

CAPÍTULO 3

EL NÚCLEO DE PRINCIPIOS EN CONEXIÓN CON EL DEBIDO PROCESO PARA EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y CON NECESIDADES DE PROTECCIÓN

EL NÚCLEO DE PRINCIPIOS EN CONEXIÓN CON EL DEBIDO PROCESO PARA EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS REFUGIADAS, APÁTRIDAS Y CON NECESIDADES DE PROTECCIÓN

A. Articulación entre principios y constitución del concepto del debido proceso legal en el presente informe

1. Los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas y el debido proceso

87. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce la naturaleza interdependiente y articulada entre derechos y principios expresados a través de distintas fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, así como las ramas más específicas del *corpus juris* que amparan a los mecanismos de protección de personas refugiadas, apátridas, las solicitantes de asilo, como también otras personas que necesitan de protección especial. En su labor reciente, la CIDH ha identificado un conjunto de orientaciones más amplias que pueden servir de guías para los Estados de la región sobre la protección de los Derechos Humanos de todas las personas en situación de movilidad y desplazamiento.
88. Con esta motivación, fueron adoptados, el 7 de diciembre de 2019, a través de la Resolución 04/2019, los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas (o Principios Interamericanos). Dichos Principios sistematizan el entendimiento de la Comisión y proporcionan un conjunto de directrices para apoyar la acción estatal, de la sociedad civil y el diálogo con organismos internacionales especialmente con respecto al progresivo desarrollo y concretización de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
89. Los Principios Interamericanos comparten con el presente informe una orientación programática y metodológica, basada en la identificación de normas y estándares, de buenas prácticas observadas en países de la región y de otros contextos regionales, así como de los desafíos normativos e institucionales actuales. En términos sustantivos, la CIDH considera los Principios Interamericanos como parte

esencial de las fuentes y referencias plasmadas en el presente informe, como se observa al o largo de sus capítulos.

90. Este capítulo tiene como objetivo presentar brevemente un núcleo interrelacionado de principios que se articulan de manera interdependiente, expresando el contenido normativo para los estándares de debido proceso legal, que se profundiza en los capítulos 4 y 5 del informe.

2. Conceptos clave en los Principios Interamericanos

91. A través la Resolución 04/19, la Comisión consolida una guía para los Estados, defensores de derechos y para la sociedad civil sobre directrices, conceptos y estándares en materia de protección. En este documento, sistematiza definiciones, como la **protección complementaria**, la cual debe brindarse a toda persona que no siendo considerada refugiada o asilada, no puede ser devuelta al territorio de otro país en donde su vida o libertad peligre o en donde existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
92. El concepto de **protección internacional** se distingue de la protección complementaria, como aquella que ofrece un Estado o un organismo internacional a una persona debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible o efectiva⁶⁶. La protección internacional, comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier persona de nacionalidad extranjera con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.
93. Además, la protección internacional cubre, en el caso de los refugiados y solicitantes de asilo, todas las acciones destinadas a asegurar el acceso igualitario y el disfrute de los derechos de mujeres, hombres, niños y niñas beneficiados. Dicha protección incluye las intervenciones de los Estados o de los organismos internacionales en el interés de las personas solicitantes de asilo y refugiadas para asegurar que sus derechos, seguridad y bienestar sean garantizados de acuerdo a los estándares internacionales, tales como: garantizar el respeto del principio de *non-refoulement*, el acceso a la seguridad física, y el acceso a procedimientos justos de determinación

⁶⁶ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, página 3.

de la condición de refugiado, a estándares de trato humano, y la implementación de soluciones duraderas.

B. Principio de no discriminación y de la igualdad de protección

94. Las personas migrantes y aquellas sujetas a protección internacional a menudo enfrentan formas transversales de discriminación, no sólo a causa de la xenofobia y el racismo, sino también en razón de su edad⁶⁷ o de su género, entre otras razones⁶⁸ Esto ha sido reconocido, a nivel internacional, por diferentes órganos de protección de derechos humanos. Al analizar la situación de vulnerabilidad a la que están sujetas las personas migrantes, la Corte Interamericana señaló que:

[g]eneralmente 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 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 Estado⁶⁹.

95. Es notable a este respecto que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración Americana era garantizar como fundamental la “igual protección de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos establecidos en la Declaración”.⁷⁰ En su desarrollo conceptual, la Comisión desarrolló el principio de no discriminación en el contexto de la movilidad humana de manera detallada en los Principios Interamericanos, a través de la vinculación con el deber de ofrecer mecanismos de protección en igualdad de condiciones.
96. De acuerdo con el Principio de la Igualdad de Protección, todas las personas, incluidos los migrantes, son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo, incluida la condición de migrante. Asimismo, considera que la prohibición de la discriminación

⁶⁷ 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, 17 de mayo a 3 de junio de 2005.

⁶⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación general n° 26 sobre las trabajadoras migratorias*. CEDAW/C/2009/WP.1/R, 5 de diciembre de 2008.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos de América). 4 de abril de 2001, párr. 179.

tiene relación estrecha con la garantía de que los migrantes disfruten de protección igualitaria y efectiva contra discriminación por cualquier motivo⁷¹.

97. La construcción conceptual desarrollada por la CIDH en los Principios respecto a la igualdad y no discriminación se basa en cuatro elementos: 1) garantizar el acceso igualitario a los derechos; 2) prevenir las formas de tratamiento diferenciado que resulten en vulneraciones de los derechos de las personas migrantes y libertades fundamentales; 3) destacar la necesidad de un parámetro para las acciones o procedimientos que resulten en tratamiento diferenciado, acompañando su aplicación de manera objetiva; y 4) evitar y sancionar las acciones discriminatorias y violencias resultantes.
98. En relación a la aplicación de la Convención, al referirse a la obligación general de respetar y garantizar los derechos reconocidos en su texto, la Corte Interamericana ha establecido que ésta tiene un carácter *erga omnes*,⁷² sin que le sea permitido a los Estados establecer ninguna causal de discriminación en el respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención respecto de las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción. En palabras de la Corte “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”.⁷³
99. La Corte IDH consideró que el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación pertenece al dominio del *jus cogens*, como norma imperativa de derecho internacional. En este sentido, no se admiten tratos discriminatorios 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 condición⁷⁴.
100. Las personas migrantes y sujetas de protección internacional, al igual que las personas nacionales de un Estado, tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos y a que los Estados establezcan mecanismos para su protección. Las únicas limitaciones que se prevén son el derecho a entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo⁷⁵, y ciertos derechos políticos que se encuentran

⁷¹ Entre tales motivos de discriminación, los Principios Interamericanos enumeran, como por ejemplo: raza, color, sexo, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, estatus económico, nacimiento, propiedad, estado civil, orientación sexual, identidad o expresión de género, grupo étnico, discapacidad, nacionalidad o apatridia, situación migratoria o de residencia, edad, razones para cruzar las fronteras internacionales o circunstancias de viaje o descubrimiento, o cualquier otro factor. Vide: CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 12.

⁷² 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. 109.

⁷³ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 155.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.1.

previstos únicamente para las personas ciudadanas⁷⁶. No obstante, incluso para estas excepciones, se debe garantizar el derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, así como los principios de no devolución, no discriminación, el interés superior del niño, niña o adolescente y la unidad familiar.

101. De esta manera, con estas únicas limitaciones, las personas migrantes y sujetas de protección internacional tienen derecho a que se les respeten y garanticen los derechos reconocidos en la Convención Americana en igualdad de condiciones con las demás personas y solo con las limitaciones anteriormente referidas.
102. El derecho a la igualdad y no discriminación impacta también en lo relativo a los procedimientos y las garantías de debido proceso y protección judicial. Al respecto, la Comisión observa su interdependencia y complementariedad, reconociendo que la existencia de situaciones de discriminación o diferenciación negativa de los derechos de los migrantes, las condicione asimétricas de acceso a la justicia, la posibilidad o relativa imposibilidad de desarrollar argumentos de defensa ante procesos administrativo o judiciales, exige de los Estados la adopción de medidas positivas que permitan a las personas la utilización de los servicios legales en igualdad real de condiciones.

C. Principio Pro Persona

103. El principio Pro Persona es una regla hermenéutica, prevista en el artículo 29 de la CADH, por la cual cuando haya dos o más disposiciones que sean aplicables a un caso o situación concreta, los Estados deben utilizar la disposición que sea más favorable para proteger los derechos de todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria. Asimismo, cuando haya dos o más interpretaciones de una disposición, los Estados deben utilizar la que sea más favorable a la persona y le ofrezca la más amplia protección. Además, los Estados deben aplicar la interpretación más favorable para garantizar los derechos humanos, y la más restrictiva para la limitación de esos derechos⁷⁷.
104. El principio pro persona ha sido entendido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como la pauta de interpretación que exige una interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones⁷⁸. El principio pro persona se constituye a través de dos manifestaciones: la preferencia de normas

⁷⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23.1.

⁷⁷ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 3.

⁷⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85: La Colegiación obligatoria de periodistas, 13 de noviembre de 1985, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 12.

y la preferencia interpretativa buscando siempre favorecer a la persona con la protección más amplia⁷⁹.

105. En su Opinión Consultiva sobre la Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH reiteró que, al interpretar la disposición de un tratado, se deberá privilegiar la aplicación de la norma que otorgue mayor protección a los derechos de la persona. Asimismo, este principio implica que se deberá interpretar los derechos de una manera amplia y a favor del individuo⁸⁰.
106. La Corte IDH ha establecido que la interpretación restringida puede implicar acotar los alcances de las normas que sean contrarias a los objetivos y fines contemplados en tratados internacionales. De esta manera, en el Caso Boyce y otros vs. Barbados, señaló que las disposiciones de pena de muerte bajo el principio pro persona debían interpretarse en el sentido en que dichas disposiciones imponen restricciones para limitar rigurosamente la aplicación y alcance de la pena de muerte, de modo que ésta se fuera reduciendo hasta su supresión final⁸¹.
107. La Comisión reconoce la relevancia del principio pro persona como clave hermenéutica, no solo para la interpretación más favorable de disposiciones normativas aplicables a las poblaciones migrantes, refugiadas, de solicitantes de refugio, apátridas o con necesidades de protección, sino también como elemento interpretativo de las circunstancias y dificultades efectivas de acceso a derechos. Esto debe reflejarse directamente sobre las condiciones de interpretación de situaciones factuales, la distribución proporcionada y razonable de la carga de prueba en los procedimientos de reconocimiento del estatuto del refugio, así como, en línea con lo que recomienda la Corte IDH en los procedimientos de reconocimiento del estatuto de refugiado, en la obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión⁸².

⁷⁹ Brito Melgarejo, Rodrigo, El principio pro persona y la protección de los derechos humanos: alcances e implicaciones, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXV, núm. 264, julio-diciembre 2015, pág. 272.

⁸⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, 30 de mayo de 2018, párr. 149.

⁸¹ Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. B. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁸² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, 30 de mayo de 2018, párr. 99.

D. El principio del debido proceso y sus garantías

1. Alcance del principio y elementos esenciales en los procesos vinculados a la movilidad humana

108. El derecho de no devolución posee un sentido amplio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como consecuencia de la complementariedad que rige este sistema, de manera que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su dimensión regional dialoga con el Derecho Internacional de los Refugiados, así como con el Sistema Global de Derechos Humanos de la ONU.
109. Los Principios Interamericanos abordan con amplitud la aplicabilidad de las condiciones de procesamiento de las personas en situación de movilidad humana, afirmando el derecho al debido proceso ante las cortes, tribunales y todos los demás órganos y autoridades de la administración de justicia en cualquier proceso legal conducente a la restricción o reconocimiento de sus derechos, así como ante funcionarios y autoridades específicamente encargados de la determinación de su situación migratoria⁸³. La Comisión reconoce que dichas garantías representan los niveles de protección y acceso a derechos y a procedimientos necesarios para todas las personas migrantes y deben ser garantizados en especial a las personas refugiadas, solicitantes de asilo, apátridas y otras que necesiten protección complementaria.
110. La CIDH inscribió, en los Principios Interamericanos, la temporalidad y tempestividad de los procedimientos como elementos constituyentes del debido proceso, “a fin de no prolongar indebidamente el sufrimiento al recordar los sucesos vividos, y promover un manejo adecuado del riesgo de retraumatización como consecuencia de estos procesos”⁸⁴. Dichas preocupaciones tienen aún mayor impacto en las dinámicas de protección de las personas en situación de movilidad humana, tales como personas refugiadas y apátridas.
111. En los procesos de migración, así como en los procedimientos conducentes a la restricción o reconocimiento de derechos se debe respetar plenamente a las garantías del debido proceso. Desde su perspectiva eminentemente tutelar de los derechos fundamentales, la Comisión considera que tales procedimientos deben atender ciertas garantías mínimas, como parte de la atención al principio del debido proceso legal.

⁸³ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 50.

⁸⁴ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 50.

Garantías mínimas constituyentes del Principio del Debido Proceso (Res CIDH 04/19):

- a. Funciones de control migratorio desempeñadas por autoridades claramente para solicitar y revisar la documentación;
- b. **Información de su situación jurídica, proceso legal y derechos;**
- c. Conducción de los procesos legales y apelaciones por una autoridad competente,
- d. **Protección de su información personal** y del principio de **confidencialidad**.
- e. **Notificación previa** y detallada del proceso en el cual sea parte, sus implicaciones y posibilidades de apelación en un **idioma y forma comprensibles** para la persona;
- f. Derecho a comparecer sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer facultades judiciales, y a juicio dentro de un plazo razonable; analizar la **legalidad de la detención o ser puesto en libertad** sin perjuicio de la continuación del proceso judicial;
- g. **Asistencia de un traductor o intérprete sin costo** (incluso en cualquier proceso relacionado con su situación migratoria);
- h. **Asistencia y representación jurídica por un representante legal competente** seleccionado por la persona (incluso en cualquier proceso relacionado con su situación
- i. **Audiencia o entrevista personal sin demora**, dentro de un plazo razonable y con los medios necesarios para preparar su defensa y para **reunirse de manera libre y privada con sus abogados;**
- j. **Notificación** de la decisión tomada en el proceso;
- k. Recepción de notificación escrita de la **decisión debidamente fundada y razonada;**
- l. Apelación de la decisión dentro de un **plazo razonable y con efecto suspensivo;**
- m. Notificación del derecho a recibir asistencia consular y tener acceso efectivo a ella, **cuando el migrante así lo solicite** con el fin de notificar a las autoridades consulares de su país de origen;
- n. **Derecho de los solicitantes de asilo y refugiados, solicitantes de la condición de apatridia y apátridas a ponerse en contacto con un representante de ACNUR y con las autoridades de asilo;**
- o. Exención de sanciones desmedidas por cuenta de su entrada, presencia o situación migratoria, o por causa de cualquier otra infracción relacionada con la migración; y
- p. Aplicación de estas garantías, cuando corresponda, con sensibilidad frente a situaciones de trauma.

112. La Comisión señala que, ante las especificidades normativas y de protección de las poblaciones refugiadas y apátridas, los estándares de garantía de derechos pueden ser más elevados, considerándose la especial situación de su desplazamiento y los riesgos en caso de devolución. En línea con la Corte IDH, la Comisión destaca, en síntesis, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un

proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁸⁵.

113. En este mismo sentido se encuentran la Observación General 15 (1988) del Comité de Derechos Humanos que establece que los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o que sean apátridas⁸⁶ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, en su Observación General 20 (2009), estableció que los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, incluidos los no nacionales, como las personas refugiadas, solicitantes de asilo, apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean⁸⁷. Por su parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR estableció en su Conclusión número 82 (1992) sobre la Salvaguarda de la Institución del Asilo que existe la obligación de dar a las personas que solicitan asilo y a las refugiadas un tratamiento acorde con las normas aplicables de derechos humanos y del derecho sobre los refugiados, en la forma en que se enuncian en los instrumentos internacionales pertinentes⁸⁸.

2. El debido proceso y niñez

114. Como se observará al o largo de los capítulos siguientes del informe, frecuentemente la protección referente al estatuto de la persona refugiada, de la persona apátrida o bajo protección complementaria se sobrepone a la situación especial vivida por niñas, niños y adolescentes en situación de desplazamiento. Al respecto, la Comisión recuerda que la Corte IDH ha establecido que el derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, reconocido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, en su interpretación sistemática con otras disposiciones de la propia Convención y de los tratados especiales, impone al Estado, entre otros deberes específicos, la obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes⁸⁹.
115. En armonía con dicha interpretación, la CIDH, a través de su Resolución 04/2019 que adopta los Principios Interamericanos, detalla las condiciones especiales de realización de las garantías del debido proceso legal involucrando niños, niñas y

⁸⁵ 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. 130.

⁸⁶ Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto: .11/04/86*. CCPR Observación General 15, 27^a período de sesiones, 1986, párr. 1.

⁸⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 30.

⁸⁸ Comité Ejecutivo ACNUR, *No 82 (XLVIII) Conclusión sobre la Salvaguarda de la Institución del Asilo, 1997, 48 período de sesiones del Comité Ejecutivo, para. vi*.

⁸⁹ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, 30 de mayo de 2018, párr. 99.

adolescentes. Dichos procesos tendrán como objetivo principal la determinación del principio del interés superior de la niñez en los procesos de protección del refugio, apatridia o de la protección complementaria, conforme el caso. Tratase de garantías inherentes al concepto de debido proceso en situaciones involucrando a niñas, niños y adolescentes, como: i. Acceso al territorio, cualquiera sea la documentación que tengan o no; ii. Designación obligada de un tutor desde el primer momento del proceso; iii) Ser plenamente informado en todo el curso del proceso, junto con su tutor o asesor; iv. Derecho a ser escuchado; v. Tratamiento prioritario de solicitudes y procedimientos; v. Acceso a contacto con la familia y no ser separado de ella; vi. El interés superior sea evaluado antes de tomar ninguna decisión que afecte su vida.

3. El debido proceso y la protección judicial en contexto de la movilidad humana

116. La Comisión también considera la profunda interdependencia entre los principios del debido proceso legal y de la protección judicial, ya que el derecho a acceder a la justicia para la protección de todos sus derechos, y a reparación integral de los daños sufridos debe ser otorgado de manera gratuita, sin barreras discriminatorias y en pie de igualdad con los nacionales del Estado, y tal perspectiva incluye el derecho al debido proceso y a garantías judiciales⁹⁰. La Comisión, considerando la conexión entre las garantías del debido proceso y de acceso a la justicia, observó, en los Principios Interamericanos que los Estados deben garantizar la posibilidad real de acceso a la justicia y la protección efectiva, de una manera eficaz, imparcial y expedita, sujeta a los principios de intermediación, celeridad y debida diligencia⁹¹.
117. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que las garantías mínimas del debido proceso se aplican en las determinaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter⁹². Asimismo, la Corte IDH consideró que: “El derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna⁹³”.
118. Asimismo, la Corte IDH ha considerado que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por el riesgo de la persona de ser deportada o privada de su libertad cuando acude a las instancias administrativas o judiciales y por la negativa

⁹⁰ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 40.

⁹¹ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 40.

⁹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 124.

⁹³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 122.

de la prestación de un servicio público y gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio, siendo un deber del Estado garantizar que el acceso a la justicia sea efectivo y no solo formal⁹⁴.

119. En el mismo sentido, la Comisión estableció que los Estados deben atender a los riesgos de vulneración de los derechos de las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las que necesiten de protección complementaria producidas bajo su custodia, y deben buscar igualmente su restitución cuando hayan sido vulnerados y su efectividad cuando su ejercicio encuentre obstáculos injustificados⁹⁵.

E. La interrelación entre el debido proceso y la non-devolución (non-refoulement)

120. La **no devolución** (*non-refoulement*), concepto clave que representa la efectividad plena de los mecanismos de protección, se considera una norma consuetudinaria de Derecho Internacional⁹⁶ y que ha sido reconocida como *jus cogens* (norma de derecho imperativo)⁹⁷ en relación con la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, considerando la prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, se ha concluido que “las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada tortura psicológica⁹⁸”. De esta manera, la obligación de no devolución es obligatoria para todos los Estados, independientemente de si son parte de los tratados internacionales que la reconocen⁹⁹, observando las circunstancias expresamente previstas en el artículo 33 (2) de la Convención sobre el Estatuto de

⁹⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 126.

⁹⁵ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 40.

⁹⁶ 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”.

⁹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18: *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, 30 de mayo de 2018, párr. 181. En este sentido, ver también 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, OEA/Ser.L/V/II.106, 28 febrero de 2000, párr. 154.

⁹⁸ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 224.

⁹⁹ CIDH, Informe sobre terrorismo y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc 5 rev. 1 corr. (2002), párr. 394.

los Refugiados de 1951, que debe de ser interpretado restrictivamente y en respeto al principio de proporcionalidad¹⁰⁰.

121. La CIDH entiende, por lo tanto, que el principio de no devolución (*non-refoulement*) constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas, solicitantes de asilo o con necesidades de protección internacional, ya que impide que se expulse o devuelva a estas personas a las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre¹⁰¹.
122. Si bien la Declaración Americana no contiene una provisión específica sobre la no devolución, la Comisión ha concluido que otros derechos humanos prohíben la devolución o expulsión donde este acto pueda conducir a la violación de estos derechos. En el *Caso de la Interdicción de Personas Haitianas*, 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 de asilo”) de la Declaración Americana (“... de acuerdo con los convenios internacionales”) ¹⁰², lo que remite, en este caso, al Convenio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y al Protocolo de 1967, que, por su vez, consagran la no devolución. Además, la Comisión observa que la no devolución refleja un desarrollo progresivo, a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura y la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas.
123. Teniendo en cuenta el desarrollo regional en materia de protección de las personas desplazadas en las Américas, la Comisión incluyó en su Resolución 04/2019, sobre los Principios Interamericanos, una síntesis del concepto de *non-refoulement*, que se profundizará en los capítulos 4 y 5, siguiendo la estrecha conexión con los temas de debido proceso legal en procedimientos de refugio, asilo, apatridia y en la definición de medidas de protección complementaria.

Principio 6: Non-refoulement

Ninguna persona será expulsada, devuelta, extraditada o, trasladada de manera

¹⁰⁰ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección I, Principio 6.

¹⁰¹ El principio de 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 (XVLL), Conclusiones generales, párr. c.

¹⁰² CIDH, Informe sobre Movilidad Humana: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA / Ser. L/V/II, Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 440.

obligaciones del derecho internacional de los refugiados. Las excepciones al principio de no devolución de conformidad con el derecho internacional de refugiados 1951, se permiten solo en las circunstancias que expresamente prevé el artículo 33 (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y

razones sustantivas para creer que la persona estaría en riesgo de sufrir tortura,

Los Estados deben respetar el principio de no devolución (non-refoulement),

respecto de toda persona que busca asilo u otra forma de protección internacional¹⁰³. [...]

124. En el núcleo de la definición del Principio de *non-refoulement* se encuentra la idea de preservación de la vida y de la libertad, así como de ciertos aspectos de la integridad física y moral más fundamentales, comprendidos en la fórmula “donde su vida o libertad peligran o donde sería sometida a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. El contenido de protección de dicho principio tiene como referencias tratados específicos, a la vez que se apoya en el esfuerzo interpretativo de los sistemas de justicia nacionales y sistemas internacionales de derechos humanos.
125. La CIDH destacó en sus *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas* que la no devolución se aplica tanto cuando la persona ya ha ingresado en el territorio como también extraterritorialmente:

Se respetará el derecho de no devolución de cualquier persona donde el Estado en cuestión ejerce jurisdicción, incluso cuando están dentro del territorio del Estado. El término "territorio" incluye la superficie terrestre y las aguas territoriales de un Estado, así como sus puntos de entrada fronterizos de jure, incluidas las zonas de tránsito o zonas "internacionales" en los aeropuertos. La responsabilidad de un Estado de proteger a las personas contra la devolución es independiente de si la persona ha ingresado al país en un sentido legal y ha pasado el control de inmigración¹⁰⁴.

126. Asimismo, la Comisión observa el desarrollo teórico del concepto que se ha venido implementando desde mediados de la década de los 80, a partir de un avance interpretativo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular a través de la práctica de los órganos regionales de protección de

¹⁰³ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Principio 6.

¹⁰⁴ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección I, Principio 6.

derechos humanos¹⁰⁵, que ha empujado el umbral del derecho de no devolución (*non-refoulement*) no solo aplicándolo a las personas refugiadas sino a cualquier persona en una situación similar. Lo anterior incluye a aquellas personas que están “en riesgo de tortura o de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, pero también aplica en aquellos casos en donde hay una amenaza a la vida, al derecho a estar libre de esclavitud, la libertad y la seguridad de la persona, protección contra leyes *ex post facto*, a la vida privada y familiar, o la libertad de pensamiento, consciencia, o religión¹⁰⁶”.

127. En esta materia, la Corte Interamericana ha establecido que, dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, la protección brindada por la no devolución se aplica a todas las personas refugiadas con independencia de haber sido así reconocidas por las autoridades, lo que implica que se encuentra garantizada también a las personas que están solicitando asilo¹⁰⁷.
128. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que la flagrante violación de las garantías mínimas de debido proceso en casos de procedimientos administrativos relacionados con la situación migratoria, en procedimientos de expulsión o deportación, así como en procedimientos para determinar la condición de refugiado, puede acarrear la violación del principio de no devolución¹⁰⁸.
129. En efecto, en carácter comparativo, y en línea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el derecho a la no devolución puede verse vulnerado por violaciones flagrantes de los derechos al debido proceso. El grado de dichas vulneraciones puede diferir en términos de graduación, pero la jurisprudencia de dicho tribunal ha resuelto que se ha alcanzado este umbral en casos que incluyen¹⁰⁹:
 - Juicio *in absentia* sin posibilidad posterior de obtener una nueva determinación del caso;
 - Un juicio sumario por naturaleza y realizado con total desprecio por el derecho de defensa;
 - Detención sin acceso a un tribunal independiente e imparcial que tenga la facultad de revisar la legalidad de la detención;
 - Negativa deliberada y sistemática de acceso a un abogado, especialmente para una persona detenida en un país extranjero; y

¹⁰⁵ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Soering vs. Reino Unido*, estableció que de acuerdo con el artículo 3 [Prohibición de la Tortura] hay una prohibición absoluta de *refoulement* de una persona a un Estado cuando haya un riesgo real de que puede sufrir tal trato.

¹⁰⁶ HATHAWAY, James C., “Leveraging Asylum”, en: *Texas International Law Journal* Vol. 45, 2010, p. 503.

¹⁰⁷ 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, párrs. 145, 147 y 153.

¹⁰⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, párr. 230.

¹⁰⁹ ECtHR, *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom* No. 8139/09, 17 de enero de 2012, párr. 259.

- El uso de pruebas obtenidas bajo tortura para incriminar a una persona¹¹⁰.
130. En este sentido, el principio de no devolución se considera exigible por cualquier persona en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo¹¹¹, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado¹¹². Según la Corte IDH, “esta disposición incluye los actos realizados por las autoridades migratorias y fronterizas, así como los actos realizados por funcionarios diplomáticos¹¹³”.
131. En mismo sentido, la Corte IDH ya interpretó que el artículo 22.8 de la Convención no establece ninguna limitación geográfica, con lo cual resulta procedente el criterio general de jurisdicción, es decir, tiene un amplio alcance de aplicación. De esta forma, el ámbito de protección contra la devolución no se circunscribe a que la persona se encuentre en el territorio del Estado, sino que también obliga a los Estados de manera extraterritorial, siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o el control efectivo sobre tales personas, como puede suceder en las legaciones, que por su propia naturaleza se encuentran en el territorio de otro Estado con su consentimiento¹¹⁴.
132. El principio de no devolución incluye también la prohibición de devolución indirecta. Al respecto, la CIDH ha establecido que “se considera devolución ‘en cadena’ (devolución indirecta) al retorno de una persona a un país o territorio desde donde será devuelta a un país donde su vida, libertad o integridad personal están en peligro¹¹⁵”, lo que significa que los Estados tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona con necesidades de protección internacional a un lugar 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 riesgo¹¹⁶.
133. Otro aspecto importante de la no devolución es que exige no solo que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas a los Estados. En esta línea, la Corte IDH destacó que el principio de no devolución requiere también la actuación

¹¹⁰ ECtHR, *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom* No. 8139/09, 17 de enero de 2012, párr. 267.

¹¹¹ CIDH, Informe de Inadmisibilidad No. 38/99, *Víctor Saldaño* (Argentina), 11 de marzo de 1999, párrs. 17 y 19.

¹¹² Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 219.

¹¹³ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, 30 de mayo de 2018, párr. 192.

¹¹⁴ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, 30 de mayo de 2018, párr.188.

¹¹⁵ CIDH, *Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas*, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección I, Principio 6.

¹¹⁶ 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. 153, citando al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Hirsi and Others v. Italy*, párr. 4.3.4.

estatal, incluido el examen individualizado del riesgo en caso de devolución, a partir de una entrevista a la persona y una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si hay motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos¹¹⁷.

134. Esto implica respetar las garantías mínimas de debido proceso, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su devolución y, si se constata ese riesgo, la persona no debería ser devuelta al país donde exista el riesgo¹¹⁸. Además, debe el Estado adoptar medidas adecuadas de protección a favor de las personas sujetas a tales riesgos.
135. El sistema interamericano ha interpretado la prohibición de devolución en casos de salud por su relación con los derechos a la vida e integridad personal. En este sentido, la CIDH resolvió en el caso de *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos* que se violaba la protección del artículo XXVI de la Declaración Americana a no imponer penas crueles, infamantes o inusitadas, puesto que, de ser retornada a Jamaica, no contaría con el tratamiento para VIH, enfermedad que era terminal e incurable. Específicamente, la CIDH estableció que en estos casos:

el parámetro aplicable consistirá en determinar si la deportación creará penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular, la presencia de parientes cercanos¹¹⁹.

136. Por su parte, la Corte IDH ha indicado que la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria del derecho a la no devolución en casos en que se afecte o deteriore gravemente la salud de la persona, o cuando pueda derivar en su muerte. Para determinar lo anterior, se debe tener en cuenta el estado de salud o el tipo de enfermedad que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos¹²⁰.
137. De manera similar, mediante la *Medida Cautelar n. 490-18*, la CIDH analizó la situación de desabastecimiento de medicinas y dificultades para acceder a medicamentos a Venezuela y concedió una medida cautelar para una persona que estaba en riesgo de deportación hacia Venezuela, donde sus derechos a la vida, integridad personal y salud correrían peligro en virtud de una supuesta falta de acceso a un tratamiento médico adecuado, particularmente respecto al VIH. La CIDH

¹¹⁷ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, 30 de mayo de 2018, párrs. 194 a 199. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva OC-21/14*, supra, párr. 235 y 236; *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, párr. 128 y 129; *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 136.

¹¹⁸ Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, párr. 129.

¹¹⁹ CIDH, Informe No. 63/08, *Andrea Mortlock vs Estados Unidos*, 25 de julio de 2008, párr. 91.

¹²⁰ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 229.

determinó que Panamá no había valorado la situación de riesgo a la salud y posibilidades de continuar su tratamiento médico¹²¹.

138. En este sentido, la CIDH requirió a Panamá que “adopte las medidas necesarias para garantizar los derechos a la vida, integridad personal y salud de la señora M.B.B.P. En particular, absteniéndose, de deportar o expulsar a la propuesta beneficiar hacia Venezuela en tanto las autoridades internas no hayan debidamente valorado, conforme a los estándares internacionales aplicables, el alegado riesgo enfrentado respecto a su situación de salud¹²²”.
139. La Comisión emitió también su *Resolución 2/18* en donde especifica que el principio a la no devolución debía respetarse en el caso de personas venezolanas, “sea a través de los procedimientos de deportación o expulsión o cualquier otra acción de las autoridades que estarían en riesgo de persecución u otras violaciones graves a sus derechos humanos, incluyendo un riesgo de afectación grave a su salud o a su vida por condiciones médicas, en concordancia con los artículos 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 13 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar la Tortura¹²³”.
140. Finalmente, cabe señalar que la no devolución ostenta la calidad de “garantía de diversos derechos humanos inderogables¹²⁴”. En este sentido, el principio de no devolución no es exclusivo de la protección de personas refugiadas¹²⁵, sino que sirve a la protección de otros derechos humanos de todas las personas (como la vida, la integridad, la libertad, entre otros), de modo que también se prohíbe la devolución o expulsión donde este acto pueda conducir a la violación de estos derechos.
141. Resulta de los esfuerzos de protección de los derechos humanos, especialmente de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales ante los nuevos factores de riesgo y amenazas de afectación, los temas de ampliación de los mecanismos de protección, a través de la concretización del principio de no devolución.
142. En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió sobre una comunicación presentada por un ciudadano de Kiribati, alegando que Nueva Zelanda había violado su derecho a la vida al negarle asilo, a pesar de su testimonio de que el cambio climático hizo inhabitable a Kiribati. La alegación trataba que Nueva Zelanda había violado el derecho a la vida en virtud del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos, bajo la argumentación que el aumento del nivel del mar en Kiribati, causado por el cambio climático, habría creado una escasez de espacio habitable, lo que resultó en violentas disputas por la tierra y la degradación ambiental, incluida la contaminación del suministro de agua dulce por agua salada. A pesar de esta negativa, el Comité señaló que, dado que " el

¹²¹ CIDH, *Medida cautelar No. 490-19, M.B.B.P. respecto de Panamá*, 15 de octubre de 2018.

¹²² CIDH, *Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas*, 2 de marzo de 2018.

¹²³ CIDH, *Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas*, 2 de marzo de 2018.

¹²⁴ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, 30 de mayo de 2018, párr. 180.

¹²⁵ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-25/18*, supra, párr. 180.

riesgo de que un país entero se sumerja bajo el agua es un riesgo extremo, las condiciones de vida en ese país pueden volverse incompatibles con el derecho a la vida con dignidad antes de que el riesgo se realice"¹²⁶.

F. Principio del respeto a la unidad familiar

Principio 33: Protección de la unidad y reunificación familiar.

La unidad familiar y la reunificación familiar deberán ser consideraciones primordiales

libertad. La separación familiar no puede ser utilizada para coaccionar a los progenitores a renunciar a su derecho a buscar protección o condición migratoria en

Cualquier niño, niña o adolescente que carezca de una nacionalidad válida tendrá el

En la determinación de la custodia de los hijos de migrantes, la situación migratoria

o derechos de visita. Asimismo, para determinar la custodia de niños, niñas y adolescentes cuyos progenitores hayan fallecido, se tomará en cuenta la existencia de

la unidad familiar¹²⁷.

143. El derecho a la unidad familiar se encuentra, además, establecido en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuando establece que la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, que debe garantizar el derecho a constituir familia y a recibir protección para ella.
144. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido que la familia es un elemento fundamental de la sociedad y que la separación de niños, niñas y adolescentes de su núcleo familiar sólo puede realizarse cuando exista una justificación objetiva basada en el interés superior del niño, y debe ser por un tiempo

¹²⁶ UNHRC, Opiniones aprobadas por el Comité en virtud del artículo 5 (4) del Protocolo Facultativo, relativas a la comunicación núm. 2728/2016, 7 enero 2020, párr. 9.11.

CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XII, Principio 38.

limitado. En el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos*, la CIDH estableció que el tener vínculos familiares no establece un derecho inmutable a permanecer en un país. No obstante, deben ponderarse los derechos a la unidad familiar y al interés superior del niño en cualquier procedimiento que pueda implicar la separación familiar¹²⁸.

145. En su opinión consultiva sobre niñez migrante, la Corte IDH estableció que el derecho a la niña o del niño 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, siempre debe prevalecer, excepto en aquellos casos en los cuales la separación del niño o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior¹²⁹.
146. Asimismo, la Corte IDH ha establecido que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir sobre la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual¹³⁰. En el mismo sentido, los Comités del Niño y de Trabajadores Migratorios y sus Familias establecieron que “la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra normas sobre inmigración¹³¹”.
147. Tanto la Corte IDH¹³², como los Comités del Niño y de Trabajadores Migratorios y sus Familias de Naciones Unidas¹³³ se han pronunciado sobre la importancia de facilitar canales migratorios regulares y no discriminatorios, así como facilitar que

¹²⁸ CIDH, *Informe No. 81/10, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros (Estados Unidos)*, 12 de julio de 2010, párr. 58.

¹²⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, párr. 275.

¹³⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, párr. 282.

¹³¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general conjunta núm. 4. (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, 16 de noviembre de 2017, párr. 29.

¹³² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, párr. 277.

¹³³ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general conjunta núm. 4. (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, 16 de noviembre de 2017, párr. 31.

las familias puedan regularizar su situación migratoria o que consigan permisos de residencia por motivos como la unidad familiar, relaciones laborales, integración social u otros motivos. Específicamente, los Comités recomendaron facilitar la regularización de personas migrantes en situación irregular que residan con sus hijos e hijas, en particular cuando han nacido en el territorio o han vivido en el país de destino durante un largo período de tiempo, o cuando el retorno al país de origen del padre o la madre iría contra su interés superior¹³⁴.

148. En armonía con tales directrices, la Comisión estableció en sus Principios Interamericanos de manera reiterada la protección a la unidad familiar, el deber de los Estados de invertir esfuerzos en la reunificación familiar de las personas separadas en contextos de desplazamientos y en evitar medidas que resulten en la separación forzosa de miembros del núcleo familiar. Al respecto, consideró la necesidad de preservar la unidad familiar como elemento constituyente del principio que resguarda el acceso a los procedimientos de asilo y al territorio (Principio 56), al largo de cualquier trámite migratorio (Principio 61), vinculado al principio de no-detención migratoria (Principio 68), y como parte de las garantías en los procesos de repatriación, devolución y expulsión (Principio 73)¹³⁵.
149. En relación al tema de la retirada del territorio, los Comités de los Derechos del Niño y de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y puntualizan que cuando la expulsión de los padres se debe a infracciones penales, deben garantizarse los derechos de los hijos e hijas, incluido el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial y el derecho a ser oídos y a que sus opiniones se tomen en serio, teniendo también en cuenta el principio de proporcionalidad y otros principios y normas de derechos humanos, subrayando un principio ordenador para la concesión y aplicación de medidas de protección complementaria¹³⁶.
150. Asimismo, sobre los efectos de la detención migratoria sobre la unidad familiar, la Corte IDH determinó que:

los Estados no pueden recurrir a la privación de la libertad de niñas y niños para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los

¹³⁴ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 4. (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017, párr. 29.

¹³⁵ CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019.

¹³⁶ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 4. (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017, párr. 29.

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 niño¹³⁷.

De esta manera, la Corte jerarquiza la protección de la niñez y el superior interés de niñas y niños en rango más elevado que otras preocupaciones de la administración migratoria, por lo que se debe comprender que la búsqueda de alternativas menos lesivas a la privación de libertad debe ser priorizada en función de la manutención de la unidad familiar.

G. Incorporación de perspectiva de género y de enfoques diferenciados

151. Como fuera consignado en los Principios Interamericanos, la Comisión valora esencial que las leyes y políticas relacionadas a los fenómenos de movilidad humana, incluso el tratamiento concedido en relación a los procedimientos que conduzcan al reconocimiento de estatutos de protección internacional, como el refugio, el asilo y la apatridia, y todas las formas de protección complementarias, deben incorporar una perspectiva de género. Tal perspectiva debe considerar los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados, que enfrentan las mujeres, hombres, niños y adolescentes de ambos sexos y personas LGTBI en el contexto de la movilidad humana.
152. En conformidad con lo desarrollado en su Informe Temático *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, la CIDH observa la incidencia de factores de violencia y discriminación que enfrentan las mujeres migrantes durante todo el proceso migratorio en el destino, tránsito y origen. Asimismo, la intersección de la situación de movilidad con distintas condiciones, como el género, la raza, el origen étnico, la clase social, la edad, exponen las mujeres y niñas migrantes a situaciones que pueden representar abusos y explotación contra ellas¹³⁸. Además, sistemas de asilo y protección desprovistos de esta perspectiva pueden crear obstáculos adicionales para el acceso de mujeres y niñas a los procedimientos y sistemas de protección, incluyendo sistemas de asilo, apatridia y protección complementaria, así como generar factores de revictimización y afectaciones de sus derechos.
153. En el contexto más amplio de los mecanismos de protección, la Comisión reconoce que la extensión de otras consideraciones para la definición de vida como bien jurídico a preservar debe desafiar las concepciones de principios interrelacionados

¹³⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, párr. 283.6

¹³⁸ CIDH, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233 14 noviembre 2019, parr 191, 268 y Anexo, parr 36.

como los de unidad familiar, no-devolución, no discriminación y debido proceso. Al largo de los capítulos siguientes, se enfocará en la consolidación de los mecanismos de protección del refugio, apatridia y protección complementar a la luz del debido proceso legal.