Interamericana 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.⁵⁰⁵ Por tales fundamentos, la Comisión recomendó a Estados Unidos que se abstuviera de deportar a la señora Andrea Mortlock a Jamaica⁵⁰⁶.

⁵⁰³ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 88. Artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que “Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

⁵⁰⁴ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 89.

⁵⁰⁵ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 94.

⁵⁰⁶ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párr. 102.1.

CAPÍTULO 10

EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES EN LA DETENCIÓN MIGRATORIA

EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES EN LA DETENCIÓN MIGRATORIA

A. *Garantías procesales específicas en el marco de la detención migratoria*

381. Como consideración preliminar, la Comisión enfatiza que los migrantes en situación irregular no son criminales. El hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular en un país —ya sea porque ingresó sin la documentación requerida evadiendo los puertos de entrada autorizados, porque ingresó con documentación fraudulenta, o porque ingresó con la documentación requerida pero permaneció más allá del tiempo que tenía autorizado— no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado, tal como podría ser atentar contra la vida o integridad de una persona o sustraer bienes del Estado.
382. En el contexto de la migración internacional hay diversas situaciones en que las personas migrantes, en situación regular o irregular, son privadas de su libertad. No obstante, la Comisión considera relevante destacar que la violación de leyes migratorias nunca puede ser *per se* equiparable a la violación de las leyes penales, como para que la primera respuesta que den los Estados frente a la migración irregular sea la detención. En esencia, la migración en situación irregular constituye una violación a una norma de carácter administrativo, que no debe ser entendida como un delito penal.
383. Con base en el principio de excepcionalidad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, la aplicación de medidas privativas de la libertad debe ser limitada a aquellas situaciones que afectan bienes jurídicos fundamentales. Las múltiples afectaciones que genera la privación de la libertad sobre los derechos de las personas demuestran porque éstas son medidas a las que los Estados sólo pueden recurrir como una *ultima ratio*. Sin embargo, tal como ya lo señalara la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Migrantes, la principal medida con la que países de tránsito y destino, entre los cuales se encuentran países con altos niveles de desarrollo, buscan desalentar la migración irregular es a través de la detención migratoria,⁵⁰⁷ que representa una forma de criminalización de la migración.

⁵⁰⁷ CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 106.

384. Una vez que se dispone la detención administrativa de un migrante en el marco de un procedimiento migratorio, ya sea por su situación irregular o por haber infringido los términos mediante los cuales podía residir legalmente, su situación en muchos casos es peor que la de las personas privadas de libertad por haber infringido la ley penal. Lo anterior se refleja en el hecho de que además de ser privados de libertad por haber infringido una norma administrativa, algo que a criterio de la Comisión no representa un bien jurídico fundamental que amerite *per se* la privación de la libertad, muchas de las estaciones migratorias en las que son detenidos no cuentan con las condiciones mínimas que debe tener un lugar de detención. Esto se ve agravado aún más porque en muchos casos los procedimientos migratorios se rigen principalmente por la discrecionalidad de las autoridades estatales. En efecto, a pesar de no haber cometido ningún delito, los migrantes en muchos casos ni siquiera cuentan con garantías básicas del debido proceso que protejan sus derechos de arbitrariedades por parte de las autoridades.
385. La detención migratoria suele recibir distintas denominaciones, tales como: alojamiento, internamiento, aseguramiento, retención, albergue, entre otras. Al respecto, la Comisión ha definido la privación de la libertad en los siguientes términos:

[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.⁵⁰⁸

386. Más allá de la forma en que se denomine a la detención migratoria, toda medida que impida a una persona migrante disponer libremente de su libertad ambulatoria constituye una detención y por ende debe respetar las garantías que se derivan del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana y en los artículos I y XXV de la Declaración Americana.

⁵⁰⁸ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas*. Disposición General. La Comisión ha señalado que dada la amplitud del anterior concepto, los siguientes principios y buenas prácticas se podrán invocar y aplicar, según cada caso, dependiendo de si se trata de personas privadas de libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección.

387. El artículo 7 de la Convención Americana reconoce el derecho a la libertad personal en los siguientes términos⁵⁰⁹:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

(...)

388. El derecho a la libertad personal y el derecho a la protección contra la detención arbitraria había sido reconocido previamente en los artículos I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El artículo I dispone que:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁵⁰⁹

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias reconoce en su artículo 16 (1) y (4) los derechos a la libertad personal y a la protección contra la detención ilegal y arbitraria.

389. Por su parte, el artículo XXV de la Declaración Americana establece que:

Nadie puede ser privado de su libertad sino en casos y según formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

390. La CIDH se pronunció sobre el uso de la detención migratoria en el *caso de Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, relativo a la excesiva duración de la detención y la ausencia de mecanismos adecuados para revisar la legalidad de la detención de 335 personas, de los cerca de 3.000 cubanos que se estimaba habían sido detenidos, por haber ingresado de forma irregular a los Estados Unidos en la “Flotilla Libertad” del Mariel, la cual llegó desde Cuba a costas de los Estados Unidos en 1980. Las víctimas fueron puestas en detención administrativa en razón de su condición migratoria de “extranjeros excluibles”, la cual se derivaba del hecho de que prácticamente ninguno de los cubanos del Mariel contaba con la documentación adecuada para residir en Estados Unidos. Algunos fueron detenidos durante años, a pesar de padecer graves problemas mentales.

391. Si bien en circunstancias normales los “extranjeros excluibles” serían devueltos a su país de origen, esto no era posible dado que el Gobierno de Cuba se había negado a aceptar el regreso de los cubanos del Mariel. En dicho caso, la Comisión Interamericana desarrolló el principio de la excepcionalidad de la detención migratoria al sostener que el hecho de que la legislación interna no reconociera el derecho de las víctimas a permanecer en libertad a favor de las víctimas contravenía lo dispuesto en el artículo I de la Declaración Americana, que reconoce el derecho a la libertad de toda persona humana. En conclusión, la Comisión sostuvo que se debía partir de una presunción de libertad y no de una presunción de detención, en donde la detención migratoria fuese la excepción y se justificase sólo cuando fuese legal y no arbitraria.⁵¹⁰ Entre otras consideraciones, la Comisión señaló que:

[I]a Comisión considera que la legislación interna en base a la cual se detuvo a los peticionarios, conforme se ha descrito antes, es en esencia la antítesis de las protecciones prescritas en los artículos I [Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona] y XXV [Derecho de protección contra la detención arbitraria] de la Declaración pues no reconoce ningún derecho a la

⁵¹⁰ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párrs. 216-219.

libertad de parte de los peticionarios pese a su presencia física dentro del territorio del Estado. En efecto, prescribe una presunción de detención y no una presunción de libertad y es, por tanto, incompatible con el objetivo y el propósito de los artículos I y XXV de la Declaración, a saber, garantizar la libertad del individuo, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por el Estado como legales y no arbitrarias. En consecuencia, la Comisión considera que el tratamiento de los peticionarios al amparo de la legislación interna es *per se* incongruente con su derecho a la libertad consagrado en el artículo I de la Declaración y con su derecho a no ser privados arbitrariamente de la libertad, consagrado en el artículo XXV de la Declaración⁵¹¹.

392. En este mismo sentido, en su *Informe sobre Inmigración en los Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, la Comisión estableció que:

para satisfacer las garantías contenidas en los artículos I y XXV de la Declaración Americana, los Estados Miembros deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad —el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios— y no de una presunción de detención. La detención únicamente es permisible cuando, después de llevar a cabo una evaluación individualizada, se considera que es una medida necesaria para dar cumplimiento a un interés legítimo del Estado, como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación. El argumento de que la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, sólo es aceptable en circunstancias excepcionales en las cuales existan serios indicios del riesgo que representa una persona. La sola existencia de antecedentes penales no es suficiente para sustentar la detención de un inmigrante una vez ha cumplido la condena penal. En todo caso, se deben explicar las circunstancias particulares por las cuales se considera ese riesgo. Las razones que sustentan la procedencia de la detención deben ser claramente establecidas en la correspondiente decisión⁵¹².

⁵¹¹ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párr. 219.

⁵¹² CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 39. Citando, CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párrs. 219, 221 y 242; también véase, CIDH, *Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III (2) (2008). El Principio III de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece la siguiente premisa desde la cual se debe partir: “Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.” Asimismo, el Principio III señala que “La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de

393. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, a partir del precedente fijado en el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, también ha hecho énfasis en que la detención migratoria nunca debe tener una finalidad punitiva. En este orden de ideas, la Corte señaló que:

[e]n una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal — exige que los Estados recurran a la privación de libertad sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad⁵¹³.

394. Acorde con lo señalado por la Corte, para que la privación de la libertad por motivos migratorios no devenga arbitraria, la detención debe cumplir con los requisitos de estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional. En mayor detalle, la Corte sostuvo que:

sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta

legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática”.

⁵¹³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 182.

a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención⁵¹⁴.

395. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante “CERD”) ha sido enfático en que la detención de migrantes en situación irregular y solicitantes de asilo debe ser una medida de último recurso y ha invitado a los Estados a adoptar medidas alternativas a la detención para estas personas.⁵¹⁵ En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias ha señalado que si bien la detención migratoria no es *per se* arbitraria, como en aquellos casos en que migrantes intentan ingresar de forma irregular y ante la necesidad de las autoridades competentes de realizar controles de identidad y una evaluación inicial migratoria se puede justificar la detención temporal de los extranjeros en situación ilegal, sobre todo si no están dispuestos a cooperar con las autoridades y si es probable que huyan. Sin embargo, cualquier privación de libertad debe ser proporcional a los objetivos perseguidos y un justo equilibrio debe ser alcanzado entre intereses contrapuestos: por una parte, el interés del Estado de aplicar su política migratoria, y por la otra parte, el derecho fundamental a la libertad de los migrantes que ingresan en situación irregular.⁵¹⁶
396. Por otra parte, la falta de un estatuto legal o de documentación en muchos casos lleva a que los Estados detengan de forma indefinida a las personas que se encuentran en situación de apatridia. Tanto los apátridas *de jure* y *de facto* suelen ser detenidos hasta tanto se les define su estatus legal, situación que tiene mayor relevancia cuando se trata de niños por su mayor nivel de vulnerabilidad. De acuerdo con el derecho internacional la detención de los apátridas es contraria al derecho internacional. Al respecto es importante tener en cuenta lo que ha señalado ACNUR en el sentido de que “[s]er apátrida y por lo tanto no tener un país a quien se le pueda solicitar la emisión de un documento de viaje, no debe conducir a la detención indefinida. La apatridia no puede ser obstáculo a la libertad”⁵¹⁷. Además de que la apatridia no puede ser un obstáculo para la liberación, el uso de la falta de nacionalidad como motivo automático para la detención iría en contra de los principios de no discriminación.
397. Otra forma de detención migratoria que la Comisión ha rechazado de manera categórica es la privación de libertad que se impone en algunos países de la región a aquellos migrantes que una vez que son deportados o repatriados de vuelta a su país, ya sea porque las autoridades no cuentan con información acerca de los antecedentes penales de las personas deportadas y que por tanto son detenidos ante la sospecha de que se puedan dedicar a delinquir⁵¹⁸ o porque la legislación

⁵¹⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 166.

⁵¹⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales: Bahamas*. CERD/C/64/CO/1, 28 de abril de 2004, párr. 17.

⁵¹⁶ Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión sobre Derechos Humanos, *Informe sobre el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: Visita a Australia*. UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.2, 24 de octubre de 2002, párr. 12.

⁵¹⁷ ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, directriz 9. Disponible en: [Consultada el 7 de octubre de 2011].

⁵¹⁸ Véase, entre otros, CIDH, *¿Haití: Justicia frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional*. OEA/Ser/L/V/II.123, Doc.6 rev. 1, 26 de octubre de 2005, párrs. 211-214.

penal establece que quien salga del territorio nacional o realice actos tendientes a salir del territorio sin cumplir con las formalidades legales será sancionado con prisión una vez que regresa a su país.⁵¹⁹ La Comisión ha considerado que este tipo de detenciones es inaceptable e incompatible con el derecho de todas las personas a salir libremente de su país, reconocido por el artículo 22.5 de la Convención Americana y el artículo VIII de la Declaración Americana. Por lo general, este tipo de detenciones está sujeta a un alto nivel de discrecionalidad por parte de las autoridades, sin que se le permita a las personas impugnar o solicitar la revisión de la detención.

398. En este orden de ideas, la Comisión considera que la detención de los solicitantes de asilo, refugiados, solicitantes y beneficiarios de protección complementaria y apátridas debe ser una medida excepcional de último recurso, a la cual solo pueden recurrir las autoridades en los casos prescritos por la legislación nacional; y asimismo debe ser compatible con las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos. Al ser una medida excepcional, las autoridades solo podrán recurrir a la detención tras haber determinado que esta medida cumple con los siguientes requisitos: 1) necesidad, 2) razonabilidad y 3) proporcionalidad. Lo anterior implica que la detención migratoria sólo sería necesaria en un caso individual si su utilización es razonable y si es proporcional con los objetivos que pretende alcanzar. En caso de que se determine su necesidad, la detención no debería ser discriminatoria y se debería imponer por el menor tiempo que sea posible⁵²⁰.
399. Asimismo, de conformidad con lo establecido por el artículo 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tal como ha sido sostenido por la Comisión, el Estado tiene la obligación de informar al afectado de las causas o razones de la detención⁵²¹. Sobre el artículo 7.4 de la Convención, la Corte Interamericana ha considerado que “se deben analizar los hechos bajo el derecho interno y la normativa convencional, puesto que la información de los ‘motivos y razones’ de la detención debe darse ‘cuando ésta se produce’ y dado que el derecho contenido en

⁵¹⁹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capítulo IV. Cuba*. OEA.Ser.L/V/II. Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo de 2011, párrs. 369 y 366-374. En Cuba el derecho de residencia y tránsito no se encuentra amparado constitucionalmente, lo cual constituye una carencia incompatible con las garantías del sistema regional de derechos humanos. Mas aún, de conformidad con el artículo 216 inciso 1) del Código Penal de Cuba se establece que quien salga del territorio nacional o realice actos tendientes a salir del territorio sin cumplir con las formalidades legales incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas. El Artículo 216 del Código Penal de Cuba, Capítulo XI, Sección Segunda. El inciso 2 del mismo artículo señala que “Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años”. El inciso 3 establece que “Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella”.

⁵²⁰ ACNUR, Directrices del ACNUR sobre los Criterios y Estándares Aplicables con Respecto a la Detención de Solicitantes de Asilo. 26 de febrero de 1999, Directriz 3.

⁵²¹ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México), Caso 11.610, 13 de abril de 1999, párr. 39; y CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, *Caso 12.525, Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto de 2009, párrs. 46-47.

aquella norma implica dos obligaciones: a) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y b) la notificación por escrito de los cargos⁵²².

400. En aras de darle alcance y contenido a esta obligación en el marco de la detención migratoria, la Comisión estima que los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para que los migrantes detenidos cuenten con información suficiente acerca de la naturaleza de su detención, las razones de esta, las garantías procesales que les cobijan, así como acerca de los recursos con los que cuentan para recurrir o impugnar la detención. Dado que en algunos casos los migrantes no hablan el idioma del Estado en que se encuentran, es de suma relevancia que la información sobre los motivos de su detención les sea proveída de forma que la puedan comprender plenamente, para lo cual es necesario que se haga en un idioma que comprendan, y teniendo en cuenta tanto su nivel educativo como el hecho de que la asesoría legal es necesaria para que comprendan la situación en la que se encuentran⁵²³.
401. La Corte Interamericana ha determinado que la falta de información a un migrante sobre su derecho a comunicarse con el consulado de su país y la falta de acceso efectivo a la asistencia consular como un componente del derecho a la defensa y del debido proceso, resulta contraria a las obligaciones contenidas en los artículos 7.4, 8.1 y 8.2.d de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de esta⁵²⁴.
402. Por su parte, el derecho reconocido en el artículo 7.5 de la Convención Americana implica que los Estados partes tienen la obligación de que todo migrante que sea detenido debe “ser llevado” sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer el control judicial de la detención. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que para satisfacer esta exigencia del artículo 7.5, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oírlo personalmente y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad⁵²⁵.
403. En lo que atiene al derecho a recurrir la legalidad de la detención contenido en el artículo 7.6 convencional, la Comisión ha considerado que el hecho de que una persona no nacional sea detenida y deportada sin que se le garantice su derecho a recurrir ante un órgano jurisdiccional competente a fin de obtener una decisión

⁵²² Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251, párr. 132. Asimismo, Cfr. O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 10.

⁵²³ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 449.

⁵²⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párr. 160.

⁵²⁵ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párr. 109.

rápida sobre la legalidad de su detención representa una violación al derecho a la libertad personal⁵²⁶.

404. En consideración de la excepcionalidad de la detención migratoria, su duración debe ser por el tiempo mínimo necesario.⁵²⁷ La Comisión concuerda con el Comité contra la Tortura al expresar su preocupación respecto a la falta de limitación de la duración de la detención administrativa de extranjeros y señalar que en ningún caso esta podrá ser indefinida.⁵²⁸ Teniendo en cuenta los efectos que la privación de la libertad puede tener sobre la integridad personal de los detenidos, la Comisión considera que cuando la duración de la detención es excesiva o indeterminada, inexorablemente tiene un efecto sobre la integridad personal y puede llegar a constituir un trato cruel, inhumano o degradante⁵²⁹.
405. En resumen, y de conformidad con la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano sobre el derecho a la libertad personal, la Comisión ha señalado que los siguientes estándares se deben aplicar en materia de detención migratoria: i) la detención migratoria debe ser la excepción y no la regla; ii) el hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular no constituye per se razón suficiente para decretar la detención migratoria de una persona, bajo la presunción de que esta no cumplirá con los fines legítimos del proceso; iii) los fines legítimos y permisibles de la detención migratoria deben tener carácter procesal, tales como asegurar la comparecencia del migrante al procedimiento de determinación de su situación migratoria o para garantizar la aplicación de una orden de deportación; iv) aun cuando hubiera fines procesales, se requiere que la detención migratoria sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; vi) la detención migratoria debe decretarse por el menor tiempo que proceda para cumplir el fin procesal, lo que a su vez implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a la detención; y vii) el mantenimiento de la detención migratoria por un plazo irrazonable hace que la detención devenga en arbitraria⁵³⁰.

⁵²⁶ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México), Caso 11.610, 13 de abril de 1999, párr. 40; CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 449.

⁵²⁷ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III.1.

⁵²⁸ Véase, CAT, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Costa Rica*. CAT/C/CRI/CO/2, 7 de julio de 2008, párr. 10; CAT, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Suecia*. CAT/C/SWE/CO/5, 4 de junio de 2008, párr. 12.

⁵²⁹ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 454.

⁵³⁰ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 458.

B. Principio de la no detención de niños, niñas y adolescentes migrantes

406. Respecto al principio de la no detención, la Comisión ha manifestado que comparte la posición de los diversos organismos internacionales que han expresado que los niños y niñas migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, como principio general, nunca deberían ser detenidos⁵³¹. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta no podrá justificarse solamente en razón de que el niño o niña esté solo o separado de su familia, ni por su condición de migrante o residente⁵³².
407. Por su parte, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que conforme con el artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño⁵³³ y del principio del interés superior del niño, los niños no acompañados o separados de su familia no deberán ser privados de libertad por causas relacionadas con la migración.⁵³⁴ En este mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, quien ha sostenido que la detención de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior⁵³⁵. Asimismo, el Relator Especial sostuvo que los Estados tienen la obligación adoptar medidas alternativas al internamiento y establecer por vía legal que éstas deben aplicarse de forma prioritaria respecto al internamiento⁵³⁶.

⁵³¹ Véase, CIDH, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*, párr. 74.

⁵³² ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 61. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo*, E/CN.4/1999/63/Add. 3, pág. 37.

⁵³³ La Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 37 establece que:

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

⁵³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 61

⁵³⁵ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 62.

⁵³⁶ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-61.

408. En su *Opinión Consultiva sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, la Corte Interamericana estableció y desarrolló el principio de la no detención migratoria de niñas y niños. Al respecto, la Corte sostuvo que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales. Asimismo, la Corte estimó que el principio de última ratio de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito de los procedimientos migratorios⁵³⁷.
409. A juicio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño⁵³⁸.

C. Condiciones de detención

410. Durante sus visitas a países, la Relatoría sobre Derechos de los Migrantes de la CIDH ha observado con preocupación que, en términos generales, las instalaciones y el trato a las personas detenidas en las estaciones migratorias no cumplen con los estándares internacionales sobre la materia. Por ejemplo, los cuartos de los migrantes no cuentan con una adecuada circulación de aire, en lugar de ventanas tienen pequeñas rendijas que dificulta la entrada de luz y se utilizan rejas, similares a las de las prisiones, para dividir los espacios de habitación. Asimismo, la Relatoría ha constatado prácticas como el encierro bajo llave de los migrantes durante horas de la noche y la utilización en algunos casos de celdas de castigo⁵³⁹.
411. Tal como se señaló previamente, la detención migratoria así debe ser en principio, una medida excepcional. Sin embargo, en el caso excepcional de que no sea posible la aplicación de una medida alternativa a la detención, las personas migrantes podrán ser ubicadas en centros de detención, por el tiempo más corto posible,

⁵³⁷ 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 No. 21, párr. 150.

⁵³⁸ 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 No. 21, párrs. 156-160.

⁵³⁹ Véase, por ejemplo, CIDH, *Observaciones Preliminares de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH a México*, Anexo al Comunicado de Prensa 82/11, pág. 6.

como un último recurso y con la finalidad de brindarles atención y alojamiento conforme a la noción de protección integral⁵⁴⁰.

412. Al referirse a las condiciones de detención a las que fue sometido el señor Jesús Vélez Loor como consecuencia de una infracción de carácter migratorio en Panamá, la Corte Interamericana concluyó que los Estados están obligados a “adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas, para garantizar no sólo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no resulta un efecto colateral de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes”⁵⁴¹.
413. El 13 de febrero de 2015, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de las personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road, en Bahamas. La solicitud de medidas cautelares alegaron que las personas beneficiarias se encontrarían en una presunta situación de riesgo porque estarían detenidas en condiciones inhumanas, en presunto hacinamiento extremo y no estarían recibiendo una adecuada atención médica, lo cual podría afectar sus derechos a la vida y la integridad. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho, la Comisión consideró que la información, en principio, demuestra que las personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road se encuentran en una situación de gravedad y urgencia, puesto que su vida e integridad personal se encontrarían en riesgo⁵⁴².
414. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 25 de su Reglamento, la Comisión solicitó al Estado de Las Bahamas que adopte las medidas necesarias para preservar la vida e integridad personal de las personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road. Lo anterior incluye proporcionar las condiciones de higiene y los tratamientos médicos adecuados, de acuerdo con sus respectivas condiciones médicas. La Comisión también solicitó al Estado adoptar, según las normas internacionales, las medidas necesarias para hacer frente a la situación especial de los menores no acompañados en estado de detención; garantizar que los beneficiarios dispongan de asistencia legal; y tomar medidas inmediatas para reducir sustancialmente el hacinamiento en el Centro de Detención Carmichael Road. Asimismo, la CIDH solicitó investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de estas medidas cautelares a fin de evitar su repetición; y garantizar que las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones

⁵⁴⁰ La Comisión ha sostenido que la Convención sobre los Derechos del Niño implica un cambio sustancial respecto de la manera de tratar el tema de la infancia. Esta transformación se conoce como la sustitución de la ‘doctrina de la situación irregular’ por la ‘doctrina de la protección integral’, que en otros términos significa pasar de una concepción de los ‘menores’ como objeto de tutela y protección, a considerarlos como sujetos plenos de derecho. CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11.

⁵⁴¹ Corte IDH. *Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 209.

⁵⁴² CIDH, MC 535/14. *Personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road, Bahamas*. 13 de febrero de 2015.

internacionales pertinentes tengan acceso al Centro de Detención Carmichael Road con el fin de supervisar las condiciones de detención⁵⁴³.

415. En su *Opinión Consultiva sobre los Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte Interamericana estableció que en caso que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria, la Corte recordó la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin⁵⁴⁴.
416. Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad.

⁵⁴³ CIDH, MC 535/14. *Personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road, Bahamas*. 13 de febrero de 2015.

⁵⁴⁴ 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 No. 21, párr. 150.

CAPÍTULO 11

EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO

EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO

A. Alcance y contenido

417. El derecho al asilo fue específicamente codificado por medio de tratados de carácter regional, iniciando con el Tratado de derecho penal internacional en 1889, hasta llegar a la adopción de la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas en 1954⁵⁴⁵. La adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos ha derivado en lo que comúnmente se ha denominado como “la tradición latinoamericana del asilo”⁵⁴⁶.
418. En la región, el concepto tradicional del asilo evolucionó con el desarrollo normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 incluyó el derecho al asilo en su Artículo XXVII⁵⁴⁷, en que se reconoce el derecho individual de buscar y recibir asilo en las Américas. Este desarrollo fue seguido a ámbito universal con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual el “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, fue explícitamente reconocido en el artículo 14. A partir de ese momento, el asilo se empezó a codificar en instrumentos de derechos humanos y no sólo en tratados de naturaleza netamente interestatal.
419. Posteriormente, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante “Convención de 1951”) fue aprobada para tratar la situación de los refugiados como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y, por lo tanto, pone un gran énfasis en la prohibición de devolución y el derecho de asimilación⁵⁴⁸. Su Protocolo de 1967 amplió la aplicabilidad de la Convención de 1951, al eliminar las

⁵⁴⁵ Hasta la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas de 1954, el término “asilo” se utilizó exclusivamente para referirse a la modalidad específica del asilo “político” o “diplomático” (en legaciones diplomáticas en el extranjero), mientras que el término “refugio político” se refirió a la protección otorgada en el territorio del Estado; esto parcialmente explica la dicotomía “asilo-refugio” y sus implicaciones para la protección de refugiados.

⁵⁴⁶ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 137 (citando parte escrita de la declaración pericial de Juan Carlos Murillo presentada el 29 de marzo de 2013).

⁵⁴⁷ “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

⁵⁴⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas.

restricciones geográficas y temporales que habían limitado su aplicación a personas desplazadas en dicho contexto.

420. Los dos tratados son importantes por tratarse de los primeros instrumentos del ámbito mundial que regulan específicamente el trato debido a quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por una ruptura con su país de origen. Aunque la Convención de 1951 no establece el derecho al asilo como un derecho de manera explícita, se considera incorporado de manera implícita en su texto, que menciona la definición de refugiado, la protección contra el principio de no devolución y un catálogo de derechos a los que tienen acceso los refugiados. Es decir, en esos tratados se enuncian los principios básicos sobre los cuales se asienta la protección internacional de los refugiados,⁵⁴⁹ su situación jurídica y sus derechos y deberes en el país de asilo, así como asuntos relativos a la implementación de los respectivos instrumentos⁵⁵⁰.

421. De conformidad con el artículo 1 de la Convención de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que:

1. debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas,
2. se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país,
3. o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

422. Por su parte, en 1969 el derecho de toda persona a buscar y recibir asilo fue reconocido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, que establece que:

Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación nacional y los convenios internacionales.

423. En vista de los anteriores instrumentos y en consonancia con el artículo 29.b) de la Convención Americana, a efectos de interpretar y dar aplicación más específica a la normativa convencional para determinar los alcances de las obligaciones estatales,

⁵⁴⁹ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 139 (citando parte escrita de la declaración pericial de Juan Carlos Murillo presentada el 29 de marzo de 2013).

⁵⁵⁰ Cfr. Oficina del ACNUR, Manual de procedimientos y criterios para la determinación del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de refugiado (reeditado, Ginebra, 1992), págs. 4-5.

la Comisión y la Corte han tomado en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR.

B. El derecho a ingresar y presentar una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado

424. Según ha establecido la Comisión, el artículo XXVII de la Declaración Americana (derecho de asilo) contiene dos criterios de orden acumulativo que deben ser satisfechos⁵⁵¹. El primer criterio es que el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero debe "...ser de acuerdo con la legislación de cada país [donde se procura el asilo]...". El segundo, es que el derecho de buscar asilo en territorio extranjero debe ser "...de acuerdo con los convenios internacionales"⁵⁵². En lo que se refiere a los "convenios internacionales", la Comisión señaló la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. De estos convenios, la Comisión hizo mención de que en la Convención se definen ciertos criterios para calificar a una persona como "refugiado", y que la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si cumple con lo previsto en la Convención⁵⁵³.
425. El primer caso de la Comisión en esta materia —los *Refugiados Políticos Haitianos* (República Dominicana)— es de 1967, y fue compuesto de dos casos que fueron acumulados, pues ambos peticionarios eran refugiados políticos haitianos que estuvieron detenidos en República Dominicana.⁵⁵⁴ Después de una serie de comunicaciones e intercambios entre la Comisión y el Estado dominicano sin resultados positivos, la Comisión decidió archivar el caso luego de que el ACNUR informara que los antecedentes disponibles en dicha Oficina hasta abril de 1970 revelaban lo siguiente: 1) las autoridades competentes de la República Dominicana habían puesto en libertad a los refugiados políticos que se encontraban en su territorio, sin insistir en que los mismos hayan de salir del país; 2) los haitianos refugiados en su territorio podrían solicitar la emigración libremente ante la

⁵⁵¹ "La Comisión observa que el artículo 22(7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada veintiún años después que la Declaración Americana, contiene una redacción similar a la del artículo XXVII de esta última, que dice: "Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales." CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas - Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 154.

⁵⁵² CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 151.

⁵⁵³ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 155.

⁵⁵⁴ CIDH, Comunicaciones No. 1526 y 1545, *Refugiados Políticos Haitianos (República Dominicana)*, 15 de abril y 27 de julio de 1967.

Oficina del Alto Comisionado; y 3) los únicos casos de haitianos que pudieran estar detenidos en ese país lo serían por delitos comunes.⁵⁵⁵

426. Asimismo, la Comisión destaca el emblemático *Caso de la Interdicción Haitiana vs. Estados Unidos* (también conocido como el caso de los *Haitian Boat People*). En este caso, 43 nacionales haitianos fueron devueltos a Haití en mayo de 1990 cuando su embarcación fue interceptada en alta mar por la Guardia Costera de los Estados Unidos. Muchas de estas personas alegaron tener un temor de ser perseguidas por el gobierno si fueran regresadas, y a pesar de promesas hechas por el gobierno haitiano (en un canje diplomático) de que las personas devueltas no serían castigadas por dejar a Haití, al ser regresadas, estas personas fueron rutinariamente detenidas.⁵⁵⁶ El caso de los *Haitian Boat People* llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, que dictaminó que los haitianos interceptados por los Estados Unidos en alta mar no tenían el derecho de ingresar a los Estados Unidos o de evitar su repatriación a Haití, aunque fueran refugiados según las disposiciones de la Convención de Refugiados de 1951 y de la legislación de los Estados Unidos⁵⁵⁷. Además, la Corte Suprema declaró que, de acuerdo con las leyes nacionales de Estados Unidos, los haitianos y otros refugiados que hayan logrado llegar a las costas de dicho país tienen el derecho de buscar asilo conforme a la ley de Estados Unidos, pero que no era obligatorio concederle⁵⁵⁸.

427. Los peticionarios en el caso declararon ante la Comisión que la autoridad del Presidente de los Estados Unidos de devolver a un extranjero de los puntos de entrada al país no lo faculta para interceptar y regresar en forma sumaria refugiados que están lejos del territorio de los Estados Unidos y que no necesariamente se dirigen a él. Alegaron que su programa de interdicción ha tenido como efecto impedir que los haitianos ingresen a las Bahamas, Jamaica, Cuba, México, y las Islas Caimán, entre otros. Su declaración no fue disputada ni impugnada por el Gobierno de Estados Unidos. En esta línea, la Comisión observó que durante el período de interceptación, los refugiados haitianos sí ejercieron su derecho a buscar y recibir asilo en otros territorios extranjeros como la República Dominicana, Jamaica, Bahamas, Cuba (que concedió asilo a 3.851 haitianos durante 1992), Venezuela, Suriname, Honduras, Islas Turcos y Caicos, y otros países latinoamericanos⁵⁵⁹.

428. Por todo lo expuesto, en el caso mencionado la Comisión determinó que Estados Unidos interceptó a refugiados haitianos en alta mar y los repatrió sumariamente a

⁵⁵⁵ CIDH, Comunicaciones No. 1526 y 1545, *Refugiados Políticos Haitianos (República Dominicana)*, 15 de abril y 27 de julio de 1967.

⁵⁵⁶ CIDH, Informe de Admisibilidad No. 28/93, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de octubre de 1993, párr. 3.

⁵⁵⁷ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 159 (citando Sale, Director Interino del Servicio de Inmigración y Naturalización, Et. Al. v. Haitian Centers Council, INC., Et. Al., No. 92-344, que fue dictaminado el 21 de junio de 1993).

⁵⁵⁸ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 159.

⁵⁵⁹ CIDH, Informe de Admisibilidad No. 28/93, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de octubre de 1993.

Haití sin hacer un examen adecuado de su estado ni concederles una entrevista para determinar si reunían los requisitos de "refugiados". Al encontrar además que se había satisfecho la prueba del doble criterio sobre el derecho de "buscar" y "recibir" asilo en "territorio extranjero" conforme al artículo XXVII⁵⁶⁰ de la Declaración Americana, la Comisión determinó que Estados Unidos violó dicho artículo por haberlos interceptado y repatriado sumariamente, y por haberles impedido a ejercer su derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero.⁵⁶¹

C. Garantías procesales en el marco de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiados

429. El *Caso de la Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* es de suma relevancia con relación a las garantías judiciales en el marco de los procedimientos de determinación de la condición de refugiados. El caso trata sobre la devolución de la familia Pacheco Tineo a Perú el 24 de febrero de 2001 como consecuencia del rechazo de la solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia. Los hechos indican que la familia Pacheco Tineo, compuesta por Rumaldo Juan Pacheco Osco, su esposa Fredesvinda Tineo Godos, y sus tres hijos, ingresó a Bolivia el 19 de febrero de 2001. Las autoridades de migración tomaron nota de su situación irregular y dispusieron medidas con miras a la expulsión a Perú, el país de nacionalidad de los miembros de la familia. Rumaldo Juan Pacheco Osco solicitó al Estado de Bolivia el reconocimiento del estatuto de refugiado para todos los miembros de su familia debido a que de ser devueltos a Perú les colocarían en una situación de riesgo. Su solicitud fue resuelta desfavorablemente en un par de horas. La CONARE tomó conocimiento y dio trámite, en reunión, a la comunicación de CEB-ACNUR como una "solicitud de refugio", sin dar audiencia a los miembros de la familia Pacheco Tineo. Tampoco consta que tal decisión les fuera debidamente notificada⁵⁶². Al respecto, en su informe sobre el fondo de dicho caso, la Comisión sostuvo que:

De acuerdo a la jurisprudencia constante de los órganos del sistema interamericano, las garantías del debido proceso no se limitan a los recursos judiciales sino que aplican a todas las instancias procesales incluyendo [] los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado así como todo procedimiento que pueda culminar con la expulsión o deportación de una persona. Desde esta perspectiva, el objeto y fin de las protecciones establecidas en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana establecen ciertas especificidades

⁵⁶⁰ De acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

⁵⁶¹ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 163.

⁵⁶² Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 166.

en la satisfacción del derecho a las garantías del debido proceso en el marco de procedimientos relativos al alcance de dichas normas⁵⁶³.

430. El *Caso de la Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* fue el primero en la materia sometido a la Corte Interamericana. La posición sostenida por la Comisión sobre el asunto fue adoptada por la Corte, que estableció lo siguiente en su sentencia:

El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo⁵⁶⁴.

431. Asimismo, la Corte indicó que el derecho de buscar y recibir asilo y a no ser devuelto en esas circunstancias, establecidos en el artículo 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado, o en su caso, que puedan derivar de la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado⁵⁶⁵.

432. A este fin, la Corte pronunció en el *Caso de la Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención y tomando en cuenta las directivas y criterios de ACNUR, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana⁵⁶⁶ y en otros instrumentos internacionales aplicables. En específico, la Corte definió las siguientes obligaciones para los Estados⁵⁶⁷:

1. deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias⁵⁶⁸, incluyendo los servicios de un intérprete competente⁵⁶⁹, así como,

⁵⁶³ CIDH, Informe No. 136/11, Caso 12.474, *Familia Pacheco Tineo* (Bolivia). Informe de Fondo. 31 de octubre de 2011, párr. 133.

⁵⁶⁴ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 154.

⁵⁶⁵ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 155.

⁵⁶⁶ Mutatis mutandi Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 126 y 127, y Corte IDH *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, párr. 175.

⁵⁶⁷ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 159.

⁵⁶⁸ Mutatis mutandi, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párr. 154; y *Caso López*

en su caso, el acceso a asesoría y representación legal⁵⁷⁰, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse⁵⁷¹, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR⁵⁷²;

2. la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada⁵⁷³, lo cual requiere la realización de una entrevista personal⁵⁷⁴;

Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 117. Véase también: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

569 Mutatis mutandi, *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 195. Véase también: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005 pág. 3.

570 Mutatis mutandi, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 62, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Párr. 155. Véase también: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

571 Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.ii.

572 Cfr. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.iv.

573 Cfr., mutatis mutandi, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 77, y Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 130. Véase también: Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.iii. En este sentido, resulta relevante lo señalado por el perito Ceriani en cuanto a que “las personas solicitantes de asilo pueden estar sometidas simultáneamente a procedimientos relativos tanto a su petición de la condición de refugiado como a su situación migratoria. En numerosas ocasiones, los derechos de [...] solicitantes de asilo, y por ende, su adecuada protección, están determinados por procesos y decisiones de índole migratoria. Asimismo, la categorización de una persona como migrante, solicitante de asilo o refugiada, puede depender por un lado, del alcance e interpretación de la normativa internacional a través de la legislación y la práctica de cada país y, por el otro, las circunstancias de cada caso pueden hacer que las distinciones formales entre una y otra categoría sean tan borrosas como inadecuadas. De la misma manera, en la práctica, procedimientos migratorios y de asilo pueden estar estrechamente vinculados [...] lo que podría derivar [...] en el agravamiento de esos peligros como consecuencia de un rechazo en frontera o una medida de expulsión. Pero también, porque en numerosas ocasiones, la denegación de una solicitud de asilo, deriva en una condición migratoria irregular, lo cual lleva a un procedimiento migratorio (de residencia o, según la legislación y prácticas de cada país, de expulsión). En cualquier caso, debe siempre primar el criterio de aplicación más protector de la persona migrante, según el principio pro persona”. Declaración pericial rendida el 12 de marzo de 2013 por Pablo Ceriani (Expediente de prueba, folios 1275 y 1276).

574 Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005, párr. 4, y Manual y directrices sobre 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, reedición, Ginebra, diciembre de 2011, párrs. 196 a 199 y 205. b. i.

3. las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa⁵⁷⁵;
4. con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad⁵⁷⁶;
5. si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada⁵⁷⁷; y
6. el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada⁵⁷⁸.

433. En la sentencia del *Caso de la Familia Pacheco Tineo*, la Corte también indicó que los Estados pueden establecer “procedimientos acelerados”⁵⁷⁹ para resolver

⁵⁷⁵ Cfr., mutatis mutandi, *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, párr. 118, y *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, Párr. 141. Véase también: Manual y directrices sobre 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, reedición, Ginebra, diciembre de 2011, párrs. 29, 203 y 204; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Mejorando los procedimientos de asilo: Análisis comparativo y recomendaciones para el Derecho y Práctica - Principales conclusiones y recomendaciones. Un proyecto de investigación de ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva de Procedimientos de Asilo en Determinados Estados Miembros, marzo 2010, pág. 18, párr. 30; y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables, 2 de septiembre de 2005, párrs. 8 y 9.

⁵⁷⁶ Cfr., ACNUR. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional. EC/GC/01/12. 31 de mayo de 2001, párr. 50.M. Ver también, Guidelines on international protection No. 5: Caso of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, párr. 5.

⁵⁷⁷ Véase, Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 179, y *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255, párr. 98. Véase también: Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.vi: “Si el solicitante no es reconocido, se le debe dar un tiempo razonable para apelar para una reconsideración formal de la decisión, ya sea a la misma o a otra autoridad, ya sea administrativa o judicial, de acuerdo con el sistema dominante.”. Del mismo modo: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Mejorando los procedimientos de asilo: Análisis comparativo y recomendaciones para el Derecho y Práctica - Principales conclusiones y recomendaciones. Un proyecto de investigación de ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva de Procedimientos de Asilo en Determinados Estados Miembros, marzo 2010, pág.89.

⁵⁷⁸ Véase, Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Determinación del estatuto de refugiado, No. 8 (XXVIII) (1977), párr. e.vii.

⁵⁷⁹ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional, 31 de mayo de 2001, párr. 30.

solicitudes que sean “manifiestamente infundadas y abusivas”⁵⁸⁰, las cuales tienen necesidad de protección internacional. No obstante, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en esos procedimientos acelerados, la Corte, adoptando los estándares emitidos por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, enumeró varias garantías mínimas que las autoridades deben respetar cuando tiene que ver con este tipo de solicitudes, entre ellas:

1. asegurar la oportunidad para el solicitante de tener una entrevista personal completa con un funcionario competente y, en la medida de lo posible, con un funcionario de la autoridad competente para determinar la condición de refugiado;
 2. la determinación del carácter manifiestamente infundado o abusivo por la autoridad normalmente competente para determinar la condición de refugiado; y
 3. la posibilidad de que la decisión negativa sea examinada, aún mediante un procedimiento más simplificado, antes de ser rechazado en la frontera o de ser expulsado del territorio por la fuerza⁵⁸¹.
434. En el caso mencionado, la autoridad correspondiente no adoptó su decisión con motivo de que la solicitud fuera “manifiestamente infundada” ni hizo constar, en su caso, las razones por las cuales hubiese llegado a tal conclusión, por lo que la Corte rechazó la defensa del Estado, al no haber sido una determinación efectivamente realizada por ese órgano al momento de resolver⁵⁸².
435. La Corte también ha dado contenido a este derecho a través de la OC-21/14, en la que indica que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo⁵⁸³ y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición de refugiado una interpretación que

⁵⁸⁰ Definidas como “aquellas que son claramente fraudulentas o que no guardan relación con los criterios para la concesión de la condición de refugiado establecidos en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 ni con otro criterio que justifique la concesión de asilo”. Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, No. 30 (XXXIV) (1983) párr. d.

⁵⁸¹ Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, No. 30 (XXXIV) (1983) párr. e.

⁵⁸² Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 172.

⁵⁸³ Según ACNUR, incluso a una corta edad el niño puede ser considerado el solicitante de asilo principal. *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 8.

tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños. En este sentido ha indicado que⁵⁸⁴:

Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1⁵⁸⁵ y 2⁵⁸⁶ de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar⁵⁸⁷. Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de

⁵⁸⁴ 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 No. 21, párr. 80

⁵⁸⁵ A la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Esto es, son exigibles por todas las niñas y niños, sean solicitantes de asilo, refugiados o migrantes, independientemente de su nacionalidad o condición de apátrida, de su situación de niña o niño no acompañado o separado de la familia, y de su estatus migratorio o el de su familia. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párrs. 12 y 18.

⁵⁸⁶ Por su parte, el artículo 2 de la Convención impone a los Estados parte la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos reconocidos en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. Cfr. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; y Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179.

⁵⁸⁷ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 225. Véase, en general, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Normas procedimentales para la determinación de la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR, estatuto derivado de refugiado*. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párrs. 8 y 9.

las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸

Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 139, citando TEDH, *Caso Jabari vs. Turquía*, No. 40035/98. Sentencia de 11 de julio de 2000, párrs. 48 a 50.

CAPÍTULO 12

EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

A. Alcance y contenido

436. El principio de no devolución (*non-refoulement*) está establecido en la Convención Americana en el artículo 22(8), según el cual “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.” El principio de no devolución implica que “Ningún Estado Contratante podrá expulsar ni devolver de manera alguna a un refugiado a un territorio dentro de cuyas fronteras su vida o libertad puedan correr peligro en virtud de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política”, de la manera estipulada en el artículo 33(1) de la Convención de 1951.
437. Las dos normas, leídas en conjunto, implican que una persona no puede ser rechazada en la frontera o expulsada de otro país sin un análisis adecuado e individualizado de su petición.⁵⁸⁹ Adicionalmente, antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando.⁵⁹⁰ Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo cuando hubiera posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual pueda ser retornada al país donde sufren dicho riesgo (“devolución indirecta”).
438. El principio de *non-refoulement* ha sido denominado la “piedra angular de la protección de los refugiados”⁵⁹¹, la cual se aplica aun si éstos no hayan sido admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente. En virtud de la complementariedad entre el Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de no devolución es aplicado de forma más amplia en ambos

⁵⁸⁹ 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*, párr. 111.

⁵⁹⁰ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 153.

⁵⁹¹ El principio de la no devolución ha sido caracterizado también por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como un “principio cardinal” de la protección de los refugiados, lo cual “alienta a los Estados redoblar sus esfuerzos para proteger los derechos de los refugiados”. Ver Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados aprobadas por el Comité Ejecutivo. 1991 (42 período de sesiones del Comité Ejecutivo) No. 65 (XLII) Conclusiones generales, párr. c.

su sentido y alcance en el SIDH⁵⁹². No sólo constituye la “piedra angular de protección” sino también una norma consuetudinaria de Derecho Internacional⁵⁹³, reforzado por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo.

439. En su *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de la Determinación de la Condición de Refugiado*, la Comisión Interamericana sostuvo que: “La prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”⁵⁹⁴.
440. La Comisión también ha determinado que el principio de no devolución se aplica extraterritorialmente. Si bien la Declaración Americana no contiene una provisión específica sobre la no devolución, la Comisión ha encontrado en varias oportunidades que otros derechos fundamentales prohíben la devolución o expulsión donde este acto puede conducir a la violación de estos derechos. En el Caso *Personas Haitianas* (Estados Unidos)⁵⁹⁵, la Comisión llegó a la conclusión de que Estados Unidos había violado el principio de la no devolución tras basarse en la segunda parte del artículo XXVII (“derecho a asilo”) de la Declaración Americana (“... de acuerdo con los convenios internacionales”). La Comisión comenzó por señalar que el artículo 22(7) de la Convención Americana, aprobada 21 años después de la Declaración Americana, contiene una redacción similar a la del artículo XXVII de la última. La Comisión luego hizo referencia a los convenios internacionales pertinentes que son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Estados Unidos es parte solamente del Protocolo⁵⁹⁶, pero éste ratifica las disposiciones contenidas en artículos 2 a 34 de la Convención, y elimina la fecha límite que se habían legislado para el 1 de enero de 1951⁵⁹⁷. Dentro de la Convención de 1951 y de acuerdo a lo anteriormente expuesto, artículo 33(1) de ella consagra el principio de no devolución (*non-refoulement*).
441. La Comisión observó que las leyes de inmigración de Estados Unidos no contravinieron los principios establecidos en los convenios internacionales; sin

⁵⁹² En adición al numeral 8 en artículo 22 de la Convención, el principio de la no devolución también se ve reesforzado y protegido bajo el artículo 5(2) (no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos, o degradantes) de la misma.

⁵⁹³ La Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en su párrafo 4 indica: “Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional”.

⁵⁹⁴ 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*, párrafo 25 (28 de febrero de 2000).

⁵⁹⁵ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas - Haitian Boat People* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.

⁵⁹⁶ ACNUR, *Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967*.

⁵⁹⁷ Véase la introducción y el artículo 1, Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (“Protocolo de 1967”).

embargo, la aplicación sumaria y sin un análisis individual constituyó una violación, en la medida en que obstaculizó a los peticionarios el ejercicio de buscar el derecho a asilo “en territorio extranjero”⁵⁹⁸. Asimismo, la devolución de los peticionarios a Haití constituyó violación de otros derechos humanos de los peticionarios, como los derechos a la vida y a la seguridad personal. En cuanto al derecho a la vida, la CIDH expresó lo siguiente:

La Comisión ha tomado nota del argumento de los peticionarios de que al exponer a los refugiados haitianos a un peligro de muerte auténtico y previsible, la política de interceptación del Gobierno de Estados Unidos ha violado claramente su derecho a la vida, protegido por el artículo I. La Comisión ha tomado nota asimismo de la jurisprudencia internacional que prevé que si un Estado extradita a una persona en su ámbito de jurisdicción y si, como consecuencia, existe un peligro real, conforme al Convenio, de que sus derechos vayan a verse violados en otra jurisdicción, el propio Estado puede estar violando el Convenio⁵⁹⁹.

442. Por otra parte, el derecho a la seguridad de la persona comprende "el goce legal e ininterrumpido de la vida de una persona, de sus extremidades, su cuerpo, su salud y su reputación"⁶⁰⁰. En su informe de fondo sobre el referido caso, la CIDH expresó que la evidencia presentada por los peticionarios era “apremiante” y “muestra que la seguridad de las personas de los haitianos identificados, y de los no identificados, que fueron repatriados a Haití contra su voluntad, fue violada cuando regresaron al país”⁶⁰¹. Respecto a la violación de este derecho, la Comisión concluyó que la acción del Gobierno de Estados Unidos al “interceptar haitianos en alta mar, transbordarlos a embarcaciones de su jurisdicción y devolverlos a Haití, exponiéndolos a actos de brutalidad en manos de los militares haitianos y sus

⁵⁹⁸ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 163.

⁵⁹⁹ Véase *Soering c. Reino Unido*, 161 Eur. Ct. H.R. (ser.A) (1989). El Tribunal Europeo interpretaba el Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que disponía que: "Nadie será sometido a tortura o a tratamiento o castigo inhumano o degradante." El Tribunal sostuvo que "las partes firmantes [no están absueltas] de responsabilidad conforme al Artículo 3 en relación con todas las consecuencias previsibles de la extradición que se sufran fuera de su jurisdicción. Id. en par. 83, 86 (énfasis añadido). Véase también N.g. contra Canadá, Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1994, en 203, donde el Comité siguió el razonamiento del caso *Soering* al interpretar el Artículo 7 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. En ambos casos, buscaban la extradición los estados peticionarios en los que los acusados estaban condenados a muerte por asesinato. En *Soering*, el Tribunal Europeo decidió que el "fenómeno de la condena a muerte" en Estados Unidos violaba el Artículo 3, y en el caso de N.g., la muerte por cámara de gas violaría el Artículo 7 del Convenio sobre Derechos Políticos y Civiles, que es similar al Artículo 3.

⁶⁰⁰ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 170 (citando *Black's Law Dictionary*, 1523. Véase también 1 Bl.Comm.129. *Sanderson v. Hunt*, 7 S.W. 179, 25 Ky.L.Rep. 626).

⁶⁰¹ CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 170.

partidarios,” constituyó una violación del derecho a la seguridad de los refugiados haitianos⁶⁰².

443. Otro caso importante en este ámbito es el *Caso John Doe y otros* (Canadá) que trata los cambios a una política de inmigración conocida como devolución directa (“*direct-back policy*”), según la cual los solicitantes de la condición de refugiado que ingresaran a Canadá a través de un punto fronterizo con los Estados Unidos eran devueltos de forma inmediata a Estados Unidos, si Canadá no podía procesar sus solicitudes y sin ninguna otra consideración inmediata de sus pedidos.
444. Con base en las evidencias presentadas por las partes, la Comisión determinó que la política de devolución directa tuvo un efecto en la expulsión de los John Does sin ofrecerles el debido proceso para impugnar su expulsión, como lo requiere el artículo XVIII de la Declaración Americana. Las devoluciones directas fueron diseñadas para postergar el debido proceso de los John Does con el componente adicional de expulsarlos del Canadá durante el período intermedio. Como el Estado no obtuvo garantías de que se permitiría a los John Does retornar para su debido proceso, su expulsión tuvo el efecto de denegarles la oportunidad a cualquier procedimiento para ser oídos y defenderse su presencia continua en Canadá.⁶⁰³
445. Por su parte, en el *Caso de la Familia Pacheco Tineo*, la Corte también destacó la obligación estatal de no devolución indirecta, es decir que no deben devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a un Estado desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo⁶⁰⁴.
446. Como señaló la Corte en este caso, “independientemente de la decisión desfavorable respecto de la solicitud de asilo en Bolivia,” la autoridad migratoria que dispuso la expulsión de la familia tenía la obligación de efectuar una determinación motivada sobre la procedencia de la causal de expulsión, así como del país al que correspondía trasladar a la familia, de acuerdo con las particularidades del caso⁶⁰⁵. En conclusión, la Corte concluyó que la manera y los términos en que fue resuelta y ejecutada la expulsión al país de origen de los miembros de la familia Pacheco Tineo “resulta incompatible con el derecho de buscar y recibir asilo y con el principio de no devolución” bajo los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana⁶⁰⁶.

⁶⁰² Se encontró una violación al derecho a la seguridad de la persona para la mayoría de las víctimas pero no todas. CIDH, Informe de Fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Personas Haitianas -Haitian Boat People-* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997, párr. 171.

⁶⁰³ CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, *John Doe* (Canadá), 21 de julio de 2011, párr. 116.

⁶⁰⁴ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 153.

⁶⁰⁵ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 183.

⁶⁰⁶ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 189.

B. Garantías diplomáticas en procedimientos de extradición

447. En el Sistema Interamericano sólo hay un antecedente específicamente relacionado con la recepción y valoración de garantías diplomáticas o de otra índole sobre la no aplicación de la pena de muerte o tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se trata del *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, presentado por la CIDH a la Corte el 30 de octubre de 2013, y decidido por ésta en junio de 2015, en el que se alegó la violación en su perjuicio de derechos consagrados en la Convención Americana por parte del Estado peruano, en el marco de su detención en Perú desde octubre de 2008 y el proceso de extradición iniciado por la República Popular China.
448. En el *Caso Wong Ho Wing* la Comisión Interamericana expresó que las garantías relativas a uno u otro aspecto pueden tener distintas características, o los elementos de análisis sobre su suficiencia pueden variar, debido a la diferencia entre otorgar una garantía respecto de un hecho que en el Estado solicitante de la extradición es legal (pena de muerte) pero que se compromete a no realizar, y otorgar una garantía respecto de un hecho respecto del cual existe un consenso internacional en cuanto a su prohibición absoluta y no tiene carácter legal en el Estado solicitante (tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes).⁶⁰⁷
449. Esta distinción fue caracterizada por parte de la Corte Suprema de Canadá en el caso *Manickavasagam Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada* en los siguientes términos:

Debe efectuarse una distinción entre las garantías dadas por un Estado en el sentido de que no aplicará la pena de muerte (mediante un proceso legal), y las garantías dadas por un Estado en el sentido de que no aplicará tortura (un proceso ilegal). Hacemos mención a la dificultad de confiar fuertemente en las garantías de un Estado de que no aplicará tortura, cuando ha incurrido en tortura o permitido que otros cometan tortura en su territorio en el pasado. Esta dificultad se agudiza en casos en los cuales la tortura es inflingida no sólo con el apoyo sino además por la impotencia del Estado en controlar el comportamiento de sus funcionarios. Por ende, la necesidad de distinguir entre garantías relacionadas con la pena de muerte, de las garantías relacionadas con la tortura. Las primeras son más fáciles de monitorear y por lo general son más confiables que las segundas⁶⁰⁸.

450. La Comisión coincide, en principio, con esta distinción. Sin embargo, la misma no implica que las garantías relacionadas con la no aplicación de la pena de muerte no

⁶⁰⁷ CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing (Perú)*. Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013.

⁶⁰⁸ Supreme Court of Canada. *Manickavasagam Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration y the Attorney General of Canada (Suresh v. Canada)*, 2002, SCC 1. File No. 27790, de enero de 11, 2002, párr. 124.

deban ser analizadas de manera individualizada y cumplir con unos requisitos específicos a fin de que sean consideradas confiables. Además, en casos como el de Wong Ho Wing, en que se presentan alegatos sobre la aplicación de la pena de muerte de manera sumaria, secreta, arbitraria y sin acceso a la información o perspectivas reales de monitoreo en el Estado solicitante, así como sobre la aplicación de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Comisión considera necesario efectuar el análisis tomando en cuenta los estándares definidos por otros tribunales y organismos internacionales como relevantes en la materia. Dichos estándares se recapitulan a continuación.

451. La Corte Interamericana se pronunció respecto al tema de las garantías diplomáticas en la sentencia de fondo del *Caso Wong Ho Wing vs. Perú* en Junio de 2015⁶⁰⁹, al hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que:

al evaluar las garantías diplomáticas se debe examinar la calidad de dichas garantías y su confiabilidad. En el caso *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo sistematizó algunos de los factores que son relevantes al momento de evaluar la calidad y confiabilidad de las garantías diplomáticas:

- i. El hecho de que los términos de las garantías que le hayan sido comunicados o no [a la Corte]
- ii. El carácter, bien sea preciso, bien sea general y vago de las garantías diplomáticas
- iii. El autor de las garantías y su capacidad, o no, de comprometer al Estado de acogida
- iv. En los casos en que las garantías diplomáticas han sido ofrecidas por el Gobierno central del Estado de acogida, la probabilidad de que las autoridades locales las cumplan
- v. El carácter legal o ilegal en el Estado de acogida de los tratamientos respecto de los cuales las garantías diplomáticas han sido dadas
- vi. El hecho de que procedan, o no, de un Estado contratante
- vii. La duración y la fuerza de las relaciones bilaterales entre el Estado de envío y el Estado de acogida, incluida la actitud anterior del Estado de acogida frente a garantías similares

⁶⁰⁹

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 180.

- viii. La posibilidad, o no, de verificar objetivamente el cumplimiento de las garantías ofrecidas mediante mecanismos diplomáticos u otros mecanismos de control, incluida la posibilidad ilimitada de reunirse con los abogados del demandante
 - ix. La existencia, o no, de un verdadero sistema de protección contra la tortura en el Estado de acogida y la voluntad de este Estado de cooperar con los mecanismos internacionales de control (entre las que se encuentran las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos), de investigar las denuncias de tortura y de sancionar a los autores de tales actos
 - x. El hecho de que el autor haya, o no, sido maltratado en el Estado de acogida
 - xi. El examen o la ausencia de examen por los Tribunales internos del Estado de partida [y/o] del Estado contratante de la fiabilidad de las garantías diplomáticas⁶¹⁰.
452. Citando el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nizomkhon Dzhurayev c. Rusia*, No. 31890/11, la Corte resaltó que “en los casos en que han sido otorgadas garantías por el Estado requirente, esas garantías constituyen un factor relevante adicional que el Tribunal debe considerar. Sin embargo, las garantías no son suficientes en sí mismas para asegurar una protección adecuada contra el riesgo de maltratos. Existe la obligación de determinar si esas garantías ofrecen, en su aplicación práctica, seguridad suficiente de que el peticionario estaría protegido contra el riesgo de maltrato”⁶¹¹.
453. En el ámbito de las garantías relacionadas con la no aplicación de la pena de muerte, en el caso *Harkins and Edwards c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró el estándar en el sentido de que las garantías diplomáticas deben ser claras, suficientes e inequívocas para remover todo riesgo en el sentido de que los peticionarios pueden ser sentenciados a muerte en caso de ser extraditados. Este caso en particular fue declarado inadmisibile porque el Tribunal Europeo encontró que las garantías otorgadas por Estados Unidos cumplían con dichas garantías. En ese sentido, el Tribunal Europeo indicó que dicho país tenía una larga historia de respeto por la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho⁶¹². En palabras del Tribunal Europeo en este caso, citando el caso *Ahmad and others c. Reino Unido*:

⁶¹⁰ Corte IDH. *Wong Ho Wing Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 180.

⁶¹¹ Corte IDH. *Wong Ho Wing Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 178.

⁶¹² TEDH. *Harkins y Edwards c. Reino Unido*. Sentencia del 17 de enero de 2012.

La Corte recuerda su pronunciamiento en el caso *Ahmad y otros c. Reino Unido* (...) en el sentido de que, en casos de extradición, las notas diplomáticas constituyen un medio estándar para que el Estado requirente provea las garantías que el Estado requerido considere necesarias para consentir la extradición. En el caso *Ahmad y otros*, la Corte también reconoció que, en relaciones internacionales, las notas diplomáticas cuentan con una presunción de buena fe y que, en casos de extradición, es apropiado que dicha presunción sea aplicada a un Estado solicitante que tenga una larga historia de respecto por la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho, y que ha realizado extensamente arreglos de extradición con otros Estados Partes⁶¹³. La Corte también recuerda la particular importancia que le ha atribuido anteriormente a las garantías por parte del Ministerio Pública respecto de la pena de muerte⁶¹⁴.

Por las anteriores razones, la Corte considera que las garantías otorgadas por el Gobierno de los Estados Unidos, el Fiscal de Florida y el Juez (...) son claras e inequívocas⁶¹⁵.

454. Ahora bien, el tema de las garantías diplomáticas o de otra índole ha sido desarrollado en más detalle en los casos relacionados con la no aplicación de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, en el caso *Saadi c. Italia*, el Tribunal Europeo se refirió a cuestiones relacionadas con la determinación del riesgo como primer paso de análisis, la carga de la prueba en esta materia y la determinación caso por caso, aunque no profundizó en el tema de garantías diplomáticas. Además, el Tribunal Europeo estableció pautas importantes para evaluar el contexto en un país, incluyendo el tipo de evidencia que puede ser considerar en la determinación.
455. Así, el Tribunal Europeo indicó en este caso que “corresponde al peticionario aportar las pruebas que demuestren que existen motivos fundados para creer que, si la medida impugnada se implementa, se vería expuesto a un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3⁶¹⁶ y, en este caso, corresponde al Estado disipar cualquier duda al respecto⁶¹⁷.”
456. Ahora bien, específicamente en cuanto a la consideración de las circunstancias en el Estado receptor, el Tribunal Europeo, citando su precedente en el caso *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, indicó que “con el fin de determinar si existe riesgo de malos tratos, el Tribunal debe examinar las consecuencias previsibles del

⁶¹³ TEDH. *Harkins y Edwards c. Reino Unido*. Sentencia del 17 de enero de 2012, párr. 85.

⁶¹⁴ TEDH. *Harkins y Edwards c. Reino Unido*. Sentencia del 17 de enero de 2012, para 85. Citando. (Nivette v. France (dec.), No. 44190/08, 14 de diciembre de 2000).

⁶¹⁵ TEDH. *Harkins y Edwards c. Reino Unido*. Sentencia del 17 de enero de 2012, párr. 86.

⁶¹⁶ TEDH. *Saadi c. Italia*. 28 de febrero de 2008. Para 129. Citando. *N. c. Finlandia*, No. 38885/02, § 167, 26 de julio de 2005.

⁶¹⁷ TEDH. *Saadi c. Italia*. 28 de febrero de 2008, párr. 129.

envío del solicitante al país receptor, teniendo en cuenta la situación general de dicho país, así como las circunstancias personales del solicitante”⁶¹⁸. En cuanto a la documentación que resulta relevante en esta determinación, en el caso *Saadi c. Italia* el Tribunal Europeo recapituló lo indicado en casos anteriores en los siguientes términos:

(...) en cuanto a la situación general de un país en particular, a menudo la Corte ha concedido importancia a la información contenida en los informes recientes de organizaciones internacionales independientes de derechos humanos como Amnistía Internacional o a fuentes gubernamentales, como el Departamento de Estado de EE.UU. (véase, por ejemplo, *Chahal*, antes citada, §§ 99-100; *Muslim c. Turquía*, no. 53566/99, §67, 26 de abril de 2005; *Said c. Países Bajos*, no. 2345/02, §54, 5 de julio 2005, y *Al-Moayad c. Alemania* (diciembre), no. 35865/03, § § 65-66, 20 de febrero de 2007). Al mismo tiempo, la Corte ha sostenido que la mera posibilidad de recibir malos tratos a causa de una situación inestable en el país receptor no constituye, por sí sola, una violación del artículo 3 (ver *Vilvarajah y otros*, antes citada, § 111, y *Fatgan Katani y otros c. Alemania* (diciembre), no. 67679/01, 31 de mayo de 2001) y que cuando las fuentes disponibles describen una situación general, las denuncias concretas del solicitante en el caso específico requieren corroboración con otras pruebas (ver *Mamatkulov y Askarov*, antes citada, § 73, y *Muslim*, antes citada, §68)⁶¹⁹ (traducción no oficial).

457. Respecto del marco temporal que debe evaluarse para determinar la presencia de un riesgo, el Tribunal Europeo indicó en los casos *Chahal c. Reino Unido* y *Venkadajalasarma c. Países Bajos* que “es necesario evaluar la existencia del riesgo principalmente en relación con los hechos que se conocían o debían haber sido conocidos por el Estado Parte al momento de la expulsión. Sin embargo, si el solicitante aún no ha sido extraditado o deportado cuando el Tribunal examina su caso, el momento relevante a tomar en consideración es el del procedimiento ante el Tribunal”⁶²⁰. El Tribunal precisó que en el caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* que “esta situación normalmente se presenta cuando, como en el presente caso, la deportación o extradición se ha retrasado como consecuencia de una medida cautelar ordenada por parte del Tribunal, con base en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal. En consecuencia, si bien es cierto que los hechos históricos son de interés en la medida en que arrojan luz sobre la situación actual y la forma en que probablemente ésta se desarrolle, las circunstancias actuales son decisivas”⁶²¹.

⁶¹⁸ TEDH. *Saadi c. Italia*. 28 de febrero de 2008, párr. 130.

⁶¹⁹ TEDH. *Saadi c. Italia*. 28 de febrero de 2008, párr. 130.

⁶²⁰ TEDH. *Chahal c. Reino Unido*, párr. 85 y 86; y *Venkadajalasarma c. Países Bajos*. 17 de febrero de 2004, párr. 63.

⁶²¹ TEDH. *Matatkulov y Askarov c. Turquía*, párr. 69.

458. Como se indicó arriba, aunque en el caso *Saadi c. Italia*, el Tribunal Europeo no profundizó en la forma de analizar las garantías diplomáticas como sí lo ha hecho en una multiplicidad de casos que se citan a continuación, en dicho caso reiteró lo indicado en el caso *Chahal c. Reino Unido*, en el sentido de que el análisis de las garantías debe efectuarse en “su aplicación práctica”⁶²². El punto fundamental que estableció la Corte Europea en este caso, es que “el peso que se da a las garantías ofrecidas por el Estado receptor depende, en cada caso, de las circunstancias imperantes”⁶²³.
459. De lo anterior, resulta entonces que la Comisión determinó en el caso *Wong Ho Wing* que “es necesario analizar la situación de riesgo en el Estado receptor o solicitante, incluyendo el alcance y la aplicación práctica de las garantías otorgadas, caso por caso”⁶²⁴.
460. El Tribunal Europeo ha indicado que en la determinación de la aplicación práctica de las garantías, y el peso que se le debe atribuir a las mismas, la cuestión preliminar es si la situación general de derechos humanos en el Estado receptor excluye la aceptación de garantías en cualquier circunstancia. Sin embargo, sólo en casos excepcionales la situación general de un país puede indicar en sí misma que no es posible otorgar ningún peso a las garantías otorgadas⁶²⁵.
461. El análisis que usualmente efectúa el Tribunal Europeo se basa en dos elementos principales: la calidad de las garantías otorgadas, y la determinación de si, a la luz de las prácticas en el Estado receptor, dichas garantías pueden ser confiables. Este Tribunal ha conocido un importante número de casos que le han permitido desarrollar una serie de factores relevantes en el análisis de estos dos aspectos principales. Estos factores fueron recapitulados recientemente por el Tribunal Europeo en el caso *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*⁶²⁶. Dentro de estos factores, la Comisión destacó los siguientes con las referencias de los casos respectivos:
- i. Si los términos de las garantías han sido revelados ante la Corte⁶²⁷.
 - ii. Si las garantías son específicas o son generales o vagas⁶²⁸.

⁶²² TEDH. *Saadi c. Italia*. 28 de febrero de 2008. Para 148. Citando *Chahal c. Reino Unido*, párr. 105.

⁶²³ TEDH. *Saadi c. Italia*. 28 de febrero de 2008. Para 148. Citando *Chahal c. Reino Unido*, párr. 105.

⁶²⁴ CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing (Perú)*. Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013, párr. 246.

⁶²⁵ TEDH. *Gafarov c. Rusia*. Caso No. 25404/09, párr. 138, 21 de octubre de 2010; *Sultanov c. Rusia*, Caso No. 15303/09, párr. 73, 4 de noviembre de 2010; *Yuldashev c. Rusia*, No. 1248/09, párr. 85, 8 de julio de 2010.

⁶²⁶ TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶²⁷ TEDH. *Ryabikin c. Rusia*, No. 8320/04, pág. 119, 19 de junio de 2008); *Muminov c. Rusia*, No. 42502/06, pág. 97, 11 de diciembre de 2008). Citados en. TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

- iii. Quién ha dado las garantías y si dicha persona puede obligar al Estado receptor⁶²⁹.
- iv. Si las garantías fueron emitidas por el gobierno central del Estado receptor, y si es posible afirmar que las autoridades locales asumirán la misma posición⁶³⁰.
- v. Si las garantías conciernen un tratamiento que es legal o ilegal en el Estado receptor⁶³¹.
- vi. Si las garantías han sido dadas por un Estado Parte⁶³².
- vii. El tiempo y la fortaleza de las relaciones bilaterales entre los Estados involucrados, incluyendo los antecedentes del Estado receptor en cuanto al cumplimiento de garantías similares⁶³³.
- viii. Si el cumplimiento con las garantías puede ser objetivamente verificado mediante mecanismos diplomáticos u otros mecanismos de monitoreo, incluyendo acceso sin obstáculos a los representantes legales del peticionario⁶³⁴.
- ix. Si existe un sistema efectivo de protección contra la tortura en el Estado receptor, incluyendo si se trata de un Estado dispuesto a cooperar con mecanismos internacionales de monitoreo (incluyendo organizaciones internacionales de derechos humanos) y si se trata de un Estado dispuesto a investigar alegatos de tortura y castigar a los responsables⁶³⁵.

⁶²⁸ TEDH. *Klein c. Rusia*, No. 24268/08, pág. 55, 1 de abril de 2010; *Khaydarov c. Rusia*, No. 21055/09, pág. 111, 20 de mayo de 2010. Citados en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶²⁹ TEDH. *Shamayev y Others c. Georgia y Rusia*, No. 36378/02, pág. 344; *Abu Salem c. Portugal*, No. 26844/04, 9 de mayo de 2006; *Garayev v. Azerbaijan*, No. 53688/08, pág. 74, 10 de junio de 2010; *Baysakov y Others c. Ucrania*, No. 54131/08, pág. 51, 18 de febrero de 2010; *Soldatenko c. Ucrania*, No. 2440/07, pág. 73, 23 de octubre de 2008. Citados en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶³⁰ TEDH. *Chahal*, pág. 105-107. Citado en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶³¹ TEDH. *Cipriani c. Italia*, No. 221142/07, 30 de marzo de 2010; *Youb Saoudi c. España*, No. 22871/06, 18 de septiembre de 2006; *Ismaili c. Alemania*, No. 58128/00, 15 de marzo de 2001; *Nivette v. France*, No. 44190/98. Citados en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶³² TEDH. *Chentiev y Ibragimov c. Eslovaquia*, nos. 21022/08 y 51946/08, 14 de septiembre de 2010; *Gasayev c. España* (No. 48514/06, 17 de febrero de 2009). Citados en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶³³ TEDH. *Others*, pág. 107 y 108; *Al-Moayad c. Alemania*, No. 35865/03, pág. 68, 20 de febrero de 2007. Citados en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶³⁴ TEDH. *Chentiev y Ibragimov c. Eslovaquia*, nos. 21022/08 y 51946/08, 14 de septiembre de 2010; *Gasayev c. España* (No. 48514/06, 17 de febrero de 2009). Citados en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶³⁵ TEDH. *Koktysh c. Ucrania*, No. 43707/07, pág. 63, 10 de diciembre de 2009). Citado en: TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

- x. Si la confiabilidad de las garantías ha sido examinada por autoridades judiciales internas del Estado Parte⁶³⁶.
462. Por su parte, en cuanto a la consideración del contexto y el peso que se debe atribuir al mismo no obstante la expedición de garantías, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas indicó en el caso *Agiza c. Suecia* que la rendición del peticionario desde Suecia tras las garantías escritas presentadas por un representante del Gobierno de Egipto violó el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Las garantías en dicho caso indicaron que el peticionario no sería sometido a tortura u otro trato inhumano, que no sería condenado a muerte ni ejecutado, y que la Embajada de Suecia podría monitorear su juicio y visitarle antes y después de su condena. No obstante lo anterior, el Comité encontró que las autoridades suecas sabían o debieron saber el riesgo de tortura del peticionario en Egipto. El Comité precisó que “la procura de garantías diplomáticas que no prevén un mecanismo para su exigibilidad, no es suficiente para proteger en contra del riesgo manifiesto”⁶³⁷.
463. Cabe mencionar que sobre el análisis de las garantías diplomáticas también hay importantes precedentes en derecho comparado. Así por ejemplo, en el caso *Manickavasagam Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada*, citado anteriormente, la Corte Suprema de dicho país indicó:

En la evaluación de las garantías por parte de un gobierno extranjero, debería tomar en consideración el record en derechos humanos del Estado que está otorgando las garantías, el record del Estado en el cumplimiento de dichas garantías, y la capacidad del gobierno de cumplirlas, particularmente cuando existe duda sobre la habilidad del gobierno de controlar sus propias fuerzas de seguridad (...)⁶³⁸

La autoridad debe proveer razones escritas para su decisión. Estas razones deben articular y sostener razonablemente su determinación de que no existen suficientes bases para creer que el individuo (...) será sometido a tortura, ejecución u otros tratos crueles, en la medida en que la persona bajo consideración ha levantado tales argumentos (...). En adición, las razones deben emanar de la persona que va a tomar la decisión y no tomar la forma de consejo o sugerencia⁶³⁹.

⁶³⁶ TEDH. *Al-Moayad c. Alemania*, No. 35865/03, pág. 66-69, 20 de febrero de 2007. Citado en. TEDH. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*. Caso No. 8139/09. Sentencia del 17 de enero de 2012. Final 9 de mayo de 2012, párr. 189.

⁶³⁷ Comité contra la Tortura, caso *Algiza c. Suecia*.

⁶³⁸ Supreme Court of Canada. *Manickavasagam Suresh v. The Minister of Citizenship y Immigration y the Attorney General of Canada (Suresh v. Canada)*, 2002, SCC 1. File No. 27790, de enero de 11, 2002, párr. 125.

⁶³⁹ Supreme Court of Canada. *Manickavasagam Suresh v. The Minister of Citizenship y Immigration y the Attorney General of Canada (Suresh v. Canada)*, 2002, SCC 1. File No. 27790, de enero de 11, 2002, párr. 126.

464. En conclusión, la Comisión determinó que los anteriores estándares en cuanto a las características, alcance y contenido de las garantías diplomáticas o de otra índole para asegurar que no se impondrá o aplicará la pena de muerte o que no se infligirán torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, constituyen el marco a partir del cual se debe analizar si un Estado cumplió con su obligación de solicitar garantías y de valorarlas adecuadamente en cuanto a su suficiencia, claridad y confiabilidad. En dicho análisis, es necesario examinar tanto las garantías otorgadas, como el comportamiento del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra la persona solicitada en la solicitud y valoración de dichas garantías ⁶⁴⁰.
465. La Comisión concluyó que el Estado peruano dio curso a la solicitud de extradición sin tomar en cuenta que el Estado requirente incurrió en graves omisiones e irregularidades en la solicitud inicial; y que tiene un contexto conocido a nivel internacional respecto de la aplicación de la pena de muerte y denuncias del uso de la tortura. En tal medida, sin indicar que es *per se* imposible conceder una extradición en estas circunstancias, la Comisión destacó que el Estado peruano debía tramitar la solicitud de extradición con especial diligencia y particular seriedad, a fin de cumplir con su obligación de disipar toda duda que estas circunstancias especiales pudieran generar y, de esa manera, cumplir con su obligación de garantizar la vida y la integridad personal de una persona bajo su jurisdicción⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing (Perú)*. Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013, párr. 251.

⁶⁴¹ CIDH, Informe No. 78/13 Caso 12.794, Fondo, *Wong Ho Wing (Perú)*. Fecha de remisión a la Corte: 30 de octubre de 2013, párr. 290.

CAPÍTULO 13

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD

A. Alcance y contenido

466. La Convención Americana, al igual que otros instrumentos internacionales⁶⁴², reconocen el derecho de toda persona a tener una nacionalidad. Al respecto, el artículo 20 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

467. De acuerdo con el artículo 20 de la CADH, toda persona tiene derecho a adquirir una nacionalidad, conservarla, así como el derecho a cambiarla. El derecho de toda persona a conservar su nacionalidad es la obligación que se deriva de la prohibición absoluta de la privación arbitraria de la nacionalidad⁶⁴³. La importancia que da la Convención Americana al derecho a la nacionalidad se ve reafirmada en que es un derecho de carácter inderogable, pues es de los que no pueden ser suspendidos en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, de conformidad con lo establecido por el artículo 27.2 de la CADH⁶⁴⁴.

⁶⁴² Véase, entre otros, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1.

⁶⁴³ En su resolución 50/152, la Asamblea General de las Naciones Unidas también reconoció la naturaleza fundamental de la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos en su la resolución 10/13 ha considerado que la privación arbitraria de la nacionalidad, especialmente por motivos discriminatorios como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición, es una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

⁶⁴⁴ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 párr. 136. Sobre este tema, la Corte Interamericana ha reconocido a los derechos no susceptibles de suspensión como un núcleo inderogable de derechos, al respecto, *cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, párr. 244. Al respecto, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 23.

468. La Corte Interamericana ha sostenido que la nacionalidad constituye la vinculación jurídica entre una persona y un Estado determinado, que asegura al individuo un mínimo de protección en el conjunto de sus relaciones⁶⁴⁵ y del cual dependen el ejercicio de otros derechos políticos y civiles⁶⁴⁶. El derecho a la nacionalidad es un aspecto fundamental del sistema de protección a los derechos humanos, de tal manera que pertenece a aquellos derechos respecto de los cuales la Convención no admite suspensión⁶⁴⁷. La Corte Interamericana también ha sostenido que la nacionalidad, “como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos”⁶⁴⁸.
469. La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el de tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado; y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo⁶⁴⁹. Cabe señalar que la decisión del Estado de atribuir la nacionalidad no debe ser un acto arbitrario y a ese propósito, la Corte Interamericana ha señalado que:

La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 párr. 139.

⁶⁴⁶ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 136.

⁶⁴⁷ Artículo 27, párrafo 2.

⁶⁴⁸ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 13, párr. 137.

⁶⁴⁹ *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 34; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 128; 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 No. 282, párr. 254.

⁶⁵⁰ *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. OC-4/84, párr. 32. También véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*.

470. A su vez, el reconocimiento internacional de la nacionalidad como un derecho humano de todas las personas impone a los Estados la obligación de prevenir y erradicar la apatridia,⁶⁵¹ situación jurídica en la que se encuentran todas aquellas personas que no son reconocidas como nacionales de ningún Estado.⁶⁵² Las causas de la apatridia son diversas y, en su mayoría, se encuentran vinculadas a fenómenos migratorios. Al respecto, la doctrina ha identificado las siguientes causas: a) sucesión de Estados, b) deficiencia en los registros de nacimiento y matrimonio, c) condición de refugiado o migrante en situación migratoria irregular, d) trata de personas y e) privación arbitraria de nacionalidad.⁶⁵³ Este último caso puede darse en dos situaciones, la primera de las cuales se refiere a denegar el acceso a la nacionalidad, ya sea al momento del nacimiento o naturalización; la segunda tiene que ver con someter a la persona a un proceso de “desnacionalización” mediante la privación de la nacionalidad ya adquirida⁶⁵⁴.
471. De conformidad con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, así como de las convenciones sobre apatridia, los Estados deben abstenerse de aplicar leyes o prácticas que tengan como consecuencia que las personas no puedan acceder a nacionalidad alguna⁶⁵⁵. En este sentido, la Convención Americana establece que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra”⁶⁵⁶. En este orden de ideas, la Corte Interamericana ha señalado que ante riesgo de apatridia, el afectado sólo debe probar la condición de nacimiento en el territorio de determinado Estado para obtener la respectiva nacionalidad⁶⁵⁷.
472. Los Estados están facultados para reglamentar el alcance y aplicación de los derechos, incluido el derecho a la nacionalidad. No obstante, las restricciones o requisitos que se establezcan para obtener la nacionalidad deben estar sujetos a estrictos principios, como son el de necesidad y proporcionalidad, es decir, las restricciones deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo y deben ser proporcionales al interés que la justifica. Asimismo, estas restricciones deben estar prescritas en la ley, no tener un carácter discriminatorio y perseguir un objetivo legítimo. Por otra parte, tampoco pueden implicar una privación arbitraria del derecho a la nacionalidad⁶⁵⁸.

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 88; *Caso Castillo Petruzzi y Otros*, op. cit., párr. 101.

⁶⁵¹ Van Wass, Laura, *Nationality Matters: Statelessness under International Law*. Intersentia, 2008, pág. 40.

⁶⁵² Art. 1 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954. “La definición de apátrida forma parte del derecho internacional consuetudinario”, ACNUR, *Directrices sobre la apatridia No.1*, Feb. 2012, pág. 2.

⁶⁵³ Véase, Van Wass, Laura, *Nationality Matters: Statelessness under International Law*. Intersentia, 2008, págs. 194-197.

⁶⁵⁴ Van Wass, Laura, *Nationality Matters: Statelessness under International Law*. Intersentia, 2008, pág. 99.

⁶⁵⁵ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 142.

⁶⁵⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 20, párr. 2.

⁶⁵⁷ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156.

⁶⁵⁸ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de Dilia Yean y Violeta Bosico Cofi vs. República Dominicana*, de 11 de julio de 2003, párr. 51.

473. De acuerdo al desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha establecido que es necesario que al regular el otorgamiento de la nacionalidad los Estados, tengan en cuenta: a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación⁶⁵⁹. Un límite a la facultad estatal de determinar quiénes son nacionales, es el deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley sin discriminación. En este orden de ideas, desde su sentencia sobre el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana ha sostenido que:

- a. el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos⁶⁶⁰;
- b. el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos; y
- c. la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

474. Al respecto, en el caso de las *niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la nacionalidad⁶⁶¹ y a la igualdad ante la ley⁶⁶², impiden a los Estados establecer regulaciones discriminatorias para otorgar la nacionalidad o que tengan un impacto discriminatorio a pesar de ser neutrales en su texto.⁶⁶³ En efecto, la competencia de cada Estado de definir quiénes son nacionales está limitada por la obligación del mismo Estado de respetar y asegurar los derechos humanos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, entre otras condiciones sociales⁶⁶⁴. Asimismo, la Corte indicó que los Estados no deben implementar prácticas o legislación que favorezcan el incremento del número de personas apátridas.⁶⁶⁵ Por último, en la sentencia se

⁶⁵⁹ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 párr. 140.

⁶⁶⁰ 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, párr. 134.

⁶⁶¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 20.1.

⁶⁶² Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 24.

⁶⁶³ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 140

⁶⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 1, párr. 1.

⁶⁶⁵ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 142.

hizo presente que en los casos que involucren menores de edad, el Estado está además llamado a respetar el principio de interés superior del niño.⁶⁶⁶

475. La Corte Interamericana ha sostenido que constituye una práctica discriminatoria considerar la situación migratoria de una persona para conceder la nacionalidad,⁶⁶⁷ toda vez que el principio de igualdad ante la ley se aplica a toda persona que se encuentre en el territorio del Estado independientemente de cualquier otra condición social⁶⁶⁸. En mayor detalle, la Corte ha señalado que la situación migratoria de una persona no se transmite a sus hijos⁶⁶⁹.
476. En lo concerniente a la adquisición de la nacionalidad, la Comisión ha sostenido que no hay una regla uniforme en la práctica o en el derecho interno sobre la adquisición de la nacionalidad por nacimiento; no obstante, se aplican dos principios y se confiere la nacionalidad por nacimiento, por el hecho, ya sea de nacer dentro del territorio de un Estado —principio de *jus soli*— o de descender de uno de sus nacionales —*principio de jus sanguinis*—. ⁶⁷⁰ Al respecto, la Comisión ha constatado que la mayoría de los Estados del continente americano se basan en un sistema mixto, a través del cual se otorga la nacionalidad mediante la aplicación combinada de los principios del *jus soli* para los niños nacidos en sus territorios y del *jus sanguinis* para los nacidos en otro país. Esta tradición de la mayoría de los Estados americanos ha sido un factor que ha contribuido de manera significativa para prevenir y reducir la apatridia en la región.

B. Garantías del debido proceso en procedimientos para el otorgamiento de la nacionalidad

477. El hecho de que la privación arbitraria de nacionalidad sea considerada una violación de derechos humanos, implica que el procedimiento respectivo debe ser llevado a cabo conforme a la ley y contar con un mecanismo de revisión.⁶⁷¹ Por otro lado, el sistema de protección de derechos humanos otorga al afectado la posibilidad de recurrir contra dicha violación.⁶⁷² Respecto al derecho a las garantías del debido proceso, la Convención Americana establece como cláusula general que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

⁶⁶⁶ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 147.

⁶⁶⁷ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156.

⁶⁶⁸ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 155.

⁶⁶⁹ Corte IDH. *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156.

⁶⁷⁰ CIDH, Demanda del Caso 12.189 (República Dominicana), sobre las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. 11 de julio de 2003, párr. 49.

⁶⁷¹ VAN WASS, Laura, *Nationality Matters: Statelessnes under International Law*. Intersentia, 2008, pág. 114.

⁶⁷² Convención Universal de Derechos Civiles y Políticos Artículo 2 párr. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos Artículo 8., Convención Americana. Artículo 25.

imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. De lo anterior se desprende que todo proceso administrativo que pueda tener un impacto sobre el derecho a la nacionalidad de una persona debe estar regido por las garantías procesales mínimas reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana.

478. A su vez, los órganos del Sistema Interamericano han sido claros al reconocer la aplicación de las garantías del debido proceso legal en ámbitos administrativos. Así, la Comisión ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias.⁶⁷³ Por su parte, la Corte Interamericana ha sostenido que:

[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas⁶⁷⁴.

479. Al interpretar las normas de la Convención Americana, los órganos del SIDH han avanzado en la identificación de ciertos estándares mínimos del debido proceso legal que deben regir los procedimientos administrativos, cualquier procedimiento que pueda tener un impacto sobre los derechos a la nacionalidad o a la personalidad jurídica. Algunas de estas garantías procesales son: 1) notificación previa de la existencia del proceso, 2) audiencia para la determinación de los derechos en juego, 3) derecho de ser asistido jurídicamente, 4) derecho a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, y para evacuar las correspondientes pruebas 5) derecho a que las actuaciones y decisiones del proceso se consignen por escrito, 6) plazo razonable del procedimiento, 7) derecho a la revisión judicial efectiva de decisiones administrativas, 8) derecho a una decisión fundada, 9) derecho a la publicidad del accionar de la administración, entre otros⁶⁷⁵.

480. Adicionalmente, cuando una persona pierde la nacionalidad o es privada de ella y tiene a su disposición un proceso de revisión, la interposición de un recurso debe suspender los efectos de la decisión, de tal forma que la persona siga ostentando la

⁶⁷³ 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*, párr. 97.

⁶⁷⁴ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72., párr. 127; 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, párr. 129.

⁶⁷⁵ 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*, párr. 97; CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. También, véase, Organización de las Naciones Unidas, *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*. A/HRC/13/34, párr. 43.

nacionalidad y disfrutando de los derechos conexos hasta que se resuelva el recurso. Además de brindar la posibilidad de presentar recursos y las garantías procesales correspondientes, el Estado debe garantizar que haya un recurso efectivo cuando se concluya que la decisión relativa a la nacionalidad es ilícita o arbitraria. Este recurso debe incluir la posibilidad de restablecer la nacionalidad⁶⁷⁶. Asimismo, el Estado debe ofrecer las reparaciones adecuadas por todas las violaciones conexas de los derechos de la persona en cuestión.

481. En este orden de ideas, en *el caso Ivcher Bronstein vs Perú*, la Corte Interamericana sostuvo que las garantías del debido proceso reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana también se aplican en procedimientos administrativos que versen sobre la determinación de derechos tales como la nacionalidad⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Véanse, Organización de las Naciones Unidas, *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*. A/HRC/13/34, párr. 46, y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8. Obsérvese que, si las personas a cargo de otra también se ven afectadas por la pérdida o la privación de la nacionalidad, se les debe hacer extensible igualmente el restablecimiento de su nacionalidad.

⁶⁷⁷ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 105.

CAPÍTULO 14

DERECHO A LA PROPIEDAD

DERECHO A LA PROPIEDAD

A. Alcance y contenido

482. Dentro del Sistema Interamericano, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana y el artículo XXIII de la Declaración Americana. Al respecto, el artículo 21 de la Convención Americana establece que:

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

[...]

483. De modo similar, el artículo XXIII de la Declaración Americana reconoce el derecho para la propiedad en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

484. El alcance del concepto de “propiedad” es amplio en el Sistema Interamericano, no sólo en cuanto a su objeto pero también en cuanto a los sujetos que se les reconoce. Con respecto al objeto, el Sistema Interamericano ha reconocido el derecho de la propiedad sobre “cosas materiales apropiables así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”, “las obras producto de la creación intelectual de una persona”, y la adquisición de un derecho de propiedad, por ejemplo en una pensión⁶⁷⁸. Al respecto de los “sujetos” de la propiedad, el Sistema Interamericano ha reconocido el derecho colectivo a la propiedad, aun cuando sus titulares carecen de una licencia o título formal a ella,

⁶⁷⁸

Véase, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH. *Caso Palamara-Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005; Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Sentencia del 28 de febrero de 2003.

dado que forma base de la cultura, religión, economía, integridad, y vida espiritual de comunidades indígenas y pueblos tribales⁶⁷⁹.

485. En el informe de fondo del *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, la Comisión sostuvo que, al igual que con otros derechos fundamentales, la protección efectiva del derecho a la propiedad requiere garantizar que el derecho al uso y goce de la propiedad se haga efectivo mediante instrumentos legislativos y de otros tipos, y que haya un recurso sencillo y rápido ante un tribunal o corte competente para la protección contra actos que violen este derecho⁶⁸⁰. De acuerdo a la Comisión y la Corte: 1) si bien el uso y goce de la propiedad pueden estar subordinados al interés de la sociedad, toda medida de esta naturaleza sólo puede ser adoptada por ley y la necesidad de tales medidas y debe ser determinada por las justas exigencias del bienestar general y el fomento de la democracia⁶⁸¹; y 2) si bien las personas pueden ser privadas de su propiedad por el Estado, esto sólo puede hacerse por razones de utilidad pública o interés social y de acuerdo con los casos y formas establecidos por ley, y con una justa compensación por dicha privación⁶⁸².
486. La Corte ha precisado que no sólo considera necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley, sino que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Este derecho supone que toda limitación debe ser de carácter excepcional. Es justo a través de la misma condición de excepcionalidad que se deriva la obligación de que toda medida de restricción debe ser necesaria para lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática bajo y en conformidad con la Convención Americana⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Véase, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Sentencia del 15 de junio de 2005; Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007; Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia del 29 de marzo de 2006; Corte IDH. *Caso de la Comunidad de mayo deagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia del 31 de agosto de 2001; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

⁶⁸⁰ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 326 (citando la Corte IDH. *Caso Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 111-115).

⁶⁸¹ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 326 (citando la Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 44).

⁶⁸² CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 326 (citando la Corte IDH. *Caso Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 143).

⁶⁸³ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Vs. Ecuador*. Sentencia de Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93. Véase también, Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6. párr. 28; Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 65.

B. El derecho a la propiedad de las personas desplazadas internamente

487. La protección del derecho a la propiedad en el Sistema Interamericano ha tenido una larga trayectoria, comenzando con casos relacionados a derechos de los pueblos indígenas y desplazamiento interno. En 1970, en el caso de los Guahibos en Colombia —el primero en esta materia— la Comisión se refirió a la obligación estatal de proteger las tierras indígenas.⁶⁸⁴ Los peticionarios en este caso denunciaron que la persecución y tortura contra el pueblo indígena de la Comunidad Guahibos tuvo como finalidad privarles de sus territorios ancestrales. La Comisión consideró que el Estado colombiano había violado los derechos colectivos de la comunidad⁶⁸⁵.
488. En 1985 la Comisión volvió a abordar este tema en el caso de los Yanomami del Noroeste de Brasil⁶⁸⁶. Los hechos denunciados tomaron lugar dentro de un plan de explotación de recursos naturales y del desarrollo de la región amazónica que fue aprobado por el Estado brasileño en los años sesenta. En 1973 comenzó la construcción de una autopista que al atravesar el territorio de los Yanomami obligó a la comunidad de 12 mil personas a abandonar su hábitat y buscar refugio en otras zonas⁶⁸⁷. Posteriormente se descubrieron vastos depósitos minerales en otros territorios también pertenecientes a los Yanomami. Dichos depósitos trajeron a compañías mineras y a exploradoras independientes, situación que agravó aún más el desplazamiento de los indígenas⁶⁸⁸. En marzo de 1982, después de una intensa campaña de protesta por parte de organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos y de defensa de los indígenas, por decreto ministerial GM/N 025 el Estado brasileño estableció la interdicción en el Territorio Federal de Roraima y estado de Amazonas de un área continua de 7.000.000 hectáreas destinadas a los indígenas Yanomami, y asignó a una agencia estatal adoptar varias medidas de protección en favor de los Yanomami⁶⁸⁹.
489. En su Resolución 12/85, la CIDH determinó que el Estado brasileño era responsable por las violaciones a los siguientes derechos de la Declaración Americana: a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo I); residencia y tránsito (artículo VIII); y la preservación de la salud y bienestar (artículo IX). Aunque no encontró que el Estado fuera responsable por la violación al derecho a la propiedad (artículo XXIII) —a pesar de haberlo admitido para la etapa de fondo— la CIDH recomendó que el Estado, de acuerdo a su propio decreto GM/N 025, delimitara y demarcara el Parque Yanomami. Además, dicha Resolución cubrió aspectos de educación e integración social. Como la CIDH reconoció

⁶⁸⁴ CIDH, *Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en América*. 20 de octubre de 2000. Capítulo III, párr. 2.

⁶⁸⁵ CIDH, *Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en América*. 20 de octubre de 2000. Capítulo III, párr. 2.

⁶⁸⁶ CIDH, Caso 7.615, *Comunidad Yanomami (Brasil)*. Resolución 12/85, 5 de marzo de 1985.

⁶⁸⁷ CIDH, Caso 7.615, *Comunidad Yanomami (Brasil)*. Resolución 12/85, 5 de marzo de 1985, párr. 2(f).

⁶⁸⁸ CIDH, Caso 7.615, *Comunidad Yanomami (Brasil)*. Resolución 12/85, 5 de marzo de 1985, párr. 2(g).

⁶⁸⁹ CIDH, Caso 7.615, *Comunidad Yanomami (Brasil)*. Resolución 12/85, 5 de marzo de 1985, párr. 2(i).

posteriormente, esta resolución fue “doblemente importante” porque, en primer lugar, “confirmó que el sistema es capaz de procesar violaciones a derechos colectivos, como en el caso de la propiedad, vida, salud y bienestar del pueblo Yanomami” y porque constituyó “la primera vez que una resolución de un organismo intergubernamental solicitaba esa demarcación”⁶⁹⁰.

490. Uno de los casos más relevantes en materia de despojo de tierras de comunidades indígenas es el de la Comunidad San Vicente Los Cimientos (Guatemala)⁶⁹¹. En este caso, la comunidad alegaba violación al derecho a la propiedad privada, entre otras, debido a que el Ejército guatemalteco había desalojado de sus tierras y las había entregado a otra comunidad por razones políticas⁶⁹². Para llegar a una solución amistosa, las partes solicitaron un peritaje respecto a los títulos controvertidos entre dos comunidades respecto al mismo bien (las tierras en cuestión) y compensaciones respectivas⁶⁹³.

491. En un caso más reciente sobre desplazamiento interno, *Marino López y otros (Operación Génesis)* (Colombia), la Comisión determinó que las personas desplazadas, que eran miembros de comunidades afrodescendientes compuestas por pueblos tribales, fueron víctimas de la Operación Génesis, que resultó en incursiones paramilitares en sus tierras ancestrales. El ejercicio de su derecho a la propiedad fue afectado por dicha operación a través de bombardeos y saqueos de sus comunidades.⁶⁹⁴ En su análisis, la CIDH recordó que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) había recomendado que las personas desplazadas internamente tienen derecho a regresar libremente a su lugar de origen en condiciones de seguridad y que los Estados Parte tienen la obligación de garantizar el regreso de esas personas sea voluntario. Además, la CIDH citó el CEDR cuando el segundo afirmó que:

[L]as personas desplazadas tienen derecho, después de regresar a su lugar de origen, a que se les restituyan los bienes de que se les privó durante el conflicto y a ser indemnizados debidamente por los bienes que no se les puedan restituir⁶⁹⁵.

⁶⁹⁰ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000, Cap. III: Doctrina y Jurisprudencia de la Comisión sobre Derechos Indígenas (1970-1999), sección 2.

⁶⁹¹ CIDH, Informe No. 68/03, Petición 11.197, *Comunidad San Vicente los Cimientos* (Guatemala). Informe sobre de solución amistosa del 10 de octubre de 2003.

⁶⁹² CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000, Cap. III: Doctrina y Jurisprudencia de la Comisión sobre Derechos Indígenas (1970-1999), sección 2.

⁶⁹³ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000, Cap. III: Doctrina y Jurisprudencia de la Comisión sobre Derechos Indígenas (1970-1999), sección 2.

⁶⁹⁴ CIDH, Informe No. 64/11. Caso 12.573. *Caso Marino López y otros (Operación Génesis)* (Colombia). Informe de Fondo párr. 347.

⁶⁹⁵ CIDH, Informe No. 64/11. Caso 12.573. *Caso Marino López y otros (Operación Génesis)* (Colombia). Informe de Fondo párr. 350.

492. La CIDH también recordó que la Corte Interamericana había establecido, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos tribales “precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad” a fines de garantizar su supervivencia, tanta física como cultural⁶⁹⁶. La CIDH encontró el Estado colombiano responsable de la violación al derecho a la propiedad privada por no haber garantizado esta protección especial, ni tampoco haber establecido las condiciones de seguridad que hubieran permitido a las comunidades retornaran al ejercicio pleno de su derecho a la propiedad⁶⁹⁷. Al pronunciarse, la CIDH precisó:

Durante el periodo de desplazamiento hasta el retorno a sus tierras, los desplazados vieron afectado el acceso a sus bienes individuales y comunitarios, a sus tierras y derecho al uso y goce de los recursos naturales que en ellas se encuentran. Por otro lado, fueron afectados en su derecho a la propiedad por el desuso y deterioro de sus tierras y de sus bienes muebles e inmuebles, tanto comunitarios como individuales. Asimismo, el desplazamiento forzado les generó detrimento en su posibilidad de trabajo, el cual, a su vez, les ocasionó un lucro cesante. Los desplazados vieron afectado su derecho a la propiedad toda vez que durante el periodo de desplazamiento no tuvieron acceso al derecho al uso y goce de los recursos naturales de sus tierras tradicionales —como la madera— entre otros recursos que han sido usados tradicionalmente por los miembros de las comunidades de la Cacarica⁶⁹⁸.

493. En resumen, la CIDH consideró importante destacar que la violación al derecho a la propiedad se cometió no sólo por obstaculizar el acceso a los bienes, pero también por impedir su uso y goce, provocar el desuso y deterioro de dichos bienes, y las implicaciones que la negación del acceso, uso, y goce tuvieron sobre las posibilidades de trabajo, que eran estrechamente vinculadas con los bienes— y en específico los recursos naturales— que poseían los peticionarios.

C. El derecho a la propiedad de las personas en el contexto de la migración

494. En el *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*⁶⁹⁹ la CIDH admitió a consideración en la etapa de fondo el derecho a la

⁶⁹⁶ CIDH, Informe No. 64/11. Caso 12.573. *Caso Marino López y otros (Operación Génesis)* (Colombia). Informe de Fondo párr. 351.

⁶⁹⁷ CIDH, Informe No. 64/11. Caso 12.573. *Caso Marino López y otros (Operación Génesis)* (Colombia). Informe de Fondo párrs. 352-53.

⁶⁹⁸ CIDH, Informe No. 64/11. Caso 12.573. *Caso Marino López y otros (Operación Génesis)* (Colombia). Informe de Fondo párr. 348.

⁶⁹⁹ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*, 13 de abril de 1999.

propiedad privada de las personas en el contexto de la migración. En este caso, tres religiosos extranjeros que vivían en México fueron arrestados sin orden judicial y expulsados tras un procedimiento sumario y violatorio de sus derechos humanos. No obstante, la CIDH no discutió en profundidad los hechos que dieron lugar a una potencial violación al derecho a la propiedad en sí, ni concluyó que el Estado violó el derecho a la propiedad privada, sino discutió brevemente e incorporó el derecho a la propiedad privada en su análisis del derecho a la integridad y honra:

Al daño causado a los sacerdotes al expulsarles sumariamente —*sin darles tiempo siquiera de reunir sus efectos personales*, mucho menos de defenderse— debe sumarse la campaña de desprestigio emprendida por el Estado en su contra. Los peticionarios consideran que uno de los objetivos de esta campaña ofensiva también ha sido justificar —la CIDH observa que una justificación jurídica es imposible— la decisión de expulsar a los sacerdotes y prohibirles el reingreso al territorio mexicano, a pesar de que residían legalmente en él hace muchos años.

Al analizar *supra* el derecho a la protección judicial de los sacerdotes, se ha constatado la respuesta de los órganos jurisdiccionales mexicanos ante esta conducta gubernamental: negar el amparo y la protección federal a los denunciantes, y sobreseer a todos los funcionarios públicos acusados. En virtud del análisis precedente, la Comisión concluye que el Estado mexicano ha violado el derecho a la protección de la honra y de la dignidad de los religiosos Riebe Star, Barón Guttlein e Izal Elorz, protegido por el artículo 11 de la Convención Americana⁷⁰⁰ (énfasis agregado).

495. En esencia, para la Comisión el hecho de que los sacerdotes fueran expulsados de manera sumaria y que no tuvieron tiempo ni para sacar sus efectos personales, sumado a la campaña de desprestigio en su contra, le llevó a determinar una violación al derecho a la honra y dignidad de los sacerdotes.
496. El *Caso Tibi vs. Ecuador*⁷⁰¹ es emblemático en lo que respecta al alcance y contenido del derecho a la propiedad. El señor Daniel Tibi, de nacionalidad francesa, era comerciante de piedras preciosas. Al momento de los hechos, residía en Quito, Ecuador, pero no tenía matrícula de comercio, que es un “certificado general de extranjería”⁷⁰². El señor Tibi fue detenido el 27 de septiembre de 1995 por agentes del Estado, que sospechaban que tenía vínculos con el narcotráfico. Dicha detención fue efectuada sin orden judicial, y cuando se realizó su arresto, los policías que la llevaron a cabo no le comunicaron los cargos en su contra, sino que

⁷⁰⁰ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999, párrs. 96-97.

⁷⁰¹ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

⁷⁰² También llamado un “certificado de inscripción de Registro de Extranjeros”. Ver *Caso Tibi Vs. Ecuador*, nota al pie de página núm. 30.

le informaron que se trataba de un “control migratorio”⁷⁰³. Acto seguido, procedieron a incautar sus pertenencias⁷⁰⁴. Tras un proceso judicial marcado por violaciones a su derecho al debido proceso, entre otros, el señor Tibi permaneció bajo detención preventiva por 28 meses y alegó haber sufrido durante este tiempo torturas a manos de los agentes estatales.

497. Tanto la Comisión como la Corte establecieron que fue violado el derecho a la propiedad privada, debido a que las pertenencias de la víctima fueron incautadas al momento de su arresto y no le fueron devueltas, a pesar de la orden judicial de hacerlo⁷⁰⁵. La Corte se pronunció sobre el tema y encontró que el Estado de Ecuador responsable por la violación al derecho a la propiedad privada en perjuicio del señor Tibi. La Corte descartó el argumento del Estado, en el sentido de que el señor Tibi no había presentado suficiente documentación acreditando la posesión de los bienes incautados, al considerar lo siguiente:

En el presente caso, el señor Tibi se hallaba en una posesión no controvertida de los bienes al momento de su detención.

Es generalizada la admisión de que la posesión establece por si sola una presunción de propiedad a favor del poseedor y, tratándose de bienes muebles, vale por título. Esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otras cosas, la posesión de los bienes.

[S]i bien se trata de un bien mueble registrable, este registro es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante un reclamo de un tercero que pretende tener algún derecho sobre el bien. En el presente caso no consta que persona alguna haya reclamado la propiedad [] que se encontraba en poder del señor Tibi, por lo cual no debería presumirse que no le pertenecía dicho bien. En consecuencia, era procedente respetar la posesión que ejercía.

En suma, los bienes incautados al señor Tibi, al momento de la detención, se encontraban bajo su uso y goce. Al no serle devueltos, se le privó de su derecho a la propiedad. El señor Tibi no estaba obligado a demostrar la preexistencia ni la propiedad de los bienes incautados para que estos le fueran devueltos.⁷⁰⁶

498. De lo mencionado anteriormente se pueden extraer los elementos que para el Sistema Interamericano darán la presunción de ser propietario legítimo en la ausencia de un título o mayores pruebas de posesión legítima de un bien incluyen los siguientes: la posesión no controvertida del bien y/o que el bien se encuentre bajo el uso y goce de la persona. Esta interpretación del derecho a la propiedad no

⁷⁰³ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 90.11.

⁷⁰⁴ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 90.12.

⁷⁰⁵ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 206.

⁷⁰⁶ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrs. 217-221.

sólo es flexible, sino que reconoce las dificultades que una persona pueda tener al no tener un título o documento oficial, con especial importancia para las personas en movilidad que se encuentran fuera de su lugar de origen o país.

499. Como la Corte afirmó en la Opinión Consultiva 18 sobre los Derechos y la Condición Jurídica de los Migrantes, “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos”⁷⁰⁷, que necesariamente incluye el derecho a la propiedad. La OC-18/03 también destaca el derecho de los trabajadores migrantes, quienes han sido contratados en otro país, al pago de sus salarios, el cual es considerado como parte de la propiedad dentro del Sistema Interamericano: “[E]l Estado [...] directamente viola los derechos humanos de los trabajadores [por denegar el] derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores”⁷⁰⁸.
500. Otro caso en el que la Comisión abordó el derecho a la propiedad fue en el caso de *Benito Tide Méndez y otros vs. República Dominicana*. En este caso, los peticionarios alegaron que las presuntas víctimas fueron detenidas y, en menos de 24 horas, expulsadas arbitrariamente de la República Dominicana hacia Haití, sin previo aviso, audiencia, oportunidad de recoger sus pertenencias⁷⁰⁹ o de contactar a sus familiares. La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación a su derecho a la propiedad, en relación con artículo 1.1 de la Convención, al considerar que “la expulsión de las víctimas implicó la pérdida automática y *de facto* de todos aquellos efectos que quedaron en territorio dominicano, lo que constituye una privación ilegal de sus bienes”, anotando que las víctimas tampoco recibieron una indemnización adecuada⁷¹⁰.
501. Por ello, y tras este caso, los tres elementos establecidos y constitutivos del derecho a la propiedad, que también se desprenden de lo establecido en el caso *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*, son: 1) la pérdida o privación de la propiedad, 2) que tal pérdida sea automática, *de facto*, o sin oportunidad de buscar o reclamar las pertenencias, y 3) la falta de indemnización adecuada. En adición a lo anterior, en el *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas*, el Estado tampoco alegó que la privación de la propiedad de las víctimas se hubiese dado con fundamento en algún interés de la sociedad previsto en las leyes de la República Dominicana; por el contrario, las disposiciones del derecho interno establecían que las víctimas debieran haber

⁷⁰⁷ 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, párr. 134.

⁷⁰⁸ 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, párrs. 127, 150 y 154.

⁷⁰⁹ Las víctimas habían residido en la República Dominicana por muchos años, siendo el lugar de su residencia y de sus negocios. Al momento de su expulsión, las víctimas contaban con “el mobiliario de su casa, efectos personales, ropa, ganado, ahorros en dinero en efectivo o salarios pendientes de pago.” Ver CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 329.

⁷¹⁰ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 331.

tenido la oportunidad de recoger sus pertenencias⁷¹¹, obligación que no fue observada en dicho caso.

⁷¹¹ CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana), Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 330.