CONSTITUCIÓN Y DERECHOS

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES:
UNA MIRADA DESDE EL *IUS COMMUNE*



Armin **von Bogdandy**
Mariela **Morales Antoniazzi**
Juana María **Ibáñez Rivas**
Coordinadores

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

DFG Deutsche Forschungsgemeinschaft

Colección

Constitución y Derechos



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
Secretaria de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Derechos humanos de las personas migrantes:
una mirada desde el *ius commune*

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Juana María Ibáñez Rivas
Coordinadores

Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado
y Derecho Internacional Público
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México
Deutsche Forschungsgemeinschaft
México, 2023



Fotografía de portada:
Estado de Roraima, Pacaraima, Brasil
Venezolanos llegan a un centro para migrantes (abril, 2019)
Víctor Moriyama
Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

Primera edición: febrero de 2023

Derechos humanos de las personas migrantes: una mirada desde el ius commune

© Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Juana María Ibáñez Rivas

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-99-8

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Juana María **Ibáñez Rivas**
Edición

Carolina **Hernández Parra**
María Andrea **Niño Rivera**
Apoyo editorial

Isabel **Hernández Reséndiz**
Formación

Contenido

Presentación 13
Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Juana María Ibáñez Rivas

Parte I
Impacto de los estándares interamericanos en materia de migración

Movilidad humana y derechos humanos: algunas anotaciones sobre el impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 25
Julissa Mantilla Falcón

El impacto transformador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la movilidad 59
Romina I. Sijniensky

El papel del litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para el desarrollo del *ius constitutionale commune* en materia de movilidad humana en las Américas 97
Francisco Quintana
Helen Kerwin

Protección de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el rol de la academia. . 125
Juana María Ibáñez Rivas

Impacto de los estándares interamericanos en la protección de los derechos humanos de las personas en movilidad durante la pandemia de COVID-19 167
Edgar Corzo Sosa

Trata de personas migrantes y la construcción de un *ius commune* interamericano. Avances y desafíos. 205
Mariela Morales Antoniazzi
María Barraco

Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en normas, políticas públicas y jurisprudencia nacional sobre personas en contexto de movilidad humana 243
Álvaro Botero Navarro

La política de regularización de la población migrante venezolana en Colombia a la luz de los estándares interamericanos 281
Ivonne Garza Garza
Silvia Serrano Guzmán

Los movimientos migratorios en México: contexto y desafíos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos . . 319
Rogelio Flores Pantoja

Impacto de los estándares interamericanos en materia de migración en el Sistema y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 353
Luis López Guerra

Parte II
El impacto del Sistema Interamericano de Derechos humanos desde las voces de las personas migrantes y sus familias

Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la búsqueda de personas migrantes desaparecidas en la región. 385
Bertila Parada
Ana Lorena Delgadillo

Vélez Loor vs. Panamá: un caso emblemático sobre los derechos humanos de las personas migrantes. 425
Jesús Tranquilino Vélez Loor

Presentación

La migración, en todas las regiones del mundo,[1] cuenta por millones a los migrantes y sus familiares.[2] En América, conforme lo recuerda la Organización Internacional para las Migraciones, "la migración ocurre dentro de un contexto marcado por lazos históricos, políticos, económicos y sociales entre los países, grandes disparidades socioeconómicas internas e intrarregionales, la inestabilidad política, la inseguridad y la violencia en algunos países, así como riesgos naturales graves y frecuentes agravados por la evolución de los cambios ambientales graduales".[3]

Los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas migrantes, sin discriminación, de conformidad con el derecho interno, el derecho internacional de los derechos humanos y demás ramas del derecho internacional. El principio de igualdad y no discriminación, norma imperativa de derecho internacional general, tiene un rol esencial en el cumplimiento de

---

1 Entre las personas migrantes, miles han muerto o desaparecido "en el mar Mediterráneo y el océano Atlántico al intentar alcanzar territorio europeo", y cientos de ellas han desaparecido o muerto "al cruzar las fronteras terrestres entre Belarús y Polonia, Turquía y Grecia, y México y los Estados Unidos de América, entre otras fronteras". Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, Violaciones de los derechos humanos en las fronteras internacionales: tendencias, prevención y rendición de cuentas, A/HRC/50/31, de 26 de abril de 2022, párr. 40.

2 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Informe 33º período de sesiones (27 de septiembre a 8 octubre de 2021) y 34º período de sesiones (28 de marzo a 8 de abril de 2022), A/77/48, 2022, párr. 21.

3 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Tendencias recientes de la migración en las Américas, p. 1, *https://rosanjose.iom.int/sites/g/files/tmzbdl1446/files/documents/tendencias-recientes-de-la-migracion-en-las-americas_sp.pdf*

las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. Dicho principio exige que los Estados se abstengan de producir regulaciones, políticas y prácticas discriminatorias o con efectos discriminatorios; que combatan prácticas discriminatorias y que, en su caso, adopten medidas para superar contextos de discriminación estructural en perjuicio de las personas migrantes. El cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación permite atender, con enfoque diferenciado e interseccional, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mayoría de personas migrantes.

Los Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad (2017),[4] que tienen como antecedente a la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2016),[5] han destacado que "muchos millones de migrantes y refugiados se encuentran en una situación de vulnerabilidad en lo que respecta a sus derechos humanos, en particular en el contexto de grandes desplazamientos o movimientos migratorios mixtos".[6] Ello obedece a las razones por las que abandonaron su país de origen, por las circunstancias encontradas en su ruta migratoria, en las fronteras o en los países de tránsito o destino, sea por una discriminación relacionada con aspectos específicos de su identidad o la situación en la que viven (edad, género, origen étnico, nacionalidad, religión, idioma, orientación sexual, identidad de género, situación de migración, etc.) o, incluso, debido a la combinación de todos esos factores.[7]

---

4 Consejo de Derechos Humanos, Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad, A/HRC/34/31, de 26 de enero de 2017, *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf*

5 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), resolución 71/1, de 19 de septiembre de 2016.

6 *Ibid*., párr. 6.

7 Consejo de Derechos Humanos, Protección de los derechos humanos de los migrantes: el pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular, A/HRC/RES/35/17, de 6 de julio de 2017, y Consejo de Derechos Humanos, Los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/RES/47/12, de 26 de julio de 2021.

Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos de las personas migrantes, Felipe González Morales, ha destacado que, adicionalmente, diferentes factores aumentan "la vulnerabilidad de las personas que cruzan las fronteras internacionales",[8] entre ellas, la militarización de las fronteras, el control fronterizo extraterritorial, las medidas de disuasión, las devoluciones en caliente (*pushbacks*), los procedimientos acelerados de retorno, el acceso limitado al asilo y a otros tipos de protección de los derechos humanos, la falta de asistencia humanitaria por parte del Estado y la criminalización de los migrantes que llegan de forma irregular —así como de los defensores de los derechos humanos—.[9] Las personas migrantes se encuentran, además, particularmente expuestas a sufrir actos de discriminación y xenofobia. A esto debemos sumar la pandemia de COVID-19, que "ha tenido efectos desproporcionados en los derechos de los migrantes debido a los cierres de fronteras y a otras medidas de emergencia".[10]

Las historias de incertidumbre, angustia y desesperación de los migrantes y sus familias interpelan a la comunidad internacional en su conjunto y, sobre todo, a los Estados, principales llamados a adoptar medidas para prevenir afectaciones a sus derechos humanos. Sobre el particular, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018),[11] primer acuerdo intergubernamental "que pone a los migrantes y sus derechos humanos en el centro"[12] y que ofrece una importante oportunidad para reforzar su protección, independientemente de su estatus,[13] establece como propósito "fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias perti-

8 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *cit*., párr. 24.

9 *Idem*.

10 *Ibid*., párr. 40.

11 Adoptado en la Conferencia Intergubernamental sobre Migración celebrada en Marrakech, Marruecos, los días 10 y 11 de diciembre de 2018, y, posteriormente adoptada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 73/195, el 19 de diciembre de 2018.

12 *Ibid*., párr. 7.

13 *Idem*.

nentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario".[14] Sin duda alguna, el contexto actual de crisis migratoria requiere "sinergia y solidaridad entre los Estados",[15] pero también entre estos y las organizaciones internacionales y la sociedad civil "para brindar una respuesta regional y global efectiva".[16]

En nuestro continente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano representan el marco de protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familiares. A partir de dichos instrumentos, y en ejercicio de sus respectivas competencias, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado estándares fundamentales para la consolidación de dicha protección. Esta publicación se destina al impacto transformador de la interamericanización de los estándares en materia de migración tendentes al *Ius Constitutionale Commune* en América Latina.[17] El derecho común se configura por los ordenamientos jurídicos internos y las normativas universales y regionales, en clave de interacción, que tienen como marco el constitucionalismo regional transformador.[18] En tales interacciones se involucran los distintos actores de la comunidad de práctica de derechos humanos en la región para procurar un impacto transformador,[19] entre otros,

14 *Idem*.

15 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020, considerando 37.

16 *Idem*.

17 Véase, por ejemplo, Bogdandy, Armin von; Góngora Mera, Manuel y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), Ius Commune *en migración y constitucionalismo transformador en Colombia: un enfoque de derechos para la movilidad humana*, México, MPIL/IECEQ, 2022.

18 Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, IECEQ/MPIL, 2017.

19 Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, MPIL/UNAM/IECEQ, 2019.

los movimientos de derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales, el propio litigio estratégico, la academia, así como las situaciones de personas concretas cuyos casos, o los de sus familiares, han encontrado justicia en el Sistema Interamericano. Este es el hilo conductor que orienta los estudios compilados en esta obra colectiva.

Julissa Mantilla Falcón presenta el aporte e impacto de los mecanismos de la Comisión Interamericana para la mejor protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana, desde una mirada interseccional y en el marco del principio de no discriminación. Asimismo, examina algunos casos concretos que dan cuenta del efecto transformador interamericano ante los crecientes retos y desafíos emergentes en la actualidad frente al fenómeno de la migración.

Romina Sijniensky desarrolla el impacto transformador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana focalizado en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la movilidad. Específicamente, se alude al impacto de la prevalencia de la condición de niñez por sobre la situación migratoria; el principio de no detención de niños, niñas y adolescentes por razones migratorias, y la necesidad de un análisis circunstanciado en términos de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos de expulsión que tenga en cuenta el interés superior del niño cuando hijos menores de edad puedan verse afectados por la decisión de casos concretos.

Francisco Quintana y Helen Kerwin destacan el papel del litigio estratégico para el desarrollo de estándares en materia de movilidad humana en el Sistema Interamericano, así como algunas características y particularidades de dicho litigio en materia migratoria. En esa medida, describen cómo las víctimas y su representación legal tienen un papel fundamental en la construcción de estándares y jurisprudencia, ya que al llevar casos a conocimiento de la Comisión y/o de la Corte Interamericanas y formular alegatos y pretensiones sobre el derecho aplicable, plantean temáticas y cuestiones jurídicas a las que deben dar respuesta ambos órganos del sistema.

Juana María Ibáñez Rivas se aproxima al rol de la academia, en cuanto comunidad científica, como otro de los actores clave para potenciar el impacto del Sistema Interamericano en materia de migración. Al respecto, propone que la academia no sólo debe ser identificada como un actor cuyo objeto de estudio es el Sistema Interamericano y sus líneas jurisprudenciales, sino también —y sobre todo— como un actor con la responsabilidad de conocer y sistematizar los estándares interamericanos en materia migratoria. Asimismo, subraya la responsabilidad de generar espacios de reflexión y crítica para el fortalecimiento, seguimiento y cumplimiento de dichos estándares al igual que sobre las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana.

Edgar Corso Sosa dedica su ensayo al impacto de los estándares para la defensa de los derechos humanos de las personas en movilidad en el contexto de la pandemia de COVID-19. Enfatiza situaciones en las que la crisis sanitaria ha incrementado la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes como sujetos de derechos humanos (cierre de fronteras, rechazo y no devolución, expulsiones colectivas y detención migratoria y centros de detención), y las respuestas de la Comisión y de la Corte Interamericanas para prevenir o revertir las violaciones a sus derechos ante ese contexto.

Mariela Morales Antoniazzi y María Barraco visibilizan, por un lado, la construcción de estándares de protección de las personas migrantes víctimas de trata desde el Sistema Interamericano y, por otro lado, esbozan tendencias del proceso de interamericanización en materia de trata de personas migrantes en la región. A tal efecto, se perfila el contenido de los principales estándares y de las obligaciones estatales en materia de protección de las víctimas de trata de personas migrantes, a la luz del acervo de la Corte Interamericana y de los informes temáticos de la Comisión Interamericana. A título enunciativo y no exhaustivo, se articulan acciones implementadas por los Estados en América Latina que integran el *ius commune* en el ámbito de trata de personas migrantes.

Álvaro Botero Navarro destaca cómo, y a través de qué mecanismos, los órganos del Sistema Interamericano han respondido a las situaciones de violación de derechos humanos de las

personas migrantes, refugiadas, y otras personas en contextos de movilidad humana en la región. Para ello, brinda ejemplos del impacto transformador de la actuación de la Comisión Interamericana —y, en su caso, de la Corte Interamericana— y de la aplicación de los estándares desarrollados por los órganos interamericanos en normas, políticas públicas y jurisprudencia nacional para la protección de los derechos humanos de las personas en movilidad humana.

Ivonne Garza y Silvia Serrano evalúan la evolución de la política migratoria en Colombia para la regularización de personas migrantes venezolanas, dado su carácter como uno de los principales países receptores. Las autoras identifican en la política migratoria colombiana necesidades de adecuación a los estándares interamericanos, entre ellos, la relevancia de procesos de regularización; no renuncia a la protección internacional; asistencia humanitaria y acceso a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; prohibición de la estigmatización y xenofobia, y medidas frente a riesgos de apatridia.

Rogelio Flores Pantoja mapea la situación actual de los derechos humanos de las personas migrantes en México, con la finalidad de hacer visibles los aciertos y pendientes en la toma de decisiones de las autoridades públicas, todo con base en los estándares del Sistema Interamericano. El capítulo revisa el impacto de los estándares interamericanos en la legislación, política migratoria y jurisprudencia mexicana, indagando paralelamente acerca del papel de México en la construcción de tales estándares a través de la solicitud de opiniones consultivas a la Corte Interamericana.

Luis López Guerra se focaliza en el impacto de los estándares interamericanos en materia de migración en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto por vías externas (alegaciones de los recurrentes, intervenciones de terceros) como desde dentro del Tribunal (opiniones separadas, razonamientos jurídicos en las sentencias). A partir de ello pone de relieve cómo, progresivamente y por propia iniciativa, el Tribunal Europeo ha recogido la doctrina interamericana como apoyo a sus conclusiones y elemento relevante en su *ratio decidendi* en algunos aspectos claves del análisis del fenómeno migratorio, entre

ellos, la especial protección de los menores, la protección frente a expulsiones colectivas y la fuerza vinculante de las medidas cautelares en casos de expulsión.

Bertila Parada y Ana Lorena Delgadillo subrayan que en México, los diferentes mecanismos de protección de derechos humanos de la Comisión Interamericana (audiencias, visitas *in loco*, informes temáticos y de país) han coadyuvado en la construcción de mecanismos con vocación transnacional que permitan el acceso a la justicia a familiares de personas migrantes desaparecidas (la Comisión Forense para la identificación de las víctimas migrantes de tres masacres y el Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación). En la esfera de la interamericanización, se advierte que la naturaleza transnacional de dichos mecanismos impacta en el derecho de acceso a la justicia de personas migrantes de Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras.

Jesús Tranquilino Vélez Loor comparte cómo el procedimiento ante el Sistema Interamericano, que derivó en la sentencia de la Corte Interamericana en su caso, tuvo impacto en su derecho de acceso a la justicia. La narrativa alude a las dificultades que él afrontó en el procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericanas, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraba como persona migrante. Su relato hace referencia al alcance e impacto de las reparaciones y a los desafíos del cumplimiento de ciertas medidas. Su experiencia de vida a la luz de la sentencia revela su vocación de trabajo por la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

A través de estos capítulos de la obra colectiva, cuyo significado va más allá de la sumatoria de los mismos, se pretende contribuir a mejorar el entendimiento de la dimensión de los estándares interamericanos en materia migratoria y explorar su potencial impacto transformador. El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales, mediante el cual se adoptan los estándares, evidencia una tendencia hacia la protección de los derechos humanos de las personas migrantes en América Latina y, en esa medida, orienta el cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto y garantía, sumado al impulso que denotan los demás actores de la comunidad de práctica en

la región en el ejercicio del mandato transformador de la Comisión y de la Corte. La "interamericanización", en un sentido lato, trasciende las fronteras hasta llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para incidir en su jurisprudencia. En síntesis, la interamericanización, como uno de los procesos que apalancan la construcción del *ius commune* en el ámbito de la movilidad humana, conlleva una relevante visibilización de los avances y hace posible dar voz a las personas migrantes y sus familias, y entre ellas, a quienes han sido víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

El Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro agradecen profundamente a los autores y las autoras de la publicación, no sólo por compartir con los lectores y las lectoras una mirada analítica, rigurosa y crítica de los estándares interamericanos de protección de los derechos humanos de las personas migrantes, sino también por su compromiso personal y profesional frente a los desafíos actuales del fenómeno migratorio en América y a nivel global.

Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Juana María Ibáñez Rivas
Diciembre de 2022

Parte I
Impacto de los estándares interamericanos en materia de migración

Movilidad humana y derechos humanos: algunas anotaciones sobre el impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*Julissa Mantilla Falcón**

1. Introducción

La movilidad humana es uno de los temas más importantes en materia de derechos humanos en la actualidad, al punto que se hace referencia a una emergencia migratoria que incluye afectaciones a los derechos y libertades de las personas en esta situación y que requiere una respuesta coordinada de los diferentes Estados, más aún en el contexto de pandemia que vivimos.

En este sentido, el rol del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el monitoreo, promoción y protección de los derechos humanos ha sido fundamental, tanto a nivel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y sus diversos mecanismos de actuación como, sin duda, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Este texto se centrará en el rol de la Comisión Interamericana en este ámbito, a través del énfasis en sus aportes y el impacto de sus mecanismos para la mejor protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana, y del

* Abogada. Profesora Ordinaria del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

análisis de algunos casos concretos en la materia que dan cuenta del efecto transformador interamericano ante los crecientes retos y desafíos que se plantean actualmente.

2. El Sistema Interamericano y la especial protección de las personas en movilidad humana:[1] la importancia del principio de no discriminación

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene su fundamento en el reconocimiento de la dignidad humana, la cual es inherente a las personas y no depende bajo ninguna circunstancia del reconocimiento estatal. Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 1, al señalar que "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Este es el punto de partida de los sistemas internacionales de protección, tanto a nivel universal como interamericano, los cuales cuentan con un marco normativo y mecanismos de monitoreo, promoción y protección de los derechos humanos, a los que se someten voluntariamente los Estados, limitando su soberanía con el fin de priorizar la protección de los derechos y libertades de las personas.

En el caso concreto de la movilidad humana, si bien en el Sistema Interamericano no existe un tratado específico sobre el tema, es evidente que resultan aplicables de manera directa los contenidos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[2] y de los demás tratados del Sistema Interamericano,[3]

[1] La denominación "movilidad humana" debe entenderse para incluir a las personas migrantes y sus familias, refugiadas, solicitantes de asilo, desplazadas internas y apátridas.

[2] Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

[3] Entre ellos se encuentran los siguientes: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Eco-

instrumentos vivos "cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales",[4] según se ha establecido a nivel de la doctrina y la jurisprudencia interamericanas.

Adicionalmente, la facultad de los Estados para establecer políticas migratorias debe responder a sus obligaciones internacionales de derechos humanos. En el caso del Sistema Interamericano, éstas están definidas en la CADH, la cual establece de manera general que los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención 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" (artículo 1). En este marco, los Estados deben adoptar aquellas disposiciones de derecho interno que sean necesarias para garantizar y hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2).

Ahora bien, de manera específica, la Convención Americana establece una serie de derechos que deben estar presentes al mo-

---

nómicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (1988); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (1994); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con discapacidad (1999); Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013); Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013); Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2017).

[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 58.

mento que los Estados diseñan y ejecutan políticas migratorias. Así, por ejemplo, al momento de regular el derecho de circulación y residencia, la CADH establece que éste solo puede ser restringido en virtud de una ley y siempre que sea 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" (artículo 22). Asimismo, la CADH establece que nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo, y expresamente prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. Finalmente, la CADH señala —en la misma línea que la Declaración Americana— que "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", y que "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". De esta manera, la CADH reafirma la existencia del principio de no devolución, el cual ha sido reconocido como norma de *ius cogens* por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-21/14,[5] y que debe inspirar las políticas migratorias en la región.

Al respecto, la Corte IDH ha sido clara al establecer en su jurisprudencia que tanto a nivel de la Declaración Americana y de la CADH se ha "cristalizado el derecho subjetivo de todas las

[5] 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. 225. Sobre el carácter vinculante de las normas de *ius cogens*, véase, Corte IDH. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26.

personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una 'mera prerrogativa estatal'",[6] lo cual refleja cómo el Sistema Interamericano ha respondido ante la situación de las personas migrantes. En este punto, es importante detenerse en la manera distinta en la que la Declaración Americana y la Declaración Universal se refieren a la movilidad humana, fundamentalmente en cuanto al asilo.[7] Así, mientras la primera establece que "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" (artículo 27), la segunda señala que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país" (artículo 14). Esta no es una diferencia menor, porque nos plantea una tradición histórica de asilo a nivel interamericano.

Por otro lado, debe tenerse presente que el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas en movilidad humana responde al principio de no discriminación, el cual constituye una norma imperativa, es decir, una norma de *ius cogens,*[8] en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

Si bien los diferentes tratados e instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacen referencia a este prin-

---

6 *Ibid*., párr. 73.

7 Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 114.

8 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. El artículo 53 sobre "Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens')" establece que: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

cipio, fue con la Convención contra la Discriminación Racial de 1965 y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979, que se incluyó una definición específica de la prohibición de discriminación. Posteriormente, en 1989, en la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos se estableció que el término discriminación se refiere a "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas".[9]

Ahora bien, es interesante resaltar que en el ámbito interamericano fue en 2003, en la Opinión Consultiva OC-18/03, sobre "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", que la Corte estableció que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, la Corte reafirmó que el principio de igualdad ante la ley, la igual protección ante la ley y la no discriminación son normas de *ius cogens*.[10] En su análisis, la Corte reconoce la situación de especial vulnerabilidad de las personas migrantes, la cual 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 Estado".[11]

---

9 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. 7.

10 *Ibid*., párr. 101. Posteriormente, en la Opinión Consultiva OC-26/20, la Corte IDH reafirmó que el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación es una norma de *ius cogens*. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-26/20, *cit*., párr. 106.

11 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 112.

La Corte Interamericana, además, afirma que existen prejuicios culturales acerca de los migrantes que reproducen las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, y que "dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra".[12] Por ello, es necesario recordar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación no depende del estatus migratorio de una persona en un Estado.[13]

Asimismo, la Corte establece que las políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos, por lo que los Estados pueden establecer medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores, pero "no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean estas, incluidas las de carácter migratorio".[14]

En este sentido, los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, no deben producir "regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos",[15] deben combatir las prácticas discriminatorias y deben adoptar las medidas afirmativas que sean necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de las personas. Al respecto, la Comisión Interamericana ha sostenido que las personas migrantes en muchos casos ignoran las leyes y el idioma del país receptor, recibiendo hostilidad y resistencia de parte de la población y de las autoridades, situación especialmente grave para el caso de los migrantes indocumentados. Esta situación los expone a "arrestos arbitrarios y la ausencia de debido proceso; de-

12 *Ibid*., párr. 113.

13 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.

14 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 172.

15 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, cit.,* párr. 141.

portaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención infrahumanas; 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".[16]

Es importante, además, tener presente que las personas en movilidad humana enfrentan formas interrelacionadas de discriminación que se exacerban al abandonar sus países de origen, que se mantienen durante sus trayectos de traslado y/o retorno, y que responden a factores como la edad, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnico-racial, condición de discapacidad, situación de pobreza o pobreza extrema, entre otras.

Por ello, es fundamental considerar el enfoque interseccional,[17] el cual permite "visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos".[18] Para el caso específico de la movilidad humana, la mirada interseccional permite incorporar las dimensiones de género, edad y diversidad, como ejes principales para el monitoreo y la defensa de los derechos humanos y, de esta manera, identificar las situaciones particulares de las mujeres, niños, niñas y población lesbiana, gay, bisexual, transgénero, intersexual (LGBTI) migrante, quienes están particularmente expues-

16 CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, de 31 de diciembre de 2015, p. 14.

17 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. párr. 288. Este enfoque fue resaltado por la Corte IDH, al establecer que "ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones a sus derechos humanos".

18 Corte IDH. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 11. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit*.

tos a situaciones de violencia sexual, discriminación de género, trata de personas y explotación laboral.

Así, por ejemplo, para el caso específico de las mujeres, es preciso considerar la Convención de Belém do Pará, que de manera expresa establece que los Estados deben tener especialmente en cuenta "la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada" (artículo 9).[19] Adicionalmente, se debe considerar que las mujeres y niñas son víctimas directas de trata, debido —entre otras causas— a la discriminación de género, las situaciones de conflicto, las emergencias humanitarias, la discriminación en los regímenes de migración y asilo.[20] Al respecto, la CIDH ha destacado que entre las afectaciones desproporcionadas de la trata en las mujeres, adolescentes y niñas, se encuentran "1) daño físico grave, derivado de agresiones físicas persistentes, malos tratos, condiciones de vida degradantes y privación de necesidades básicas; 2) afectaciones a la salud sexual y reproductiva, como violaciones y abusos sexuales, abortos y embarazos no deseados, pérdida de la capacidad reproductiva, y contagio de enfermedades de transmisión sexual; 3) dependencia de medicamentos y drogas, y 4) consecuencias psicológicas acentuadas".[21]

En el caso de las personas LGBTI, la Comisión Interamericana ha recibido información sobre las amenazas y persecución que sufren en países como Honduras, Nicaragua, El Salvador y Guatemala y que les han forzado a migrar hacia Costa Rica principalmente. En este punto, se debe tener en cuenta que los marcos internacionales en materia de asilo no consideran la situación particular de las personas LGBTI y la discriminación que sufren las perso-

---

19 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 5 de marzo de 1995.

20 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, CEDAW/C/GC/38, de 20 de noviembre de 2020, párr. 18.

21 CIDH. Comunicado de Prensa No. 199/21, "Día Mundial contra la Trata de Personas: la CIDH llama a los Estados de la región a adoptar medidas efectivas para prevenir y combatir el impacto desproporcionado de la trata en la victimización de mujeres, adolescentes y niñas", de 30 de julio de 2021.

nas trans. Esto, pese a que se han documentado casos de personas trans que han sido internadas en centros de detención migrante sin atender a su identidad de género, y que, en algunos supuestos, han sido víctimas de violación sexual.[22]

Por otro lado, el enfoque interseccional permite también visibilizar la situación de la niñez migrante, la cual requiere una respuesta particular del Estado al momento de diseñar sus políticas migratorias, tal como lo estableció la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-21/14.[23] Al respecto, la Corte ha desarrollado los procedimientos necesarios para identificar las necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, de ser el caso, adoptar medidas de protección especial, precisando las garantías de debido proceso aplicables en sus procesos migratorios; el principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular; las características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y las garantías para su aplicación. Adicionalmente, la Corte ha señalado las condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias; las garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias; el principio de no devolución y los procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo, así como el derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios.[24]

3. La respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la movilidad humana

La función principal de la CIDH es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. En ejercicio de su mandato,

[22] CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, de 12 de noviembre de 2015, párr. 286.

[23] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit.*, párr. 50.

[24] *Idem*.

la Comisión puede formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de su normatividad interna, así como preparar los estudios e informes que considere convenientes, entre otras funciones.[25] En este marco, la CIDH realiza una actividad de monitoreo en la región, la cual le ha permitido priorizar ciertos temas y grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación estructural a quienes presta particular atención desde sus Relatorías Temáticas.

En este contexto, la CIDH identificó la situación particular de riesgo de afectación de los derechos humanos de las personas en movilidad humana, sobre todo ante la falta de respuesta adecuada por parte de los Estados, no solo de aquellos donde se inicia la movilización sino en aquellos Estados de tránsito, de llegada y de retorno.

La CIDH entiende que la movilidad humana no solo se produce de manera voluntaria sino también forzada, es decir, debido a diferentes causas tales como las amenazas a la vida, la libertad o integridad de las personas; la persecución por raza, religión, nacionalidad; la pertenencia a un determinado grupo social; las opiniones políticas, así como por "situaciones de violencia generalizada, conflicto armado, violaciones de los derechos humanos, desastres naturales o provocados por el ser humano, entre otras causas".[26]

Por ello, en 1996 la CIDH creó la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias y la Relatoría sobre Desplazados Internos. Sin embargo, en 2012, la Comisión decidió modificar el mandato de esta Relatoría para así poder responder a los múltiples desafíos que plantea la movilidad humana y que, sin duda, le ha permitido abordar 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.

---

25 Art. 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

26 CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos..., *cit*., párr. 12.

Entre dichos desafíos, sin duda, se encuentran las situaciones que deben enfrentar los sistemas migratorios nacionales ante nuevos e intensos movimientos humanos de movilidad.

En su labor de monitoreo, la CIDH ha identificado, por un lado, la regulación estatal de la migración,[27] que en muchas circunstancias afecta los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias y, por otra parte, la falta de coordinación entre Estados para regular los procesos de migración internacional. En la actualidad, la migración no puede seguir viéndose como un problema particular de determinado Estado, sino que requiere una coordinación internacional constante y con enfoque de derechos humanos.

Durante los últimos años,[28] la Comisión ha monitoreado tanto el aumento en los movimientos migratorios mixtos como el endurecimiento de las políticas migratorias en la región, las cuales se agravaron en el contexto de la pandemia. Entre ellas, la CIDH ha identificado el despliegue de las fuerzas armadas, policías militares y otros cuerpos de seguridad con perfil y formación militar en tareas de gestión migratoria fronteriza; el aumento de la detención migratoria, y de los procedimientos de deportación o expulsión que no aseguran las garantías del debido proceso, así como las limitaciones de acceso a los territorios de los Estados y a los procedimientos migratorios, de asilo o de protección internacional, especialmente utilizando la pandemia y las medidas de respuesta como justificación, afectando también a la migración de retorno de connacionales.

En este contexto, la CIDH ha elaborado una serie de informes de monitoreo, análisis de casos y documentos que han aportado de manera directa en la promoción y protección de las personas en movilidad humana, como veremos a continuación.

---

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 163. La Corte IDH 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 su territorio.

28 CIDH. Comunicado de Prensa No. 82/21, "La CIDH llama a los Estados de la región a adoptar políticas migratorias y de gestión de fronteras que incorporen un enfoque de derechos humanos", de 1 de abril de 2021.

3.1. Los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, incluidos los refugiados, los apátridas y las víctimas de la trata de personas[29]

En diciembre de 2019, la CIDH adoptó los *Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, incluidos los refugiados, los apátridas y las víctimas de la trata de personas* (en adelante, Principios Interamericanos), con el objetivo de consolidar y profundizar los lineamentos necesarios para el diseño e implementación de políticas públicas para la protección y promoción de los derechos de las personas en situación de movilidad humana, con miras a apoyar la acción estatal, de la sociedad civil y de los diferentes organismos internacionales en la materia. Este texto, que tiene la categoría de doctrina autorizada y de *soft law*, orienta a los Estados en sus obligaciones en el marco de la CADH y debe ser considerado una guía para las autoridades estatales en el desarrollo de legislación, reglamentación, decisiones administrativas, políticas públicas, prácticas, programas y jurisprudencia dirigidos a las personas en situación de movilidad humana.[30]

Los Principios Interamericanos responden a los estándares interamericanos que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, vinculados "al derecho a la información sobre la asistencia consular; el principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens* transversal al ejercicio de los derechos humanos de los migrantes; el debido proceso legal como derecho que debe ser garantizado a toda persona, con independencia de su estatus migratorio; la no criminalización de la migración irregular; el derecho a la no devolución y expulsión como norma consuetudinaria de derecho internacional; el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores migrantes a pesar de su situación irregular; y los derechos humanos de

[29] CIDH. Resolución 04/19, Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, incluidos los refugiados, los apátridas y las víctimas de la trata de personas, de 7 de diciembre de 2019.

[30] *Ibid*., preámbulo.

los niños en los países de origen, tránsito y destino, interpretados a la luz del interés superior del niño".[31]

En este sentido, este documento reconoce los derechos humanos de todas las personas independientemente de su situación migratoria, con base en el principio de no discriminación e igualdad de protección. Asimismo, reafirma el principio de *non-refoulement* (no devolución) del derecho humanitario y del derecho de los refugiados, que prohíbe la devolución de cualquier persona a una situación en la que tendría que enfrentarse a un riesgo real y previsible de persecución, muerte, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, desapariciones forzadas u otros daños irreparables.

Es importante destacar la inclusión expresa del principio *pro persona*, derivado del artículo 29 de la CADH y de los avances jurisprudenciales de la Corte. Efectivamente, el Principio Interamericano 3 establece que

> [...] 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 derechos.

Por otra parte, se recoge la perspectiva de género, el enfoque diferenciado y la interseccionalidad (Principio Interamericano 8). En este último punto, se señala expresamente que las leyes y políticas de migración que aplican los Estados deben incorporar una perspectiva de género que considere los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados, que enfrentan las mujeres, hombres, niños y adolescentes de ambos sexos y personas LGBTI en el

[31] Morales Antoniazzi, Mariela e Ibáñez Rivas, Juana María, "Movilidad humana y COVID-19: una respuesta desde la interamericanización", *Justicia en las Américas – Blog de la Fundación para el Debido Proceso*, de 20 de mayo de 2020, *https://dplfblog.com/2020/05/20/movilidad-humana-y-covid-19-una-respuesta-desde-la-interamericanizacion/*

contexto de la movilidad humana, lo cual queda reforzado con el Principio Interamericano 12 sobre la no discriminación y la igualdad de protección. Cabe resaltar el énfasis de los Principios Interamericanos en esta materia, ya que hacen referencia expresa a la protección de migrantes en situación de vulnerabilidad (Principio Interamericano 16), y destacan las situaciones de discriminación y exclusión estructural de las personas migrantes irregulares, refugiados, apátridas o personas con riesgo de apatridia, niños, niñas y adolescentes, personas indígenas, personas que viven con VIH o necesidades médicas; personas LGBTI o con expresiones de género no normativas; mujeres, mujeres embarazadas; grupos vulnerables por motivos raciales o religiosos; personas con discapacidades, supervivientes de tortura; adultos mayores y personas privadas de libertad, entre otros.

Es importante señalar que los Principios Interamericanos incluyen una especial preocupación por los casos de mujeres, niñas y personas LGBTI migrantes, incluidos los refugiados, que sufren por "violencia específica, continua y desmedida en sus países de origen, tránsito o destino, incluida la violencia sexual y de género, violación de sus derechos sexuales y reproductivos, y trata de personas para todos sus fines, lo que debe ser analizado desde una perspectiva de derechos humanos y de género y con enfoque diferenciado".

Adicionalmente a los Principios Interamericanos, cabe mencionar que a finales de 2020, la CIDH publicó el *Informe sobre Debido Proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria*, el cual contiene una serie de estándares y recomendaciones, con el objetivo de guiar su implementación a nivel nacional, a partir de la mirada de la protección integral de los derechos humanos de las personas en contextos de movilidad humana.[32] Posteriormente, en junio de 2021, la CIDH —en colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)— publicó una Guía práctica con

[32] CIDH. Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria, OEA/Ser.L/V/II. Doc.255/20, de 5 de agosto de 2020.

recomendaciones para los Estados referidas a la protección de la unidad y reunificación familiar en situaciones de movilidad humana en el contexto de la pandemia, la cual incluye los estándares internacionales aplicables y se basa en los Principios Interamericanos.[33]

3.2. La Resolución 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos"[34]

En este punto, es necesario hacer referencia a la respuesta que dio la Comisión Interamericana ante la pandemia del COVID-19. Marcando un hito muy importante a nivel internacional, en marzo de 2020 la CIDH constituyó una Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada (SACROI COVID-19), en cuyo marco emitió la Resolución 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos",[35] un mes después. Esta resolución constituye un aporte fundamental para la región afectada por la pandemia ya que, no solo reivindica las características generales de los derechos humanos, sino que parte del principio de indivisibilidad de derechos especificando cómo la afectación al derecho a la salud tiene también un impacto en los demás derechos, sobre todo en el derecho a la vida. La Resolución entiende así que el derecho a la vida nos remite al concepto de vida digna, es decir, aquella que permite acceder a todos los derechos económicos, sociales y culturales.

Además, la Resolución enfatiza que la pandemia demuestra la urgencia de servicios de salud pública, además de vivienda y acceso al agua potable, y aplica el enfoque interseccional al momento de diseñar recomendaciones específicas para las personas en situación de vulnerabilidad y discriminación histórica. En ese marco, la CIDH incluye una serie de recomendaciones dirigidas

33 CIDH. Comunicado de Prensa No. 154/21, "La CIDH publica guía práctica sobre protección a la unidad y reunificación familiar en situaciones de movilidad humana en el contexto de la pandemia", de 21 de junio de 2021.

34 CIDH. Resolución No. 1/2020, "Pandemia y derechos humanos en las Américas", de 10 de abril de 2020.

35 *Idem*.

específicamente a la protección de las personas migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, víctimas de trata de personas y personas desplazadas internas.[36]

Al respecto, la Resolución parte de la exhortación a los Estados para que incluyan expresamente a las poblaciones en situación de movilidad humana en las políticas y acciones de recuperación económica que se hagan necesarias en todos los momentos de la crisis generada por la pandemia. Asimismo, insta a evitar el empleo de estrategias de detención migratoria y otras medidas que aumenten los riesgos de contaminación y propagación de la enfermedad generada por el COVID-19 y la vulnerabilidad de las personas en situación de movilidad humana, tales como las deportaciones o expulsiones colectivas —prohibidas expresamente en la CADH—, o cualquier forma de devolución que sea ejecutada sin la debida coordinación y verificación de las condiciones sanitarias correspondientes. Adicionalmente, la CIDH señala que se deben implementar rápidamente mecanismos para proporcionar la liberación de las personas que se encuentran en centros de detención. A partir de la situación de vulnerabilidad particular y el temor que padece la población en movilidad humana que no cuenta con una situación migratoria regular, la CIDH sostiene que los Estados deben abstenerse de implementar medidas que puedan obstaculizar, intimidar y desestimular su acceso a los programas, servicios y políticas de respuesta y atención ante la pandemia del COVID-19, tales como acciones de control migratorio o represión en las cercanías de hospitales o albergues, así como el intercambio de información de servicios médico hospitalarios con autoridades migratorias con carácter represivo.

En aquellos casos en que las personas en movilidad humana decidieran retornar a sus países de origen, la CIDH ha establecido que los Estados deberán garantizar el derecho de regreso y la migración de retorno a los Estados y territorios de origen o nacionalidad, a través de acciones de cooperación, intercambio de información y apoyo logístico entre los Estados correspondientes. Esta labor debe realizarse con atención a los protoco-

[36] *Ibid*., recomendaciones 58 a 62.

los sanitarios requeridos y considerando de manera particular el derecho de las personas apátridas de retornar a los países de residencia habitual, y garantizando el principio de respeto a la unidad familiar. Finalmente, la Resolución enfatiza una preocupación permanente de la CIDH, esto es, la prevención y el combate de la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana en el marco de la pandemia. Para ello, los Estados deben impulsar acciones de sensibilización a través de campañas y otros instrumentos de comunicación, así como elaborar protocolos y procedimientos específicos de protección y atención dirigidos a niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados, en especial, a través de la provisión de los mecanismos específicos de asistencia a aquellas personas que se encuentran separadas o sin compañía.

Posteriormente, la CIDH emitió dos resoluciones complementarias, referidas a los derechos de las personas con COVID 19[37] y a las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos.[38]

4. El impacto del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de movilidad humana: algunos ejemplos concretos

4.1. El impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha consolidado los estándares en materia de movilidad humana, es importante resaltar que la labor de la CIDH tiene un impacto importante y que sus informes han precedido en algunos casos a las sentencias

[37] CIDH. Resolución No. 4/2020, "Derechos Humanos de las Personas con COVID-19", de 27 de julio de 2020.

[38] CIDH. Resolución No. 1/2021, "Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos", de 6 de abril de 2021.

de la Corte en la materia. Así, por ejemplo, en el año 1997, la CIDH publicó el Informe 51/96[39] referido a la situación de las personas haitianas, a las que se les negaba la entrada a los Estados Unidos de América y eran devueltas a su país. Si bien estas personas tenían un temor razonable de ser perseguidas si regresaban a Haití, se les negó un foro y los trámites procesales adecuados para la atención de sus reclamos.[40]

En su informe, la CIDH realizó un importante análisis del principio de no devolución a la luz de la Declaración Americana. Así, al momento de analizar el artículo XXVII sobre el derecho de asilo, la CIDH recordó que este artículo "expresa dos criterios que son de orden acumulativo y ambos deben ser satisfechos para que exista el derecho. El primero, es que el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero debe '[...] ser de acuerdo con la legislación de cada país [...]', vale decir del país en el que se procura el asilo. El segundo, es que el derecho de buscar asilo en territorio extranjero debe ser '[...] de acuerdo con los convenios internacionales'".[41] Adicionalmente, la CIDH señaló que los convenios internacionales pertinentes eran la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre la situación de los refugiados, de los cuales Estados Unidos de América era Parte. En el caso de la Convención de 1951, la CIDH recordó el artículo 33.1 que señala que: "[n]ingún Estado Contratante podrá expulsar ni devolver ('refouler') 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". En este sentido, la CIDH concluyó que Estados Unidos interceptó a personas refugiadas haitianas y las repatrió sumariamente a Haití, sin un examen adecuado para determinar si eran "refugia-

[39] CIDH. Informe No. 51/96. Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675. Estados Unidos, de 13 de marzo de 1997.

[40] *Ibid*., párr. 2. En virtud del Programa de Interdicción de la Inmigración de Haitianos establecido por el Decreto 4865 y la Orden Ejecutiva 12324, dictada por el entonces Presidente Ronald Reagan el 29 de septiembre de 1981, y de un acuerdo de mutua cooperación celebrado por el Gobierno de los Estados Unidos de América y el régimen de Duvalier el 23 de septiembre de 1981.

[41] *Ibid*., párr. 151.

dos", que no cumplió con los dos criterios sobre el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero y que, por tanto, Estados Unidos violó el artículo XXVII de la Declaración Americana cuando repatrió sumariamente a Haití a personas haitianas, impidiéndoles ejercer su derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero.

Adicionalmente, en el año 2000, la CIDH publicó un 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. El informe analizó los procedimientos aplicables para solicitar una revisión ante una decisión negativa respecto a la determinación de la condición de refugiado, e identificó "la falta de una revisión de la petición en méritos del caso y [...] restricciones existentes al acceso a una revisión judicial sobre cuestiones de derecho".[42] En dicho informe, la CIDH estableció —entre otros aspectos— que los peticionarios rechazados deben tener la posibilidad de solicitar al Consejo Canadiense para los Refugiados (CRDD por sus siglas en inglés), "la reapertura del proceso de determinación, particularmente sobre la base de nueva e importante información con respecto a sus circunstancias individuales y/o sobre las condiciones del país que tengan relación con su situación de riesgo".[43] En vista de que las consideraciones implicadas tienen relación con el riesgo de persecución y con potenciales violaciones de los derechos fundamentales en el país de origen, esta posibilidad debe aplicarse, en principio, hasta el punto de agotamiento de todos los recursos y de expulsión de Canadá.

Ahora bien, en 2013, la Corte Interamericana emitió la sentencia del caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia,*[44] referido a la expulsión de esta familia, que ingresó

[42] 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 Doc. 40 rev., de 28 de febrero de 2000, párr. 80.

[43] *Ibid.*, párr. 111.

[44] 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.

a Bolivia el 19 de febrero de 2001 en condición de migrantes en situación irregular y de solicitantes de reconocimiento del estatuto de refugiados. Las autoridades bolivianas no consideraron su solicitud de asilo y las víctimas fueron expulsadas al Perú, su país de origen. En este caso, la Corte constató que la Comisión Nacional del Refugiado (CONARE) determinó de manera sumaria que no consideraría la solicitud de determinación del estatuto de refugiado presentada por las víctimas, pese a que los solicitantes ya tendrían reconocida la condición de refugiados o residentes en un tercer Estado. Esta decisión no fue notificada a la familia y, por tanto, no pudieron recurrir contra ella. Además, no se les informó de la apertura del procedimiento administrativo de expulsión por parte del Servicio Nacional de Migraciones boliviano (SENAMIG). En su sentencia, la Corte IDH retomó los anteriores informes de la CIDH al momento de analizar las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos para determinar la condición o estatuto de refugiado y el principio de no devolución.

Así por ejemplo, al momento de analizar el artículo 22.7 de la CADH sobre el derecho a solicitar asilo, la Corte retomó el análisis de la CIDH del Informe sobre Haití al señalar que "si bien la Comisión se pronunció en este caso respecto del alcance del derecho a solicitar y recibir asilo a la luz de la Declaración Americana ese entendimiento resulta aplicable al artículo 22.7 de la Convención, en tanto el lenguaje relevante es sustancialmente similar".[45] Asimismo, al momento de analizar el principio de no devolución de refugiados y asilados, así como de las personas solicitantes de ese estatuto, la Corte hizo referencia a lo señalado por la Comisión en el Informe sobre Canadá de 2000, al afirmar que "esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones".[46]

[45] *Ibid*., párrs. 47 y 48.

[46] *Ibid*., párr. 50.

4.2. El impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con relación a las personas venezolanas en movilidad humana[47]

Sin duda, la crisis migratoria de personas venezolanas es una de las más graves e importantes, no solo en la región sino en el mundo. En la actualidad, se estima que al menos 6 millones de personas venezolanas[48] se encuentran en situación de movilidad humana, siendo Colombia, Perú, Ecuador, Chile y Brasil los países con mayor presencia de dicha migración. La situación venezolana ha sido monitoreada por la CIDH desde hace años mediante la visita *in loco* de 2002 y los informes de 2003[49] y 2009,[50] en los que la Comisión expresó su preocupación por el deterioro progresivo de la situación de derechos humanos y de la institucionalidad democrática en Venezuela. Asimismo, monitoreó la situación desde sus diferentes instrumentos y avanzó en el análisis de peticiones y casos del país, por lo que en 2005 la CIDH incluyó a Venezuela en el capítulo IV.B de su Informe Anual, dentro de los países con la situación de derechos humanos más preocupante de la región.

En 2017, la CIDH instaló una Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada (SACROI) para articular los diferentes mecanismos de la Comisión en respuesta a la grave

47 CIDH. Comunicado de Prensa No. 267/19, "CIDH instala el Mecanismo Especial de Seguimiento para Venezuela (MESEVE)", de 21 de octubre de 2019.

48 Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V). "América Latina y el Caribe, Refugiados y Migrantes Venezolanos en la Región - Noviembre 2021", 25 de noviembre, *https://www.r4v.info/es/document/r4v-america-latina-y-el-caribe-refugiados-y-migrantes-venezolanos-en-la-region-noviembre-1*. A noviembre de 2021, la población venezolana migrante, refugiada y solicitante de asilo alcanzó la cifra aproximada de 4.99 millones en países de América Latina y el Caribe: Colombia (1.84 millones), Perú (1.29 millones), Ecuador (508.8 mil), Chile (448.1 mil) y Brasil (261.4 mil).

49 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 4 rev. 1, de 24 de octubre de 2003.

50 CIDH. Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, de 30 de diciembre de 2009.

situación de Venezuela, y elaboró un tercer informe de país denominado "Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela".[51] En este informe, la Comisión dio cuenta del incremento de la represión, torturas, muertes por agentes del Estado, prisión por motivos políticos, violencia e inseguridad ciudadana, entre otras.

En este contexto, en 2018, la CIDH emitió la Resolución 2/18[52] sobre la migración forzada de personas venezolanas, identificando las violaciones masivas de derechos humanos, la inseguridad, la persecución por opiniones políticas y la crisis en el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como las causas de dicha migración. En dicha Resolución, la CIDH reconoció que la grave situación de violaciones masivas a los derechos humanos, a la par de la crisis alimentaria y sanitaria que enfrentaba el país, había ocasionado el crecimiento exponencial de la migración de personas "como una estrategia de supervivencia que les permita a ellas y sus familias preservar derechos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la salud y la alimentación, entre otros".[53] Si bien la CIDH reconoció la importancia de varias medidas estatales como la regularización de la situación migratoria y el reconocimiento como refugiados y refugiadas de las personas venezolanas en el marco de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984,[54] también identificó prácticas preocupantes que afectan los derechos de las personas venezolanas tales como el rechazo en la frontera; las expulsiones colectivas; las dificultades para obtener documentos y pasaportes; los costos de las visas; la discriminación y amenazas a la vida e integridad de las personas venezolanas; la

51 CIDH. Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc.209/17, de 31 de diciembre de 2017.

52 CIDH. Resolución 2/2018, "Migración forzada de personas venezolanas", de 14 de marzo de 2018.

53 *Idem*.

54 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.

trata de personas; la explotación laboral; las prácticas xenófobas y discriminatorias, entre otros temas.

En este contexto, un aspecto importante es que la CIDH exhorta a los Estados a "garantizar el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas venezolanas con temor fundado de persecución en caso de retorno a Venezuela, o que consideran que su vida, integridad o libertad personal estarían amenazadas debido a la situación de violencia, violaciones masivas de derechos humanos y perturbaciones graves del orden público, en los términos de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984", reconocimiento que debe darse desde un enfoque diferencial. Asimismo, la CIDH recomienda a los Estados que adopten respuestas colectivas de protección, considerando la afluencia masiva de personas venezolanas en los diferentes Estados de la región, instando al "reconocimiento de la condición de refugiado *prima facie* o de manera grupal", sin necesidad de realizar una evaluación individualizada. Adicionalmente, la CIDH reivindica la importancia del principio de no devolución y, por tanto, incluye la prohibición de rechazo en frontera y la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, la CIDH requiere que los Estados garanticen el acceso al derecho a la nacionalidad a personas apátridas, así como para hijas e hijos de personas venezolanas nacidos en el extranjero que estén en riesgo de ser apátridas, para lo cual resulta necesario facilitar el registro de todos los nacimientos y garantizar el otorgamiento de la documentación que pruebe la nacionalidad. Finalmente, la CIDH insta a la no criminalización de la migración de las personas venezolanas y a que los Estados implementen una estrategia migratoria regional desde un enfoque de derechos humanos que permita la integración social de las personas venezolanas. Asimismo, la CIDH solicitó a los Estados que autoricen la realización de visitas para monitorear la situación de las personas venezolanas y brindar asistencia y cooperación técnica en materia del respeto y garantía de los derechos humanos de estas personas.

Posteriormente, en 2019, la CIDH instaló el Mecanismo Especial de Seguimiento de Venezuela (MESEVE),[55] con el objetivo de

[55] CIDH. "Mecanismo Especial de Seguimiento para Venezuela", *https://www.oas.org/es/cidh/jsform/?File=/es/cidh/MESEVE/actividades.asp*

dar seguimiento cercano al contexto para evaluar las solicitudes de medidas cautelares y dar seguimiento a las que se habían otorgado; priorizar el trámite de las peticiones recibidas, la elaboración de los informes sobre admisibilidad y fondo, así como el litigio de casos ante la Corte Interamericana, principalmente.

En julio de ese año, la CIDH anunció una visita *in loco* a Venezuela, la cual se organizó en aceptación de la invitación realizada por el Representante Permanente ante la OEA designado por la Asamblea Nacional de Venezuela, reconocido por la Asamblea General de la OEA. Sin embargo, en la práctica, la CIDH fue impedida de ingresar a Caracas por lo que realizó una visita a Colombia del 5 al 8 de febrero del 2020, con la anuencia del gobierno colombiano. En esta visita, la CIDH pudo viajar a Bogotá y Cúcuta, donde realizó una serie de reuniones de trabajo, toma de testimonios y diversas acciones para recoger información de personas venezolanas en movilidad humana, información que sirvió de base para las Observaciones que se presentaron en mayo de ese año y que han tenido un impacto importante a nivel de las cortes nacionales.

Así por ejemplo, en 2021, en Colombia se presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1 (parcial) de la Ley 1997 de 2019, "[p]or medio del cual se establece un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular, o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia". El demandante, sostenía que si bien la medida legislativa tenía por finalidad proteger a la población venezolana, establecía una diferencia inconstitucional, ya que limitaba el deber de protección que se debe garantizar por igual a la población extranjera, sin que sea relevante su origen nacional. En este sentido, el demandante consideraba que la medida que se adoptaba a favor de los hijos e hijas de personas venezolanas era discriminatoria respecto a otras personas extranjeras cuyos hijos se encontraran en similar situación. En su fallo, la Corte Constitucional[56]

[56] Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-119/21, de 29 de abril de 2021, *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-119-21.htm#_ftn184*

hizo referencia a la CIDH, especialmente a la Resolución 2/18, para explicar la necesidad de la implementación de "medidas diferenciales para contrarrestar las amenazas y vulneraciones a las que se enfrenta este grupo poblacional".[57] Asimismo, la Corte Constitucional resaltó la instalación del MESEVE y las recomendaciones que la CIDH realizó en el marco de la visita de febrero de 2020, y señaló que las mismas eran "especialmente relevantes para el caso que ocupa la atención de la Sala Plena". En este punto, la sentencia citó las siguientes recomendaciones de la CIDH:

> 42. Garantizar el acceso, la prestación y el paso libre de asistencia humanitaria para la población venezolana que la requiere, la cual debe darse de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna, de acuerdo a los Principios Interamericanos sobre Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas. || 43. Dejar sin efectos todas aquellas medidas que obstaculicen el derecho de todas las personas a salir del territorio venezolano, así como a solicitar y recibir asilo, protección complementaria u otra forma de protección. || 44. Asegurar los derechos a la personalidad jurídica e identidad mediante la emisión oportuna de documentos de identidad, como pasaportes, cédulas, actas del registro civil, así como certificados de antecedentes penales. || 45. Asegurar que el principio del interés superior del niño, niña o adolescente sea la consideración primordial en cualquier acción tomada en relación con los derechos de las niñas, niños y adolescentes, ya sea en la frontera, durante procedimientos migratorios, o de otra índole.[58]

Finalmente, la Corte Constitucional declaró que la norma demandada es compatible con la Constitución de Colombia, entre otras razones, porque busca precaver el riesgo de apatridia que enfrentan las hijas e hijos de personas venezolanas solicitantes de refugio o en situación migratoria regular o irregular, y porque es proporcional "en sentido estricto dado que la medida preferente es estrictamente excepcional y temporalmente delimitada a las circunstancias que pretende conjurar, relacionadas con la grave crisis humanitaria que padece la población venezolana", marcando un importante precedente en la materia.

---

57 *Ibid.*, párr. 55 y nota al pie de página 102.

58 *Ibid.*, párr. 116.

4.3. Impactos diferenciados: la salud sexual y reproductiva de las mujeres en situación de movilidad humana

En seguimiento a la CADH, la Convención de Belem do Pará y los Principios Interamericanos, la CIDH ha desarrollado acciones e informes con una mirada específica para el caso de las mujeres en situación de movilidad humana, de manera particular en lo que concierne a la salud sexual y reproductiva.

En septiembre de 2020,[59] una serie de organizaciones de derechos humanos presentaron una denuncia ante la Oficina del Inspector General del Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América, respecto de la instalación migratoria del *Immigration and Customs Enforcement's* (ICE) en Irwin, Georgia, alegando que se habrían presentado diversas vulneraciones en contra de la población migrante privada de libertad. Específicamente, en contra de las mujeres migrantes privadas de libertad, alegaban la existencia de prácticas injustificadas de procedimientos quirúrgicos invasivos, incluyendo prácticas de esterilización, como histerectomías.

En octubre de ese año, se publicó un informe elaborado por un equipo independiente de personal médico en el que se revisaron los registros médicos de 19 mujeres migrantes anteriormente detenidas, y se detallaba un escenario de múltiples vulneraciones a los derechos humanos, incluyendo los derechos reproductivos y la salud en general.[60] Ante ello, la CIDH fue el primer organismo de protección internacional en pronunciarse sobre el tema, exhortando a los Estados Unidos de América a promover "una profunda

[59] CIDH. Comunicado de Prensa No. 262/20, "La CIDH expresa su preocupación por las denuncias de esterilizaciones e intervenciones quirúrgicas sin consentimiento en centro de detención migratoria en Estados Unidos", de 30 de octubre de 2020.

[60] *Idem*. Se destacan vulneraciones como negligente atención médica general; inexistencia de medidas eficientes que prevengan el contagio del COVID-19; obstáculos en el acceso a servicios médicos ante barreras lingüísticas, reflejadas en la falta de intérpretes; y tratamiento discriminatorio e intimidación en contra de personas migrantes de países hispanohablantes, especialmente por personal médico del centro.

revisión de las prácticas y protocolos de atención a las personas migrantes, así como a garantizar su acceso efectivo a la justicia ante situaciones de violencia", recomendando además la rendición de cuentas y la no repetición de los hechos. En mayo de 2021, fueron cerrados los centros del condado de Bristol, en Massachusetts, y el centro de detención del condado de Irwin, en Georgia.

Por otro lado, en diciembre de 2021,[61] la CIDH expresó su preocupación por las denuncias de parte de organizaciones de la sociedad civil sobre operativos de control migratorio en los hospitales de República Dominicana que reportan la mayor afluencia de mujeres embarazadas migrantes, principalmente de origen o ascendencia haitiana, con el fin de expulsarlas sin realizar consideraciones sobre sus necesidades de protección humanitaria. En ese sentido, la CIDH exhortó al Estado "a respetar el principio de no devolución y asegurar la protección efectiva de la población en movilidad humana; particularmente acceso a servicios de salud, independiente de la situación migratoria". En este sentido, la reciente Resolución de la CIDH sobre Protección de las personas haitianas en movilidad humana[62] no solo reconoce el principio de igualdad y no discriminación, así como los enfoques diferenciados de protección, sino que exhorta a los Estados para que implementen servicios de respuesta inmediata a la violencia de género contra niñas y mujeres en situación de movilidad humana, así como ante el riesgo particular al que están expuestas de ser víctimas de explotación y trata de personas. Además, la Comisión insta a los Estados a que contemplen "la disponibilidad y continuidad de los servicios de salud sexual y reproductiva, servicios de salud materna, apoyo a la planificación familiar, así como protección y tratamiento de violencia sexual, incluyendo el acceso a la justicia", teniendo en cuenta la perspectiva de género, el interés superior de la niñez y la no criminalización de las víctimas de estos delitos.

61 CIDH. Comunicado de Prensa No. 320/21, "CIDH expresa preocupación por las mujeres embarazadas expulsadas en República Dominicana y llama al Estado a garantizar el acceso a mecanismos de protección y servicios de salud reproductiva", de 1 de diciembre de 2021.

62 CIDH. Resolución No. 2/2021, "Protección de las personas haitianas en movilidad humana: solidaridad interamericana", de 24 de octubre de 2021.

5. Algunos ejemplos recientes del impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de movilidad humana[63]

En esta sección damos cuenta de algunos ejemplos en los cuales la CIDH ha tenido un impacto en los diferentes Estados a nivel de políticas públicas migratorias y defensa de las personas en movilidad humana. Así, por ejemplo, en el caso de Chile, la Defensoría Penal Pública de Chile sobre la defensa penal de migrantes ha citado los estándares de protección de la Resolución 04/19, como referencia para la práctica de defensa penal de personas migrantes de la Unidad de Defensa Penal Especializada.[64]

Por otro lado, en Costa Rica, la Dirección General de Migración y Extranjería utilizó el diagnóstico sobre la situación de las personas desplazadas de Venezuela y Nicaragua, así como información general proporcionada por la CIDH sobre los contextos de los Estados de nacionalidad de las personas beneficiadas por la Categoría Especial Temporal de Protección Complementaria, en la Resolución que crea la categoría especial temporal de protección complementaria para personas venezolanas, nicaragüenses y cubanas a quienes les haya sido denegada su solicitud de refugio.[65]

En el caso de Ecuador, el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional incluyó los Principios Interamericanos en la "Caja de Herramientas Normativa sobre el derecho de las niñas, niños con discapacidad", producida por dicha entidad.[66]

---

63 CIDH. Informe Anual 2021.

64 Aguilar, Gonzalo y Sandoval, María, *Informe en Derecho. La situación de extranjeros objeto de medidas de expulsión y sometidos al régimen de "internación". ¿Es constitucional y acorde a los Derechos Humanos?,* Documento de Trabajo N° 2, abril 2021, *https://biblio.dpp.cl/datafiles/16617.pdf*

65 Resolución N° DJUR-0190-12-2020-JM, de 14 de diciembre, que crea categoría especial temporal de protección complementaria para personas Venezolanas, Nicaragüenses y Cubanas a quienes se les haya denegado su solicitud de refugio, *https://www.refworld.org.es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=6197fd744*

66 Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional. "Caja de Herramientas Normativa sobre el derecho de las niñas, niños con discapacidad",

Ahora bien, en el caso de México, la CIDH ha desarrollado labores importantes de incidencia específica y monitoreo, como respuesta a la grave situación migratoria que se vive en ese país, el cual constituye un Estado de origen, tránsito, destino y retorno. Además de los informes de monitoreo y demás pronunciamientos, la CIDH realizó su primera visita virtual de trabajo en México, en dos etapas (diciembre 2020 y enero 2021), con el objetivo de observar la situación de los derechos humanos de las personas en movilidad humana, desde un enfoque subregional.[67] Posteriormente, la CIDH publicó las Observaciones Preliminares a la visita y logró la autorización del Estado mexicano para realizar una visita de trabajo cuando sea posible. En dichas Observaciones,[68] la Comisión Interamericana analizó el contexto de la movilidad humana en México; las particularidades de las fronteras Sur y Norte de México; la protección de las personas migrantes, refugiadas y beneficiarias de protección complementaria; la privación de libertad de las personas en situación de movilidad en México; el enfoque diferenciado e interseccional respecto de grupos en situación especial de riesgo; las restricciones que enfrenta esta población en relación con el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y las situaciones de particular preocupación derivadas de la pandemia por COVID-19.

Como impacto de este trabajo, cabe mencionar que, en enero de 2021, las Comisiones de Derechos Humanos de diez Esta-

https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/07/caja_herramientas_discapacidad.pdf

67 CIDH. Informe Anual 2020, de 30 de marzo de 2021. En la visita virtual, la CIDH se reunió con la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), la Secretaría de Trabajo y Previsión Social (STPS), el Instituto Nacional de Migración (INM), la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), la Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas (UPMRIP), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), y representantes del Poder Judicial y Poder Legislativo. También se sostuvo reuniones con organismos internacionales y representantes de organizaciones de la sociedad civil.

68 CIDH. Observaciones Preliminares. Visita de trabajo virtual a México sobre Personas en situación de Movilidad Humana (Diciembre 2020 y Enero 2021), 2021, *https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2021/33-A.pdf*

dos mexicanos conformaron un frente común ante la situación migratoria, luego de una reunión de trabajo con la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Migrantes de la Comisión Interamericana.[69] Posteriormente, en septiembre de 2021, la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos (FMOPDH) expresó su preocupación por el excesivo uso de la fuerza por parte de la Guardia Nacional y el Instituto Nacional de Migración, así como por el retraso en los procedimientos migratorios, para lo cual instó al Estado a retomar los Principios Interamericanos, que particularmente destacan "que los movimientos migratorios requieren formas de protección diferenciada e individualizada".[70]

Finalmente, uno de los impactos más importantes del trabajo de la Comisión Interamericana en materia de movilidad humana se ha dado a nivel de los Poderes Judiciales locales. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Chile acogió el recurso de amparo presentado en representación de una ciudadana venezolana expulsada por ingresar ilegalmente al país, quien tiene familia en Chile, tras establecer que la expulsión de la amparada, decretada por la Intendencia Regional de La Araucanía, se adoptó en un proceso administrativo insuficiente, carente de proporcionalidad y razonabilidad. En este caso, se hizo una mención a la Declaración de Cartagena de 1984, señalándose que esta recoge las Recomendaciones de la CIDH al precisar el concepto de refugiado, "al incluir en él a las personas que han huido de sus países

---

69 Nota de prensa en línea, HoyTamaulipas.net, "Derechos Humanos de Tamaulipas hará frente común de 10 Estados por el fenómeno migrante", de 17 de enero de 2021, *https://www.hoytamaulipas.net/notas/443628/Derechos-Humanos-de-Tamaulipas-hara-frente-comun-con-10-Estados-por-el-fenomeno-migrante.html*. Estos Estados son Baja California, Sonora, Nuevo León, Tamaulipas, Chiapas, Tabasco, Campeche y Quintana Roo.

70 Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, "FMOPDH hace un llamado a las autoridades para garantizar los derechos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional y promover políticas para su inclusión e integración en México", de 8 de septiembre de 2021, *https://cdhcm.org.mx/2021/09/fmopdh-hace-un-llamado-a-las-autoridades-para-garantizar-los-derechos-de-las-personas-migrantes-y-sujetas-de-proteccion-internacional-y-promover-politicas-para-su-inclusion-e-integracion-en-mexico/*

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".[71]

En el caso de Ecuador, en 2020, la Corte Constitucional utilizó los Principios Interamericanos para establecer referencias para la garantía del debido proceso en procedimientos de revocatoria de nacionalidad, para discutir la prohibición de la detención migratoria y para reafirmar su derecho a una vida libre de estigmatización.[72] En 2021, la misma Corte Constitucional utilizó los estándares del Informe sobre Debido Proceso en Procedimientos de Asilo, Apatridia y Protección Complementaria de la CIDH para establecer que las decisiones en materia de protección internacional no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados.[73]

En el caso del Perú, en 2020, la Corte Superior de Justicia de la Libertad emitió una sentencia sobre desprotección familiar en el caso de un niño venezolano, cuya madre murió víctima de feminicidio ejecutado por su padre, quedando en orfandad total. En el análisis de la vulnerabilidad del niño, la Corte Superior de Justicia se refirió al contexto general de la población migrante venezolana y la particular vulnerabilidad en la que se encuentra, haciendo referencia a la Resolución 2/2018 de la CIDH.

---

71 Poder Judicial de Chile, "Corte Suprema anula decreto de expulsión de ciudadana venezolana con familia en Chile", de 22 de junio de 2021, *https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/58141*

72 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20, de 12 de agosto de 2020, *http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic5MmY0NzUxYy03MDE5LTRlMDgtYTcwMC02OGE1YmNkY2QwMDQucGRmJ30=*

73 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2120-19-JP/21, de 22 de septiembre de 2021, *http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic5YzE5ZDNmMS04Y2E4LTRlMmUtOTIxYi0yYmJhM2I2MGVmOGYuGRmJ30=*

6. Conclusiones

Como hemos visto, la situación de las personas en movilidad humana presenta una serie de desafíos y retos para la protección efectiva de sus derechos, lo que hace necesaria una mirada de cooperación e intercambio internacional entre los diferentes países de la región, considerando —además— las particularidades de los respectivos Estados de origen, tránsito, destino y retorno.

Al respecto, el impacto del Sistema Interamericano ha sido indudable y, en ese contexto, la Comisión Interamericana ha desarrollado una serie de informes, análisis, principios y estándares que han tenido —y tienen— impacto, tanto a nivel del propio Sistema como de las políticas públicas y cortes nacionales. Esto redundará en la mayor y mejor protección de las personas en movilidad humana, desde una mirada interseccional y en el marco del principio de no discriminación.

Sin duda, nos encontramos ante una situación de emergencia migratoria, que requiere una respuesta coordinada e inclusiva, a partir del reconocimiento de la dignidad humana y del principio de no discriminación, los cuales deben primar al momento de enfrentar los múltiples desafíos que la movilidad humana plantea.

El impacto transformador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la movilidad

*Romina I. Sijniensky**

1. Introducción

El relevamiento de normativa, decisiones judiciales y prácticas de los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) refleja que, en materia migratoria y de protección internacional, es decir la relacionada con las personas en movilidad, el impacto transformador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es extenso y profundo. Ello debido a que esta materia, tradicionalmente entendida bajo la órbita de la soberanía y la potestad administrativa de los Estados, se ha visto interpelada en las últimas dos décadas por la dignidad y protección de los derechos humanos de las personas en movilidad.

De este modo, el abordaje del fenómeno ya no puede centrarse exclusivamente en el orden público y la seguridad de los Estados, sino que está permeado por el derecho internacional de

* Secretaria Adjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Graduada de la Universidad de Buenos Aires. Realizó una Maestría en Derecho (LLM) con honores *summa cum laude* en la Universidad de Utrecht, Países Bajos, y una Maestría en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante, España. Las opiniones vertidas en este artículo son personales y de responsabilidad exclusiva de la autora.

los derechos humanos y por la centralidad de la persona en movilidad. En esta línea, la Corte IDH ha afirmado que las políticas, leyes y prácticas que implementen los Estados en materia migratoria deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes y deben ser acorde a los estándares de derechos humanos y compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana y otros tratados aplicables.[1]

Ciertamente, varios estándares fijados en esta materia por la Corte IDH han sido precursores y contribuido de forma decisiva a este cambio de modelo, en una relación dialéctica con los Estados, pero también de forma dialógica con el sistema universal de protección de los derechos humanos. Ello ha llevado a caracterizar la jurisprudencia de la Corte IDH, emanada de sus funciones consultiva y contenciosa, como eminentemente humanista[2] e impulsora de una "orientación *pro persona*".[3] Un ejemplo paradigmático es la interpretación avanzada respecto del derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular de toda persona extranjera detenida como una garantía individual y elemental del debido proceso. Otro, es la regla de la no detención de niños, niñas y adolescentes (NNA). A pesar de que en 2014, cuando la Corte IDH fijó este criterio, existía un creciente consenso en el ámbito internacional sobre la necesidad de frenar la detención de NNA como forma de control o disuasión de la inmigración, el entendimiento de los órganos internacionales

1 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. *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.

2 Cançado Trindade, Antônio Augusto, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice", *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, nº 1, 2007, pp. 1-16.

3 Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint,* Reino Unido, Oxford University Press, 2015, y Dembour, Marie-Bénédicte, "The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights: Critique and Way Forward", en Çalı, Başak; Bianku, Ledi; Motoc, Iulia (eds.), *Migration and the European Convention on Human Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2021.

de protección de los derechos humanos en torno al alcance y las implicaciones de la no detención de NNA presentaba aún algunos matices.[4]

Hace ya casi dos décadas también, el ex Presidente y Juez de la Corte IDH, Diego García Sayán, destacaba que la relación entre el derecho internacional, las decisiones del tribunal interamericano y el derecho interno constituía el núcleo de "la operatividad y eficacia" de la Convención Americana.[5] Esa operatividad y eficacia se expresa a través de las diversas modalidades que adquiere el control de convencionalidad, tanto por medio del diálogo judicial,[6] como de la adecuación de la normativa y las prácticas internas al texto convencional, al *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Ha sido resaltado que este diálogo (alimentado de una "viva interacción")[7] constituye también la base del desarrollo del *ius constitutionale commune*.[8]

---

4 Hice referencia a ello en un trabajo previo, en el que advertía que estos matices no eran solo aparentes, sino que habían dado lugar a diferencias sutiles en la comprensión de las siguientes cuestiones: i) si la no detención de niños, niñas y adolescentes (NNA) para el control de la inmigración o la disuasión implicaba que el Estado podía excepcionalmente recurrir a tales medidas o, por el contrario, era una norma prescriptiva que reflejaba una prohibición total bajo el entendido que siempre será una medida innecesaria y, por tanto, arbitraria; ii) la forma en que las alternativas a la detención debían ser conceptualizadas, y iii) las condiciones o requisitos mínimos que debían cumplir las instalaciones diseñadas para dar acogida a NNA en el contexto de la movilidad. Sijniensky, Romina I., "The Inter-American Court of Human Rights' standards towards the universality of a rule of non-detention of migrant, asylum-seeker and refugee children", en Anti-Torture Initiative (ATI) of the American University Washington College of Law's Center for Human Rights and Humanitarian Law, *Protecting Children against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, Washington D.C., AUWCL, 2017, pp. 261-284.

5 García-Sayán, Diego, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, 2005, p. 330.

6 El concepto de diálogo judicial se refiere a la técnica utilizada por las cortes nacionales e internacionales de hacer uso de los razonamientos de otras cortes para realizar una mejor interpretación de los derechos reconocidos en un tratado o una constitución.

7 García-Sayán, Diego, *op. cit*., pp. 323-384.

8 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D.F., Tirant Lo Blanch, 2013, p. 14.

En efecto, el artículo 2 de la CADH prevé un mandato de armonización respecto de todo el marco normativo y las prácticas internas con lo dispuesto en dicho tratado internacional.[9] La referida disposición impone a los Estados Parte un deber de adoptar disposiciones de derecho interno, tanto de carácter legislativo como de otra índole, que sean necesarias para dotar de efectividad a los derechos y libertades reconocidos en el propio instrumento. Así, se ha destacado que este deber constituye un refuerzo expreso de la obligación de garantía dispuesta en el artículo 1.1[10] para conferir eficacia interna a los derechos y libertades reconocidos en la CADH. La propia Corte IDH ha calificado esta disposición como una norma de derecho consuetudinario internacional.[11] Por consiguiente, irradia dos tipos de obligaciones para los Estados: por un lado, la supresión de normas y prácticas contrarias a los postulados convencionales; y por el otro, "la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".[12]

De esta forma, es posible visibilizar diversos impactos de los estándares generales desarrollados por la Corte IDH, erigidos hoy

9 *Diálogos: el impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, elaborado por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, p. 18.

10 Medina Quiroga, Cecilia, "Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, *op. cit*., pp. 207-170; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, "Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada,* Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014; y *Diálogos: el impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, *op. cit*., pp. 26 y 27.

11 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68, y Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párrs. 130 y 131.

12 Corte IDH. *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 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 113.

en día en esas normas "communes" que deben guiar y orientar todo el espectro de las políticas migratorias con un enfoque de derechos humanos, en distintos ámbitos: a) legislativo o normativo, b) de decisiones judiciales internas con efecto *erga omnes* o para casos particulares; c) de prácticas por medio de protocolos y capacitaciones, y d) a nivel operativo.

No es posible en este artículo abordar todos estos ámbitos, por lo que, a través de tres apartados, nos proponemos explorar por su particular relevancia el impacto transformador de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana sobre determinados aspectos relativos a la protección de los derechos de NNA en el contexto de la movilidad. El primer apartado expondrá los estándares generales de protección de las personas en contexto de movilidad, con particular énfasis en NNA; el segundo abordará el impacto del criterio relativo a la prevalencia de la condición de niñez por sobre la situación migratoria, así como el principio de la no detención de NNA por razones migratorias en el desarrollo del derecho internacional y en la expedición o modificación de leyes internas; y el tercero analizará el impacto del criterio relativo a la necesidad de un análisis circunstanciado en términos de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos de expulsión cuando hijos menores de edad puedan verse afectados a través de la decisión de casos concretos. Finalmente, esbozaremos unas reflexiones a modo de conclusión.

2. Estándares generales de protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de las personas en el contexto de la movilidad, con particular énfasis en niños, niñas y adolescentes

La disposición central sobre la que la Corte IDH ha desarrollado las normas "communes" en materia de movilidad humana es el artículo 22 de la CADH. A lo largo de sus 9 incisos, esta disposición regula diversos aspectos relacionados con el alcance del derecho de circulación y de residencia y las restricciones convencionalmente permisibles, así como reconoce expresa-

mente el derecho a buscar y recibir asilo,[13] el principio de no devolución[14] y la prohibición de expulsión colectiva.[15] Otras disposiciones relevantes que han sido interpretadas por la Corte en materia de movilidad dicen relación con el carácter *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación[16] (artículo 1.1 CADH), el acceso a la justicia y las garantías judiciales (artículos 8 y 25 CADH), la libertad personal (artículo 7 CADH), la integridad personal y la prohibición de la tortura (artículo 5 CADH), el derecho a la vida familiar (artículos 11 y 17 CADH) y la protección especial de la niñez (artículo 19 CADH).

De esta forma, a través de la interpretación de las disposiciones relevantes, el Sistema Interamericano brinda parámetros de convencionalidad[17] para garantizar los derechos humanos y

13 Respecto a la cristalización del asilo como un derecho humano en instrumentos internacionales y, en particular, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), véase Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

14 La no devolución indebida en el Sistema Interamericano constituye un derecho autónomo que protege a toda "persona extranjera" y no solamente a solicitantes de asilo y refugiadas, lo cual requiere la evaluación del riesgo y el establecimiento de formas complementarias de protección.

15 Para la Corte IDH, el carácter colectivo de la expulsión no se define en términos cuantitativos o de la cantidad de personas expulsadas, sino que se configura cuando se obliga a las personas extranjeras en tanto grupo a abandonar el país, sin un procedimiento que evalúe la situación específica de cada una. 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. 171, y Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, cit*., párr. 361.

16 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 y punto resolutivo cuarto.

17 Véase, Sijniensky, Romina I., "El acceso efectivo a la justicia y los nudos críticos para el control de convencionalidad en materia de movilidad humana", *Revista Temas de Derecho Constitucional,* Corte Constitucional de Colombia, Año 1, Revista 1, Bogotá, 2019, pp. 83-104.

el acceso a la justicia a las personas que se encuentran en el contexto de la migración o tienen necesidades de protección internacional. Estos parámetros tienen que ver, a grandes rasgos, con los siguientes ámbitos:[18] a) los límites que impone el derecho internacional de los derechos humanos a la facultad de los Estados de fijar sus políticas migratorias; b) la no criminalización de la migración irregular y los límites al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios;[19] c) el derecho de acceso a la justicia y las garantías de debido proceso para las personas en movilidad independientemente del estatus migratorio;[20] d) las garantías de debido proceso aplicables en procedimientos migratorios, de expulsión o deportación; e) la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros; f) el principio de no devolución, sus alcances y aplicación extraterritorial; g) el derecho a buscar y recibir asilo; h) las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; i) la protección de las víctimas de trata de personas; j) la protección especial debida a NNA en el contexto de la movilidad; k) la protección de los trabajadores migratorios indocumentados, y l) la obligación de investigar violaciones de derechos humanos cometidas contra personas en movilidad.

---

18 Existen diversas sistematizaciones de los estándares que pueden ser consultadas en los siguientes documentos: Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Personas en Situación de Migración o Refugio, San José, Corte IDH/GIZ, 2017, y ACNUR y CEJIL, Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR, 2017, *https://www.acnur.org/fichas-tecnicas-sidh.html*

19 Véase, al respecto, Sijniensky, Romina I., "Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor vs. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco 2011*, Tomo IV, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2011, pp. 71-97.

20 Véase, al respecto, Sijniensky, Romina I., "El acceso a la justicia de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas: estándares interamericanos", en CMW, Sin Fronteras y CICR (eds.), *Acceso a la Justicia de las Personas Migrantes, Refugiadas y otras Sujetas de Protección Internacional en las Américas*, 2022, pp. 64-69.

Además, por medio de las medidas provisionales del *Caso Vélez Loor vs. Panamá,*[21] la Corte IDH especificó pautas concretas respecto al acceso a la salud y a las vacunas de las personas en el contexto de la movilidad y, específicamente, en el marco de la pandemia por COVID-19.[22] Además, hizo hincapié en la necesidad de generar las condiciones que posibiliten un tránsito seguro, ordenado y regular en el referido contexto bajo el principio de responsabilidad compartida, de modo tal que se garanticen de manera efectiva los derechos de las personas en situación de movilidad.[23]

Ahora bien, el documento cardinal en lo que se refiere a la protección de NNA en el contexto de la movilidad es la Opinión Consultiva OC-21/14. Cuando los países fundantes del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) presentaron su solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana, se evidenciaba la falta de articulación entre las leyes y políticas migratorias con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo que conllevaba a que existieran lagunas que favorecían la aplicación del régimen de adultos a NNA o de principios de la justicia penal juvenil al caso de la niñez en movilidad.[24] El entonces Director del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Víctor Abramovich, manifestó que "existía preocupación de los gobiernos por la problemática de los

21 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Medidas Provisionales. Resolución de la Presidenta de 26 de mayo de 2020; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Medidas Provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020, y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Medidas Provisionales. Resolución de 24 de junio de 2021.

22 Sostuvo que, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, los Estados deben garantizar que las personas migrantes tengan acceso a los programas de vacunación sin ninguna distinción basada en su nacionalidad o estatus migratorio, en igualdad de condiciones que las personas nacionales y residentes. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Medidas Provisionales. Resolución de 24 de junio de 2021, *cit*., párr. 47.

23 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Medidas Provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020, *cit*., párr. 37.

24 Sijniensky, Romina I., "The Inter-American Court of Human Rights' standards towards the universality of a rule of non-detention of migrant, asylum-seeker and refugee children", *op. cit*., pp. 261-284.

niños y adolescentes migrantes en varios países de la región, en particular la posibilidad de privar de la libertad a niños y adolescentes por motivos migratorios, la falta de incorporación de una perspectiva de niñez en las políticas migratorias y las deficiencias en el reconocimiento de garantías de defensa y debido proceso en los procesos administrativos y judiciales en materia migratoria".[25] Tal diagnóstico avizoraba el potencial transformador que podían tener los criterios que desarrollara la Corte al emitir su opinión consultiva, lo que en efecto ocurrió como se tratará de ilustrar en los apartados siguientes.

La Opinión Consultiva OC-21/14 se cimentó sobre la base de los criterios generales desarrollados previamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, particularmente la no criminalización de la migración irregular y la aplicación de las debidas garantías a los procedimientos migratorios, de determinación de la condición de refugiado y de expulsión. Pero, además, concretizó la protección especial derivada del artículo 19 de la CADH y del *corpus iuris* de protección de la niñez en cuatro aspectos que resultan primordiales. En primer lugar, estableció como pauta general la priorización de la protección integral de la niñez por sobre las políticas migratorias, lo que significa que "no importa dónde estén o de dónde vengan, los niños son ante todo niños".[26] En segundo lugar, desarrolló la obligación estatal de establecer procedimientos para identificar las necesidades de protección internacional de NNA y, dependiendo de los motivos del desplazamiento, la referencia a los respectivos procedimientos, sea de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección. En tercer lugar, especificó cuáles son las garantías requeridas para asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, lo que conlleva la adaptación y accesibilidad de todos los procesos para NNA. Por último, estableció de forma transversal la necesidad de incorporar la evaluación y determinación del interés superior en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten e involucren a NNA, lo que implica que participen, sean oídos y sus opiniones sean tenidas en cuenta en los procedimientos.

---

25 IPPDH. Opinión consultiva 21: A pedido del MERCOSUR la Corte Interamericana fija el umbral de protección de la niñez migrante, p. 7.

26 Campaña gráfica de UNICEF.

Uno de los aspectos sobresalientes desarrollados por la Corte IDH es el relativo al criterio de la no detención de NNA por razones migratorias. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que cualquier medida privativa de libertad aplicada a NNA excedería el requisito de necesidad, pues siempre existirán medidas menos gravosas que puedan salvaguardar potenciales intereses del Estado y, a la vez, propender al bienestar y desarrollo integral sin discriminación de NNA acorde con su calidad particular de personas en desarrollo. La Corte ha afirmado así que la detención no será en ningún caso una medida que responda al interés superior, principio rector en cuanto a decisiones estatales que involucren a la niñez.[27] Por consiguiente, deben ser tratados primeramente como niños por sobre cualquier otra consideración de su estatus migratorio.

Ello comporta consecuencias en dos vertientes. Por un lado, en cuanto a NNA no acompañados o separados, los Estados tienen la obligación de promover en forma prioritaria medidas de protección especial no privativas de libertad que se encaminen al cuidado y bienestar de NNA, bajo el enfoque de la protección integral previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, las soluciones basadas en la familia o la comunidad deben prevalecer por sobre la institucionalización. Por otro lado, en lo tocante a NNA acompañados, los Estados deben prever soluciones alternativas a los centros de detención que a su vez sean adecuadas a las necesidades de NNA, a fin de mantener la unidad familiar, cuando así lo requiere el interés superior.[28]

En esta línea, la cuestión fundamental radicaba en dilucidar si el llamado a poner fin a la detención de NNA permitía un análisis bajo el criterio de "último recurso" receptado en el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo caso la detención, aunque una medida excepcional, sería permisible si está justificada en el caso concreto. En otras palabras, la cláusula de último recurso, aunque imponga rigurosas condiciones,

27 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. 154.

28 *Ibid*., párrs. 155 a 158.

habilitaría a los Estados a emplear la detención de NNA para el control de la inmigración, legitimando así tales prácticas. Para la Corte IDH, tomando en cuenta los trabajos preparatorios del tratado, la cláusula de último recurso es únicamente aplicable a procedimientos penales, relacionados con la comisión de delitos y no a procedimientos migratorios que deberían tener una naturaleza y consecuencias diferentes.[29]

Bajo tal panorama y desde un enfoque de derechos humanos centrado en NNA, la prohibición de la criminalización de la migración y de la detención por control migratorio de NNA debía ser una regla absoluta con un alcance universal.[30] En esta medida, los estándares desarrollados por la Corte IDH constituían aportes novedosos y que proporcionaban consideraciones de peso hacia la universalidad de esta norma.[31] En esta línea, veremos en el siguiente apartado cómo a partir de la emisión de la Opinión Consultiva OC-21/14, diversos órganos del sistema de Naciones Unidas fueron receptando los estándares de la Corte IDH y transformándolos en un criterio de valor universal.

Luego de la emisión de la Opinión Consultiva OC-21/14 por parte de la Corte, los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) respaldaron ampliamente el documento, tanto en el seno de la Asamblea General en la cual

---

29 *Ibid*., párr. 150.

30 Sijniensky, Romina I. "The Inter-American Court of Human Rights' standards towards the universality of a rule of non-detention of migrant, asylum-seeker and refugee children", *op. cit*., pp. 261-284.

31 Un antecedente relevante que la Corte IDH tomó en cuenta en su argumentación fue el debate de 2012 sobre "Los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional", realizado por el Comité de los Derechos del Niño. Véase, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., nota al pie 295, citando al Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el día de debate general de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, párr. 78: "Los niños no deben ser criminalizados o estar sujetos a medidas punitivas por su condición migratoria o la de sus padres. La detención de un niño o una niña por su condición migratoria o la de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y siempre infringe el principio del interés superior del niño. En base a esto, los Estados deberían suspender rápida y completamente la detención de los niños en base a su condición migratoria".

subrayaron "la importancia de tomar en cuenta el contenido de la Opinión Consultiva OC-21/14 para que los países de la región adopten sus respectivas legislaciones en concordancia con lo dispuesto en su contenido",[32] como durante el proceso conmemorativo del 30° aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.[33]

Estas manifestaciones vertidas en el marco de procesos de índole política no quedaron en meras aspiraciones morales, sino que se tradujeron satisfactoriamente en una serie de cambios legislativos en diversos Estados de la región, como Ecuador,[34] Perú,[35] Brasil,[36] México,[37] y Chile.[38] En términos generales, es posible afirmar que en estas nuevas leyes se verifica una marcada tendencia a incorporar el interés superior de la niñez entre los principios generales aplicables también en materia migratoria,

---

32 En esta medida, calificaron el documento "*como 'apropiado' dados los retos que enfrentan en este tema actualmente", y "Reiteraron la relevancia, aplicabilidad y 'visión de futuro' contenida en la misma".* Comunicado de prensa C-427/14.

33 El 3 de diciembre de 2014, en el marco del proceso conmemorativo del Trigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, veintiocho países y tres territorios de América Latina y el Caribe, con la participación de la sociedad civil, adoptaron por aclamación la Declaración y el Plan de Acción de Brasil, para responder a los nuevos retos de la protección internacional y la identificación de soluciones para las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe en los 10 años siguientes. Expresaron: "Reconocer que la privación de la libertad de los niños y niñas migrantes en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, por lo que debemos avanzar en la adopción de medidas alternativas a la detención, encaminadas a su prohibición, y que propicien su cuidado y bienestar con miras a su protección integral en consideración a su condición especial de vulnerabilidad, tomando en cuenta la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según sea apropiado".

34 Ley Orgánica de Movilidad Humana, enero de 2017.

35 Decreto Legislativo No. 1350 de Migraciones, enero de 2017 y su Reglamento mediante Decreto Supremo 007-2017-IN.

36 Ley de Migración, No. 13.445/17, mayo de 2017.

37 Ley de Migración, última reforma mayo de 2021.

38 Ley 21325 de Migraciones y Extranjería, abril de 2021, diferida entrada en vigencia hasta que se dicte Reglamento.

así como algunas reglas específicas relativas a la no detención o sanción de NNA por ingreso o estancia irregular. Ello indica un avance con respecto a otras legislaciones que, como se evidenció previamente, omitían toda perspectiva de niñez. Nos detendremos más adelante sobre la experiencia de México.

Por otra parte, en varios casos contenciosos,[39] la Corte IDH se había pronunciado sobre la expulsión o deportación, al advertir que estas medidas no pueden darse de forma sumaria, sino que se debe prever un procedimiento formal que incorpore una serie de garantías mínimas, entre las cuales destaca la motivación de la decisión. Específicamente, en lo que se refiere a procedimientos migratorios sancionatorios, de expulsión y/o deportación, la Corte desarrolló las siguientes garantías de debido proceso: 1) el derecho a ser oído por una autoridad competente; 2) el derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos de la imposición de la sanción administrativa, o de la medida de expulsión o deportación y, en su caso, de los cargos que hubiere en su contra; 3) brindar la oportunidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa, o la medida de expulsión o deportación; 4) el derecho a contar con asistencia jurídica gratuita y, de corresponder, traducción o interpretación; 5) el derecho a ser notificado/informado de su derecho a la asistencia consular; 6) ante una decisión desfavorable, el derecho de someter el caso a revisión con carácter suspensivo; y 7) derecho a que la decisión sea motivada y fehacientemente notificada.[40]

Asimismo, la Corte insistió en la necesidad de que se valore de forma real y circunstanciada las condiciones personales, no sólo de cada individuo sino también de su núcleo familiar. En esta línea, en el supuesto en que puedan verse afectados NNA con una medida de expulsión o deportación de sus progenitores,

---

39 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, cit.*, párr. 175; 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. 133; y Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, cit.*, párrs. 355 y 356.

40 *Idem.*

las autoridades competentes deberán considerar y evaluar el interés superior en su decisión, para lo cual será necesario asegurar la participación de NNA en los referidos procesos.[41]

Específicamente en lo atinente a la razonabilidad y proporcionalidad de medidas de expulsión o deportación, la Corte dispuso que "cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño".[42] Este estándar es de la máxima relevancia pues, según puede advertirse de los casos que ha conocido la Corte IDH, habitualmente estas medidas se disponen meramente sobre la base de las causales establecidas en la ley sin la consideración de ninguna otra circunstancia, o bien acontecen *de facto* y sumariamente a través del actuar en terreno de las fuerzas de seguridad.

La Corte IDH enlistó así una serie de factores que las autoridades competentes deben considerar en el ejercicio de ponderación para acordar la procedencia o no de una medida de expulsión:

> (i) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (ii) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (iii) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quiénes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (iv) 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

41 Véase, Sijniensky, Romina I., "Capítulo 6. Personas migrantes y detención por motivos penales. Estándares interamericanos en materia de expulsiones", en Pacecca, María Inés y otros, *Informe de investigación: familias migrantes y detención. Una mirada sobre el impacto del proceso penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CAREF - Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes y Procuración Penitenciaria de la Nación, 1a. ed., 2020, pp. 109-122.

42 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párrs. 279, 281 y 282, y punto resolutivo 13.

> a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.[43]

En suma, los estándares "communes" desarrollados por la Corte IDH, algunos de los cuales fueron reseñados en este apartado, proporcionan una hoja de ruta para la transformación de leyes, políticas y prácticas estatales en materia migratoria. A continuación, veremos cómo opera esa transformación de forma pragmática en la realidad.

3. Impacto del criterio relativo a la prevalencia de la condición de niñez por sobre la situación migratoria, así como el principio de la no detención de niños, niñas y adolescentes por razones migratorias en el desarrollo del derecho internacional y en la expedición o modificación de leyes internas

El puntapié inicial hacia la universalización de la regla de no detención de NNA por razones migratorias se dio en 2015 cuando los estándares establecidos en la Opinión Consultiva OC-21/14 fueron respaldados expresamente por Juan E. Méndez, el entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su informe temático sobre los niños privados de libertad. A partir de ello, se fue afianzado este principio en el derecho internacional general. En un párrafo notable, el Relator enfatizó que:

> 80. [...] Tras la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos y garantías de los niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional de 2014, el Relator Especial recuerda los fines procesales diferentes de los procedimientos de inmigración y los penales y que,

[43] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 279, y Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, cit*., párr. 357.

> en palabras de la Corte "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". Por lo tanto, el Relator Especial concluye que el principio de *ultima ratio* que se aplica a la justicia juvenil penal no se aplica a los procedimientos de inmigración. La privación de libertad de los niños exclusivamente por motivos relacionados con la inmigración supera el requisito de necesidad porque la medida no es absolutamente esencial para que los niños comparezcan en los procedimientos de inmigración ni para aplicar una orden de expulsión. La privación de libertad en este contexto no puede interpretarse nunca como una medida que responda al interés superior del niño. Las prácticas de detención de inmigrantes en todo el mundo, bien sean *de jure* o *de facto*, ponen a los niños en peligro de padecer tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Además, la detención de niños que migran para escapar de la explotación y el maltrato infringe el deber del Estado de fomentar la recuperación física y psicológica de los niños víctimas en un ambiente adecuado. [...] Los Estados deben fomentar las medidas que contribuyan al cuidado y el bienestar del niño y no la privación de libertad. [...] El Relator Especial señala, sin embargo, que separar a niños migrantes de adultos con los que no tienen relación familiar a veces puede resultar perjudicial al privarlos de importantes interacciones; por lo tanto, deben ofrecerse a los niños migrantes no acompañados abundantes oportunidades de interacción humana más general y de actividad física. Cuando los niños están acompañados, la necesidad de mantener a la familia unida no es motivo suficiente para legitimar o justificar la privación de libertad del niño, teniendo en cuenta los efectos perjudiciales de esas medidas en su desarrollo emocional y bienestar físico. El Relator Especial comparte la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que, cuando el interés superior del niño exige mantener a la familia unida, el requisito imperativo de no privar de libertad al niño se hace extensivo a los padres del niño y requiere que las autoridades opten por medidas sustitutivas de la detención para toda la familia.[44]

Más adelante ese año, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas presentó, por requerimiento del Consejo de Derechos Humanos, un proyecto de principios y

[44] Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68, de 5 de marzo de 2015, párr. 80 y recomendaciones asociadas.

directrices básicos sobre los recursos y procedimientos relacionados con el derecho de toda persona privada de libertad mediante detención o prisión a recurrir ante un tribunal a fin de que este decidiera a la mayor brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordenara su libertad si la prisión fuera ilegal,[45] los cuales se basaron en las normas internacionales y las buenas prácticas reconocidas. En el Principio 21 referido a "Medidas específicas para los no nacionales, incluidos los migrantes, independientemente de su situación migratoria, los solicitantes de asilo, los refugiados y los apátridas", se señaló lo siguiente:

> 46. Se prohíbe la privación de libertad de un niño migrante no acompañado o separado o solicitante de asilo, refugiado o apátrida. La detención de niños debido a la situación migratoria de sus padres constituirá siempre una violación del interés superior del niño y de los derechos del niño.

En 2017, se emitieron dos documentos que dieron un nuevo impulso para robustecer como una regla universal de derecho internacional el principio de no detención de NNA por su situación migratoria, tanto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como en el del derecho internacional de los refugiados. Por un lado, la Observación General Conjunta del Comité de los Derechos del Niño y del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares 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 y, por el otro, la nota aclaratoria sobre la "Posición del ACNUR respecto a la detención de niños refugiados y migrantes en el contexto migratorio".

En el primer documento se señaló que "ambos Comités han afirmado reiteradamente que nunca debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres y que los Estados deben cesar o erradicar de manera rápida

[45] Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal, A/HRC/30/37, de 6 de julio de 2015.

y completa la detención de niños como inmigrantes. La detención de cualquier tipo de niño como inmigrante debería estar prohibida por la ley y esta prohibición debería aplicarse plenamente en la práctica".[46] Se aclaró que "las infracciones relativas a la entrada o estancia irregulares no pueden tener en ninguna circunstancia consecuencias similares a las que se derivan de la comisión de un delito. Por consiguiente, la posibilidad de detener a niños como medida de último recurso, que puede aplicarse en otros contextos como la justicia penal de menores, no es aplicable en los procedimientos relativos a la inmigración, ya que estaría en contradicción con el principio del interés superior del niño y el derecho al desarrollo".[47] Además, se especificó las consecuencias de este abordaje, citando entre sus fuentes la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH.[48]

En la nota aclaratoria del ACNUR, publicada por la División de Protección Internacional, se expresa el posicionamiento de la agencia especializada en torno a la detención por razones migratorias de NNA no acompañados, separados o que estén

46 Observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 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, CMW/C/GC/4 y CRC/C/GC/23, de 16 de noviembre de 2017, párr. 5.

47 *Ibid.*, párr. 10.

48 *Ibid.*, párr. 11: "En cambio, los Estados deben adoptar soluciones que respeten el interés superior del niño, junto con sus derechos a la libertad y a la vida familiar, por medio de leyes, políticas y prácticas que permitan a los niños permanecer con los miembros de sus familias o sus tutores sin estar sometidos a custodia y en un entorno comunitario, mientras se resuelve su situación como inmigrantes y se evalúa cuáles son los intereses superiores de los niños, así como antes de su retorno. Cuando los niños no estén acompañados, tendrán derecho a recibir la protección y la asistencia especiales del Estado en forma de cuidados alternativos y alojamiento de conformidad con las Directrices sobre las Modalidades alternativas de Cuidado de los Niños. Cuando están acompañados, la necesidad de mantener unida a la familia no es una razón válida que justifique la privación de libertad de un niño. Cuando el interés superior de este exija que se mantenga a la familia unida, la exigencia imperativa de no privar al niño de la libertad se hace extensiva a los padres del niño y requiere que las autoridades elijan soluciones para toda la familia que no entrañen custodia".

con sus familias, tanto en el contexto migratorio como de asilo. Confirmó que: "[e]n este contexto, la posición de ACNUR es que *los niños no deben ser detenidos* por motivos migratorios, sin importar su condición migratoria/jurídica o la de sus padres, y la *detención nunca está de acuerdo con su interés superior*. Es necesario que haya *programas comunitarios y arreglos para el cuidado adecuados* con el fin de garantizar una recepción apropiada de los niños y sus familias"[49] (itálica en el original). Señaló que dicho posicionamiento es "coherente con los estándares internacionales" y, entre las fuentes, indicó que "[a] nivel regional, esta posición la ha reafirmado recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su opinión consultiva (OC-21/14)".[50]

En 2018, el Relator Especial contra la Tortura, Nils Melzer, reafirmó el carácter arbitrario de las medidas de detención de NNA en el contexto de la movilidad y la no aplicabilidad de la regla de último recurso, haciendo mención expresa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[51]

En 2019, el esperado "Estudio mundial sobre los niños privados de libertad", liderado por el experto independiente Manfred Nowak, concluyó de forma armónica con los señalamientos de la Opinión Consultiva OC-21/14 que "la privación de libertad de niños relacionada con la migración no puede considerarse una medida de último recurso y nunca redunda en el interés superior del niño, por lo que debería prohibirse en todos los casos. Esto se aplica tanto a los menores no acompañados y separados de sus padres o tutores como a los niños con sus familias".[52]

---

49 ACNUR, División de Protección Internacional, Posición de ACNUR respecto a la detención de niños refugiados y migrantes en el contexto migratorio, enero de 2017, p. 2.

50 *Ibid*., p. 3 y nota al pie 14.

51 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nils Melzer, A/HRC/37/50, de 23 de noviembre de 2018, párr. 22.

52 Informe del Experto independiente, Manfred Nowak: Estudio mundial sobre los niños privados de libertad, A/74/136, de 11 de julio de 2019, párr. 56.

Más recientemente, en 2020, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González, emitió un informe titulado "Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados".[53] Entre sus consideraciones, destacan aquellas que incluyen entre sus fuentes la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH:

> 13. [...] En los últimos años, ha surgido un consenso entre la comunidad internacional en el sentido de que la privación de libertad perjudica la salud física, del desarrollo, emocional y psicológica de los niños, privándolos de sus derechos fundamentales y de su infancia. Sobre la base del principio fundamental del interés superior del niño, los Estados deberán trabajar en pro de la eliminación de la privación de libertad de los niños por su condición de migrantes y para ello deberán elaborar e implementar alternativas a la detención no privativas de libertad basadas en los derechos humanos.
>
> 18. [...] La privación de libertad de niños por razones relacionados con la migración nunca puede entenderse como una medida que responda al interés superior del niño, ni siquiera como una medida de un último recurso, ya que siempre se dispone de soluciones no privativas de la libertad (A/74/136, párr. 91).[54]

Por último, en septiembre de 2021, la Observación General No. 5 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los

---

53 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados, A/75/183, de 20 de julio de 2020.

54 *Ibid*., párrs. 13 y 18. Aunado a lo anterior, indicó: "23. En el contexto de la migración, el respeto de la unidad familiar y el derecho a la vida familiar exige que los Estados no solo se abstengan de realizar acciones que puedan dar lugar a separaciones familiares, sino que también adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunir a los miembros de la familia que estén separados. [...] Además, la necesidad de mantener unida a la familia no es una razón válida que justifique la privación de libertad de un niño, teniendo en cuenta los efectos perjudiciales de la detención en su salud y desarrollo. Expertos internacionales y regionales han subrayado que cuando el interés superior del niño exija mantener unida a la familia, el imperativo de no privar al niño de libertad debe hacerse extensivo a sus padres y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención de toda la familia". *Ibid*., párr. 23.

Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre los derechos de los migrantes a la libertad, la protección contra detenciones arbitrarias y su conexión con otros derechos humanos, reiteró el principio de no detención de NNA migrantes.[55]

En suma, siete años después de emitida la Opinión Consultiva OC-21/14, es posible afirmar que se ha cristalizado a nivel universal una regla de derecho internacional que prohíbe la detención de NNA por su mera condición migratoria. De este modo, los aportes regionales de la Corte IDH para el desarrollo y consolidación de esta norma de derecho internacional han sido fundamentales y, como quedó demostrado, reiteradamente citados como fuente en los documentos de diversos órganos de la Organización de las Naciones Unidas. Ello evidencia el carácter expansivo de los estándares desarrollados hacia otros sistemas de protección de derechos humanos.

Ahora bien, veremos seguidamente el impacto multinivel al abordar la experiencia de México al receptar este estándar en su normativa interna, la cual resulta especialmente relevante en el contexto del elevado número de personas menores de 18 años que se desplazaban (y aún lo hacen) desde el triángulo norte de Centroamérica hacia los Estados Unidos de América y transitan por ese país.

A fines del año 2014, meses después de emitida la opinión consultiva, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la *Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, la cual recogía los principales estándares establecidos en la Opinión Consultiva OC-21/14. El capítulo décimo noveno está dedicado específicamente a las "Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes" y manda a las autoridades competentes a observar en todo momento el principio del interés superior de la niñez y los estándares internacionales en la materia. Además, recepta las garantías de debido proceso, el acceso y referencia a los procedimientos de

[55] Observación general núm. 5 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre los derechos de los migrantes a la libertad, la protección contra detenciones arbitrarias y su conexión con otros derechos humanos, CMW/C/GC/5, de 23 de septiembre de 2021, párrs. 40 a 45.

asilo cuando corresponda, la no devolución, el derecho a la unidad familiar o a la reunificación, la no criminalización de la migración irregular, y la priorización de los servicios de atención y protección integral de la infancia, independientemente de la nacionalidad o situación migratoria del NNA. Todos ellos criterios fijados en la Opinión Consultiva OC-21/14.

Adicionalmente, en 2015, el artículo 111 del Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes estableció de forma contundente que, "[e]n ningún momento las niñas, niños o adolescentes migrantes, independientemente de que viajen o no en compañía de una persona adulta, serán privados de la libertad en estaciones migratorias o en cualquier otro centro de detención migratoria".

Finalmente, en 2020 se logró la armonización de la Ley de Migración y de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reformas que entraron en vigor en noviembre de 2020, en consonancia con los postulados de la Opinión Consultiva OC-21/14. Así, la Ley de Migración dispone en su Artículo 6 *in fine* que: "[e]n el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes se garantizarán, de manera adicional a lo establecido en el párrafo anterior, los derechos y principios establecidos en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y su Reglamento, incluyendo el de la no privación de la libertad por motivos migratorios". Por su parte, la Ley de Refugiados, en su artículo 20 establece que: "[e]n ningún momento las niñas, niños o adolescentes solicitantes, independientemente de que viajen o no en compañía de una persona adulta, serán privados de la libertad en estaciones migratorias o lugares habilitados. En el caso de niñas, niños y adolescentes deberá determinarse su interés superior conforme a lo establecido en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes".

La incorporación de los estándares interamericanos en el ordenamiento jurídico mexicano demuestra que el Poder Legislativo tiene significativos espacios de interacción con el ordenamiento jurídico internacional y puede, a través de su labor de dictar normas, ejercer el control de convencionalidad preventivo y dotar así de eficacia interna a los estándares internacionales. Esta evolución en la normativa interna de México nos

muestra también la incidencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y cómo la misma tiene esa vocación transformadora al impregnar toda la normativa inferior para dotarla de eficacia, no solo desde la óptica interamericana sino también universal. Se evidencia así la sinergia de los estándares desarrollados en los sistemas interamericano y universal[56] y cómo su efectiva recepción fortalece la protección y garantía integral de los derechos a nivel interno, en este caso de la niñez en situación de movilidad. Por supuesto, continúa siendo un desafío que estos cambios normativos se hagan realidad en la práctica y, para ello, el Poder Judicial tendrá la misión de velar por su efecto útil a través de un adecuado control de convencionalidad en caso de presentarse reclamos.

4. El impacto del criterio relativo a la necesidad de un análisis circunstanciado en términos de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos de expulsión cuando hijos menores de edad puedan verse afectados a través de la decisión de casos concretos

A continuación, abordaremos dos sentencias de tribunales nacionales en las que la interpretación y actualización de los con-

[56] Sobre estos cambios legislativos, es preciso resaltar el comunicado conjunto emitido por cinco agencias de las Naciones Unidas en el cual destacaron los principales avances alcanzados con estas reformas en materia de protección de los derechos de NNA en el contexto de la movilidad como son: i) la no detención de niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad en estaciones o estancias migratorias, estén o no acompañados, brindando alternativas de cuidado; ii) la determinación del interés superior de la niñez como elemento central del proceso de garantía integral de derechos, y iii) la extensión de la visión de protección a toda la infancia en situación de movilidad, no exclusivamente a la no acompañada. Asimismo, valoraron que "[e]stas reformas representan un importante avance para el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por México y de diversas recomendaciones formuladas al país por los Comités internacionales de Derechos Humanos y por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Comunicado de Prensa, Agencias de la ONU celebran aprobación de reformas a favor de la niñez y adolescencia migrante, solicitante de asilo y refugiada, de 30 de septiembre de 2020.

tenidos constitucionales y legales se ha efectuado a la luz de los postulados convencionales respecto al criterio relativo a la necesidad de un análisis circunstanciado en términos de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos de expulsión cuando hijos menores de edad puedan verse afectados. A partir de los casos expuestos, es posible reflejar el alcance del potencial transformador de los estándares desarrollados por la Corte IDH en la vida de las personas en movilidad y, en particular, sobre el derecho a la protección de la familia de NNA.[57]

En ambas sentencias, los tribunales internos anularon las órdenes de expulsión en la medida en que las autoridades migratorias no habían efectuado ninguna ponderación de las circunstancias individuales y familiares de la persona ni evaluado el interés superior para dimensionar la afectación de la aplicación de estas sanciones sobre los derechos de NNA involucrados y fijaron, de esta forma, las bases para que esta omisión no se repitiera en futuras decisiones administrativas. De este modo, a través del ejercicio del control de convencionalidad que ejercieron estas cortes nacionales, se dota de eficacia interna al respeto y garantía de los derechos humanos de las personas en movilidad y, en particular, la protección de la unidad familiar y el respeto del interés superior del niño.

4.1. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Exp. No. 02744 2015-PA/TC) de 8 de noviembre de 2016[58] se originó

[57] Al respecto, véase también diversos artículos contenidos en la publicación CMW, Sin Fronteras y CICR, *Acceso a la Justicia de las Personas Migrantes, Refugiadas y otras Sujetas de Protección Internacional en las Américas, op. cit.*

[58] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Pleno de 8 de noviembre de 2016 (Exp. No. 02744 2015-PA/TC). Esta sentencia obtuvo el primer lugar en la edición 2017 del Concurso Premio Sentencias Acceso a la justicia de personas migrantes o sujetas de protección internacional, iniciativa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C.; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes; Sin Fronteras, I.A.P.; la Alianza para las Migraciones en Centro-

en una demanda de amparo presentada por una persona de nacionalidad brasileña contra la Superintendencia Nacional de Migraciones, a fin de que se deje sin efecto la decisión que le impuso la sanción de salida obligatoria del país, por haber permanecido más allá del plazo de permanencia autorizado, impidiéndole ingresar al territorio nacional.[59] En el amparo el recurrente solicitó que se le permita permanecer en territorio peruano junto a su familia, invocando los derechos a la protección de la familia, al debido proceso y a la defensa.

En su sentencia, el Tribunal se explayó sobre la protección constitucional que corresponde a las personas migrantes indocumentadas o en situación irregular en el ordenamiento jurídico peruano y reconoció que las personas migrantes en situación irregular se encuentran en una condición de vulnerabilidad.[60] Partió del entendimiento de que la migración internacional debe ser abordada desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, y en particular desde el principio de igualdad y no discriminación, por lo que en la actualidad no se encuentra gobernada exclusivamente por consideraciones de carácter laboral económico.

En esta medida, con cita a la normativa constitucional y a los precedentes establecidos por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-18/03 y en el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, destacó que:

> [...] si bien los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, en tanto se trata [de] medidas destinadas a garantizar la seguridad nacional y el orden público, el ejercicio de esta potestad no puede

---

américa y México; y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *http://premiosentencias2017.sinfronteras.org.mx/premiosentencias.html*

59 La decisión de primera instancia había establecido que la sanción no era proporcional al interés superior de su hija menor de edad y de nacionalidad peruana, mientras que en segunda instancia se declaró improcedente la demanda por considerar que no se habían agotado las instancias administrativas y ordinarias.

60 Tribunal Constitucional del Perú, *cit*., párr. 8.

> soslayar dos premisas esenciales: [i) ...] que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas, por lo que el recurso a una eventual detención administrativa debe ser excepcional y siempre que dicha medida se encuentre prescrita por la ley, además de que sea necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar [...] ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan [..., y] ii) [...] que los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria.[61]

Por tanto, a partir de los principios de no criminalización de la migración irregular y de igualdad y no discriminación, el Tribunal Constitucional sostuvo que "corresponderá a la autoridad administrativa garantizar que en el ejercicio de sus competencias, la vigencia de los bienes jurídico-constitucionales de seguridad nacional, salud pública y orden interno sea compatible con el respeto a los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular".[62]

A continuación, abordó la alegada vulneración de las garantías de debido proceso del recurrente en el procedimiento migratorio sancionador que se instauró en su contra, tanto en lo que denominó su faceta formal como material. En cuanto a la primera, el Tribunal Constitucional recordó su jurisprudencia, así como la de la Corte Interamericana en los casos *Vélez Loor vs. Panamá* y *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, que prescribe la aplicación de las garantías de debido proceso a los procedimientos migratorios sancionatorios,[63] como el

---

61 *Ibid.*, párr. 9.

62 *Ibid.*, párr. 13.

63 A saber: i) el derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos que dieron lugar a la imposición de la sanción administrativa (multa, salida obligatoria, cancelación de permanencia o residencia, o expulsión) y de los cargos en su contra, si los hubiere; ii) la posibilidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta; iii) la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspon-

del caso. El Tribunal notó una laguna regulatoria pues el Decreto Legislativo 703 no preveía las garantías mínimas del debido procedimiento aplicables al procedimiento migratorio sancionador, aunado a que la norma regulatoria nunca había sido expedida.[64] En el caso concreto, además, no se advertía la notificación de la sanción ni la previsión de canales que permitieran y regularan el proceso de impugnación.[65]

En lo que se refiere a la segunda faceta, consideró que constituía una derivación del principio de interdicción de la arbitrariedad que orienta la actuación de la administración pública,[66] lo que conllevaba al análisis de los principios de unidad familiar e interés superior del niño. En esta medida, entendió que el debido proceso material hace referencia al análisis específico que se exige a la autoridad competente en lo tocante a la situación personal y familiar que atraviesa cada migrante al momento de definir su condición

diere; iv) en caso de decisión desfavorable, el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial, la cual se encuentra obligada a resolver los recursos que correspondan dentro de un plazo razonable. El migrante puede recurrir por derecho propio o a través de un representante; y) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada. *Ibid*., párrs. 17 a 19.

64 *Ibid*., párr. 21.

65 Así, el Tribunal Constitucional concluyó: "[...] que la aplicación de la sanción de salida obligatoria y el correspondiente impedimento de ingreso al país impuestos al recurrente, bajo la vigencia del referido Decreto Legislativo 703, ha vulnerado las garantías formales de su derecho al debido procedimiento, pues como se indicó anteriormente, la normativa migratoria vigente en ese momento no cumplió con identificar un íter procedimental donde se especifique las garantías mínimas que corresponden a los extranjeros que se hallen sujetos a un procedimiento migratorio sancionador. Dicha regulación se circunscribió a la especificación de los supuestos de hecho frente a los cuales correspondía imponer las sanciones establecidas; empero, no identificó como actuaciones exigibles a la autoridad administrativa la comunicación de la resolución sancionadora al interesado, su debida motivación, la posibilidad de impugnación, u otras que avalen que el migrante sancionado pudo tomar conocimiento efectivo del acto administrativo, así como ejercer la defensa que ameritaba tales sanciones". *Ibid*., párr. 23.

66 *Ibid*., párr. 26.

migratoria, valorando la edad, el tiempo de permanencia, antecedentes penales, situación laboral, vínculos familiares, entre otros.[67] En este punto, el Tribunal reivindicó la centralidad de la participación de la niña y la manifestación de su opinión, para la valoración del interés superior en tanto "se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura".[68] Subrayó que, en el caso concreto, no se habían generado las condiciones para hacer efectiva la participación de la niña, de modo tal que "no se tomó en cuenta su opinión sobre el alcance de la afectación que podría generar la ruptura familiar por la salida obligatoria con impedimento de ingreso de su padre".[69]

Remitiéndose a lo establecido en la Opinión Consultiva OC-21/14 (párrafo 279 y punto resolutivo 13), el Tribunal Constitucional indicó que "conc[ordaba] en la importancia de que los entes administrativos o judiciales encargados de evaluar la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores, realicen un análisis a partir de las circunstancias particulares del caso concreto", por lo que se tornaba exigible una "adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos".

Específicamente, haciendo eco de lo indicado por la Corte IDH, el Tribunal Constitucional señaló que:

> En el ámbito específico de los niños cuyos padres tengan la condición de migrantes en situación irregular, es posible identificar dos intereses en conflicto: por un lado, la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y, por otro, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia con el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible. En consecuencia, corresponde al Estado garantizar un ejercicio legítimo y compatible de ambos bienes jurídicos, a partir de una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo

67 *Ibid.*, párr. 28.

68 *Ibid.*, párr. 33.

69 *Ibid.*, párr. 41.

> que corresponderá determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.[70]
>
> [...]
>
> Así las cosas, cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia que, a partir del Estado, se adopte a través de sus representantes (funcionarios, autoridades, empleados, etc.), por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño.[71]

Al analizar el caso concreto, sostuvo que la aplicación de dicha sanción no tuvo en cuenta la historia migratoria del recurrente desde el año 2003, los ingresos y salidas del país registradas, ni la extensión de los lazos del recurrente y/o de su familia con el país receptor, en particular, que tiene una hija de ocho años de edad, de nacionalidad peruana y que también mantenía una relación conyugal con una mujer de nacionalidad peruana.[72] Por ende, ante la inexistencia de motivos de interés público que tornen imprescindible la salida obligatoria del recurrente (razones de sanidad, registro de antecedentes penales o policiales por la comisión de actos contra la seguridad del Estado, orden público o defensa nacional, etc.),[73] la sanción de salida obligatoria del país y el impedimento de ingresar al territorio nacional por un tiempo indefinido, se erigía en una medida desproporcionada y lesiva del interés superior de la niña.

---

70 *Ibid*., párr. 34.

71 Al respecto, explicó que "[u]na adecuada valoración de este principio deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de los padres o familiares del menor en cada caso (historia inmigratoria, lapso temporal de la estadía, la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor, el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, entre otros), así como la participación del menor y la manifestación de su opinión, en la medida en que se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura". *Ibid*., párr. 36.

72 *Ibid*., párrs. 37 a 39.

73 *Ibid*., párr. 42.

El Tribunal fue más allá del caso concreto. Resaltó que, dada la omisión regulatoria, la situación fáctica de este caso se insertaba en una realidad más amplia que afectaba al colectivo de personas migrantes en situación irregular, por lo que las conclusiones se proyectaban más allá del efecto *inter partes* de la decisión, de modo tal que era "necesario recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucionales a fin de dotar de efecto expansivo general a las consideraciones realizadas en esta ocasión".[74] Al respecto, hizo notar que, si bien el Decreto Legislativo 703 había sido derogado por el Decreto Legislativo 1236 de 2015, el vacío normativo ocasionado por la falta de regulación de las garantías formales y materiales que componen el debido proceso en el ámbito migratorio subsistía.[75]

En vista de ello, el Tribunal no sólo decretó la nulidad de la resolución administrativa y conminó a la autoridad migratoria a recabar la documentación pertinente e idónea, para posteriormente efectuar una valoración conjunta de las circunstancias, antecedentes y situación jurídica del recurrente para definir su situación migratoria,[76] sino que también declaró un estado de cosas inconstitucional. Ello, en razón de la falta de una norma legal o reglamentaria que regulara un procedimiento unificado, claro y específico, donde se precisen las garantías formales y materiales de las personas migrantes sujetas a un procedimiento migratorio sancionador, por lo que se ordenó la adopción de la normativa reglamentaria correspondiente.[77] Asimismo, exhortó a la Superintendencia Nacional de Migraciones a que, mientras se producía la aprobación de la norma reglamentaria respectiva, aplique las normas referidas a sanciones migratorias atendiendo a las circunstan-

74 *Ibid.*, párr. 48.

75 Explicó que, "aun cuando la actual regulación establecida entre los artículos 81 al 91, es más precisa en la descripción de los supuestos de hecho que justifican la aplicación de las sanciones, e incluso reconoce como principios orientadores a los de unidad familiar e interés superior del niño, entre otros, no llega a identificar un procedimiento específico que dote de garantías previas al migrante en situación irregular frente a la eventual imposición de una sanción administrativa en su contra". *Ibid.*, párr. 45.

76 *Ibid.*, párr. 44.

77 *Ibid.*, párr. 49.

cias concretas de cada caso, a fin de evitar vulneraciones a otros derechos o bienes de relevancia constitucional.[78]

Por consiguiente, en esta sentencia es posible verificar que el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú realizó un control de convencionalidad con efecto *erga omnes* y ordenó, en consecuencia, medidas de adecuación interna a los postulados convencionales a fin de revertir la situación imperante en que no se tenía en cuenta el interés superior de NNA ni se hacía un análisis de ponderación, aunado a que no se preveía un proceso con las debidas garantías que contemplara la participación de NNA.

En el año 2017, Perú emitió un nuevo marco normativo en materia migratoria, así como su respectiva reglamentación, incorporando como ejes centrales el respeto a los derechos fundamentales, la unidad migratoria familiar y el interés superior del niño y adolescente.[79]

---

78 *Ibid*., resolutivo 4.

79 Así, en los artículos V y VI del Decreto Legislativo No. 1350 se prevé respectivamente que "[e]l Estado garantiza y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales" y que, "[e]n toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de todas sus instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos". De forma más precisa, el artículo 64.b dispone que "MIGRACIONES en aplicación de los principios de unidad familiar e interés superior del niño y adolescente, evaluará la suspensión de la ejecución de la sanción de salida obligatoria, en aquellos casos en los que se compruebe su evidente e inminente riesgo de vulneración, de acuerdo a las condiciones y procedimientos que se establezcan en el reglamento". Aunado a ello, el artículo 185.2 del Reglamento establece la priorización de "la garantía de la unidad familiar de las personas extranjeras y nacionales al momento de aplicar las sanciones que signifiquen salida obligatoria del país o expulsión del administrado" y que se tomará en cuenta el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos. Por otra parte, el artículo 214.2 del Reglamento incorpora, dentro de los supuestos para solicitar el levantamiento del impedimento de ingreso al territorio nacional, el caso de las personas extranjeras que sean padre o madre de niña, niño o adolescente menor de edad. Véase, Decreto Legislativo No. 1350 de Migraciones, publicado el 7 de enero de 2017, y el Decreto Supremo 007-2017-IN, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo, de 24 de marzo de 2017.

4.2. Resolución del Tribunal Administrativo Migratorio de Costa Rica

El Tribunal Administrativo Migratorio de Costa Rica[80] presenta una particular singularidad en Latinoamérica, en tanto constituye un órgano especializado adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía pero dotado de independencia funcional, cuya misión competencial consiste "en conocer los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones finales de la Dirección General de Migración y Extranjería, en materia migratoria y medidas cautelares, así como las resoluciones finales de la Comisión de Visas Restringidas y Refugio, en materia de refugio, velando porque las actuaciones de dichos órganos, se ajusten al ordenamiento jurídico, garantizando la legalidad, eficiencia, eficacia y seguridad jurídica, de los actos que afecten los derechos de las personas migrantes y refugiadas y que se someten a su conocimiento".

La resolución del Tribunal Administrativo Migratorio (Nº 937 -2020-TAM) de 12 de agosto de 2020[81] en comento se originó en una apelación presentada contra la decisión de la Dirección General de Migración y Extranjería, que resolvió denegar la solicitud de Residencia Permanente Libre de Condición a una persona de nacionalidad extranjera que tenía una hija costarricense, con base en un antecedente penal por el delito de conducción temeraria, a raíz del cual había sido condenado a una pena de ocho meses de prisión con ejecución condicional de la pena por un plazo de tres años.

Si bien la normativa aplicable (artículo 70 de la Ley 8764) dispone que el haber cumplido condena por la comisión de un

[80] Creado por medio de la Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 de 2009.

[81] Tribunal Administrativo Migratorio, Resolución No. 937-2020-TAM, de 12 de agosto de 2020. Esta sentencia obtuvo el segundo lugar en la edición 2020 del Concurso Premio Sentencias Acceso a la justicia de personas migrantes o sujetas de protección internacional correspondiente, *https://www.mgp.go.cr/prensa/noticias/352-tribunal-administrativo-migratorio-recibe-premio-a-la-mejor-sentencia-2020* Disponible en: *https://amij.org.mx/premio-sentencia-regional-2020/*

delito doloso, como en este caso, constituye una causal suficiente para que la autoridad migratoria deniegue el trámite del estatus migratorio solicitado, el Tribunal Administrativo consideró que dicha disposición:

> no debe entenderse por parte de la Dirección General como una mera constatación de la comisión de un delito doloso por parte de una persona extranjera, sino que se debe entender como la obligación de dicha instancia de armonizar la normativa relacionada con la denegatoria del estatus migratorio con el resto de la normativa migratoria, valorando la oportunidad y conveniencia de denegar un estatus migratorio por medio de una resolución debidamente motivada y fundada, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en apego al ordenamiento jurídico costarricense y en observancia de los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos [...].[82]

Resaltó que, aun cuando el Estado se encuentra facultado a formular su política migratoria y aprobar la legislación pertinente para controlar el ingreso, permanencia y salida de personas extranjeras del país, "la aplicación de la política y legislación en materia de seguridad nacional amparada en el principio de soberanía del Estado debe complementarse con los principios fundamentales de derechos humanos".[83]

Seguidamente, el Tribunal Administrativo recapituló la jurisprudencia constitucional y la contrastó con los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la libertad de circulación, debido proceso, protección especial de la niñez e interés superior, derecho a la protección de la familia e interés superior del niño. Y llegó a la conclusión de que:

> La jurisprudencia de referencia, no abarca otros aspectos, por lo que es consideración de esta instancia que al no contradecir la jurisprudencia constitucional, y por ampliar derechos de las personas, es necesario profundizar por medio de esta resolución administrativa, incorporando y adicionando al análisis literal de las normas de denegatoria, cancelación, expulsión y deportación, el

[82] *Ibid*., p. 5.

[83] *Idem*.

> análisis de las normas de derecho interno y Derecho Internacional de Derechos Humanos, que tutelan los derechos fundamentales de las personas menores de edad, lo cual, desde el punto de vista sustantivo, a criterio de este Tribunal, no se llega a la profundidad de análisis en la resolución de primera instancia, para que se pudiese sustentar la primacía de la facultad de cancelar el estatus migratorio o expulsar, sobre el derecho de los menores a permanecer y desarrollarse junto a sus progenitores.[84]

A continuación, el Tribunal pasó a evaluar los efectos de la denegatoria del estatus migratorio de residente permanente y la desintegración familiar, en particular sobre los derechos de los niños. Sobre este punto, advirtió que, si bien la actuación de la Dirección General de Migración y Extranjería en el caso se apegaba a la jurisprudencia de la Sala Constitucional que establecía la tesis que "la cancelación de la residencia de las personas extranjeras que han sido condenadas por antecedentes penales y que son progenitores de menores de edad costarricenses, no violenta derecho alguno",[85] dichos precedentes carecían de un análisis integral que contemplara también los derechos de NNA "costarricenses de permanecer con sus progenitores que cuenten con antecedentes penales y de convivir y desarrollarse en familia".[86]

Luego, el Tribunal Administrativo Migratorio realizó consideraciones sobre el debido proceso, bajo el entendimiento de que esta noción comprende el análisis de razonabilidad y proporcionalidad, tomando en cuenta la gravedad del delito cometido, el perfil de peligrosidad de la persona extranjera (por ejemplo, si se trató de la comisión de un delito aislado o si el mismo es reincidente, o si a la persona a la que se le quiere sancionar administrativamente forma parte de algún grupo vulnerable, si son padres de personas menores de edad, entre otros) y la existencia de vínculos familiares con personas menores de edad nacionales o extranjeras así como las eventuales afectaciones a sus derechos. Y agregó: "[e]n ese sentido, resulta imperativo que la autoridad migratoria, realice un análisis adecuado de los elementos propios

84 *Ibid.*, p. 7.

85 *Ibid.*, p. 6.

86 *Ibid.*, p. 7.

de cada proceso de denegatoria de una solicitud de residencia permanente, cancelación de la condición migratoria, expulsión de una persona extranjera o hasta la misma deportación, de forma tal que se determine con precisión que esa decisión es la única medida posible para garantizar la paz, la seguridad y el orden público, en concordancia con los derechos estatuidos en la Constitución Política y los instrumentos de Derechos Humanos vinculantes".[87] Asimismo, subrayó la necesidad de que los órganos de decisión migratoria del Estado efectúen un análisis integral de las normas y realicen un control de convencionalidad.[88]

Al respecto, advirtió que, en la normativa migratoria vigente, no se estipulaban ciertas situaciones abordadas por el derecho internacional de derechos humanos por lo que "el artículo 70 de la Ley migratoria, no debe constituirse en norma de mera constatación, sino que cada caso que sea sometido a dicho trato, debe de pasar un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, ya que la denegatoria de una condición migratoria, la cancelación de un estatus migratorio o la expulsión, son las sanciones administrativas posibles más gravosas que contempla dicha normativa y que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, gozan de un estatus jurídico superior a la ley, por cuanto conforman el bloque de constitucionalidad [...]".[89]

Así las cosas, este Tribunal determinó que los principios de proporcionalidad y razonabilidad, deben ser contemplados como parte del debido proceso en los procesos de denegatoria de la persona extranjera con antecedentes penales donde se puedan

87 *Ibid*., p. 10.

88 *Ibid*., p. 9. El Tribunal Administrativo Migratorio concluyó que "[...] la resolución recurrida está impregnada de mera legalidad, aplicando una interpretación gramatical de la norma sin margen de discrecionalidad, dejando de lado el control de convencionalidad, principio del derecho internacional que tratándose de derechos humanos, en Costa Rica conforman además, el bloque de constitucionalidad, según artículos 7 y 48 de la Constitución e incluso priman sobre la misma constitución, siempre que el derecho fundamental a tutelar se encuentre mayormente protegido por normas de carácter internacional, esto según interpretación que se hace en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costarricense".

89 *Ibid*., p. 12.

afectar derechos de personas menores de edad. En lo tocante al principio de interés superior y la jurisprudencia constitucional al respecto destacó que también "es aplicable en materia migratoria", y agregó que "debe complementarse, a manera de Control de Convencionalidad" con la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto a la aplicación del principio del interés superior respecto a las políticas migratorias donde figuren como sujetos de derecho personas menores de edad según se desprende de varios casos contenciosos y de la Opinión Consultiva OC-21/14.

El Tribunal finalizó precisando que no pretendía "desaplicar de hecho la normativa vinculada con la figura de la denegatoria del estatus migratorio solicitado por la persona extranjera, sino lo que resuelve es, que en los procedimientos administrativos antes citados, se debe realizar un análisis del ordenamiento jurídico interno y lo que los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica contienen dentro del contexto de la situación específica para que mediante criterios de razonabilidad y proporcionalidad se determine la procedencia o no de los actos administrativos señalados, en los casos donde haya evidencia en el expediente de la existencia de personas menores [de] edad o así sea indicado por la parte".[90]

En lo que se refiere a la resolución de la primera instancia adoptada en el caso concreto, estimó que "es incompleta" y que "carece además, del análisis de convencionalidad, la cual tanto la misma Sala Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigen su observancia a través de sus pronunciamientos a los entes públicos, sean estos jurisdiccionales o administrativos".[91]

En razón de lo anterior, declaró la nulidad de la decisión y remitió a la autoridad administrativa para que resuelva con base en los parámetros desarrollados por el Tribunal Administrativo Migratorio a la luz del marco legal, constitucional y convencional. Si bien la decisión es para el caso en concreto, deja sentadas las bases para que la autoridad migratoria realice un control de convencionalidad de conformidad con los criterios expuestos.

[90] *Ibid.*, p. 23.

[91] *Ibid.*, p. 7.

Finalmente, es menester recalcar que en esta resolución es posible visibilizar la centralidad que juega el principio *pro persona* en la argumentación jurídica, toda vez que el Tribunal Administrativo procede a contrastar los parámetros desarrollados por los órganos constitucionales con los postulados convencionales, para escoger la norma más protectora a ser utilizada en el ejercicio del control de convencionalidad.

5. Reflexiones finales

La jurisprudencia de la Corte IDH ha tocado diversos aspectos que son esenciales para proteger y garantizar los derechos de personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiadas, apátridas y desplazadas internas. En este artículo nos centramos en el impacto transformador de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana sobre determinados aspectos relativos a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la movilidad. Específicamente, sobre el impacto de la prevalencia de la condición de niñez por sobre la situación migratoria; del principio de la no detención de NNA por razones migratorias, y de la necesidad de un análisis circunstanciado en términos de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos de expulsión que tenga en cuenta el interés superior del niño cuando hijos menores de edad puedan verse afectados a través de la decisión de casos concretos.

A partir del inmediato reconocimiento del valor político-jurídico de los criterios desarrollados por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-21/14, la promesa transformadora de los estándares interamericanos en materia de protección de los derechos de NNA en movilidad humana se hizo palpable. Sin embargo, al momento de la emisión de dicha Opinión no era posible vislumbrar todas las repercusiones que podría alcanzar en la vida de NNA, pues para que se concretara su eficacia en el ordenamiento jurídico interno de los países del continente americano era necesario que se diera su aplicación práctica tanto en el diálogo judicial como en los procesos de adecuación normativa.

A partir de datos de la realidad, este artículo ha pretendido mostrar el impacto significativo que ha tenido la referida Opinión Consultiva OC-21/14 en tres ámbitos específicos: 1) en el desarrollo de normas "communes" del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de refugiados; 2) en el proceso de elaboración o modificación de leyes internas relacionadas con los derechos humanos de NNA en movilidad, y 3) en la decisión judicial de casos, ya sea con efecto *erga omnes* o particulares.

Consideramos que estos impactos no configuran meros cambios normativos o jurisprudenciales, sino profundas transformaciones en la cultura jurídica de los países de la región que instalan, en el centro de la actividad estatal en materia migratoria y de protección internacional, la dignidad de las personas, potenciando así la eficacia de las normas de derechos humanos en este ámbito a nivel interno.

El papel del litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para el desarrollo del *ius constitutionale commune* en materia de movilidad humana en las Américas

*Francisco Quintana**
*Helen Kerwin***

1. Introducción

El continente americano cuenta con una larga tradición de brindar protección a personas con necesidades de protección internacional. Desde finales del siglo XIX, la región ha contribuido a través de diferentes instrumentos, legislación o prácticas al desarrollo del derecho internacional de los refugiados.[1] La so-

* Director de Programa para la Región Andina, Norteamérica y el Caribe de CEJIL. Fue fundador de la Red de las Américas sobre Nacionalidad y Apatridia e impulsor del Grupo de Trabajo de Movilidad Humana Venezolana entre 2018 y 2019.

** Abogada de CEJIL. Anteriormente, ha trabajado y ha sido consultora en materia de movilidad humana y derechos humanos para diversas organizaciones de la sociedad civil en las Américas y organismos internacionales.

1 Murillo, Juan Carlos, *El derecho de Asilo y la Protección de Refugiados en el Continente Americano. Contribuciones y desarrollos regionales,* Curso de Derecho Internacional 2007, p. 3, *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_juan_carlos_murillo_gonzalez.pdf* El autor señala que, de haberse adoptado una convención regional sobre refugiados de 1966 que fue propuesta por el Comité Jurídico Interamericano, "hubiera sido el primer tratado regional en materia de re-

ciedad civil y los Estados han tenido oportunidad de elevar la problemática a nivel regional a través de diversos mecanismos políticos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la posterior conformación de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En esa línea, el derecho de buscar y recibir asilo adquirió importancia con su consagración en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, así como la ampliación de la definición de refugiado adoptada en 1984 en la Declaración de Cartagena. Las Américas cuentan con un alto grado de adopción o adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967.[2]

Pese a esta tradición y los marcos normativos sobre la materia, en la última mitad del siglo pasado el continente se ha visto enfrentado a diversas formas de desplazamiento de personas e hipótesis jurídicas no abarcadas en los estándares de protección adoptados hasta el momento, menos aún con un robusto enfoque de derechos. Por otra parte, la definición misma del fenómeno a través de la dualidad, migrante y refugiado, ofrecía una limitante conceptual para abarcar diversos grupos de personas que necesitan protección internacional relacionada con su necesidad de movilizarse o no de un territorio, así como para visibilizar la existencia y obligatoriedad de respeto y garantía de los derechos humanos de toda persona que se encuentra en un contexto de movilidad.

En la presente investigación utilizaremos el término "movilidad humana" para abarcar las distintas formas de desplazamiento

fugiados en el mundo". Véase también ACNUR, CEJIL, *Fichas Técnicas, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y la protección de las personas del interés de ACNUR,* 2017, sección de Introducción, p. 7, en donde se ofrece un recuento de diversos instrumentos adoptados desde 1889 a 1984, *https://cejil.org/publicaciones/sistema-interamericano-de-proteccion-de-los-derechos-humanos-y-la-proteccion-de-las-personas-del-interes-del-acnur/*

[2] Véase, Estado de ratificaciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (al 30 de junio de 2011), *http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506*

forzado o voluntario a nivel interno o internacional, así como la situación de las personas apátridas o en riesgo de apatridia. Este término abarcará personas desplazadas de manera forzada a nivel interno, migrantes, personas solicitantes de la condición de refugiado o reconocidas como refugiadas, personas con necesidad de protección complementaria, y personas apátridas.[3]

Frente a algunos de estos vacíos normativos y de protección con un enfoque de derechos humanos, diferentes organismos internacionales, Estados y sociedad civil han contribuido durante las últimas tres décadas en la construcción de importantes estándares y jurisprudencia interamericana[4] sobre los derechos de las personas en movilidad humana, tanto a nivel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Estos desarrollos a su vez son relevantes para la promoción e impulso de una mejor protección de los derechos humanos de las personas en movilidad humana a nivel interno, pues los estándares establecidos por el Sistema Interamericano y su posterior adopción o incorporación vía judicial, legislativa o ejecutiva por los países de la región, ha fomentado la adherencia de los Estados al respeto y garantía de los derechos humanos de las personas en movilidad en sus políticas y sistemas migratorios, así como la adopción de estos estándares en fallos judiciales.

Dentro del Sistema Interamericano, las víctimas y su representación legal sin duda tienen un papel fundamental en el desarrollo de estándares y jurisprudencia, pues al llevar los casos al conocimiento de la Comisión y/o la Corte Interamericanas y formular alegatos y pretensiones sobre el derecho aplicable, plan-

[3] La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó esta definición más amplia, incluyendo además el fenómeno de la trata de personas, en su informe de 2015. Véase, CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, de 31 de diciembre de 2015.

[4] Para efectos de este artículo, al hacer referencia a los "estándares y jurisprudencia interamericana", se hará referencia a los instrumentos de *soft law* (informes temáticos, declaración de principios), como aquellas decisiones vinculantes (informes de fondo, medidas de protección, o sentencias) que emitan los órganos del Sistema Interamericano.

tean temáticas y cuestiones jurídicas a las que deben dar respuesta ambos órganos. Sin embargo, es importante resaltar también todas aquellas acciones de incidencia que la sociedad civil principalmente ha utilizado para consolidar estos avances. Este artículo busca resaltar el papel del litigio estratégico para el desarrollo de estándares en materia de movilidad humana en el Sistema Interamericano, así como algunas características y particularidades del litigio estratégico en materia migratoria.

2. Litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Aunque no existe una singular definición de "litigio estratégico" (a veces también denominado "litigio de impacto"), en general, el término refiere a un caso que se litiga con el interés de provocar o contribuir a cambios en la sociedad, más allá de sus efectos para las partes del litigio. En este sentido, un litigio estratégico generalmente se planteará de manera deliberada, con la finalidad, más allá de la reparación a la víctima o las víctimas del caso, de también incidir para crear cambios a mayor escala en el ámbito jurídico, tales como la derogación o modificación de una ley o política, así como para sentar o reforzar estándares del derecho de los derechos humanos. Dentro de estas metas más amplias, el litigio también puede buscar cambios de índole institucional, social o cultural, con la finalidad de modificar comportamientos, discursos o prácticas en la sociedad, generar mayor acceso a la información, o empoderar movimientos sociales o la sociedad civil.[5]

[5] Duffy, Helen, *Strategic Human Rights Litigation, Understanding and Maximizing Impact,* Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 4. En su libro, la autora analiza de manera detallada diferentes retos que se presentan al momento de implementar y evaluar el impacto (o falta de) de un litigio estratégico aportando un extenso análisis de resultados deseados o no esperados. A manera de enunciación, dejamos la referencia general a metas jurídicas, institucionales, sociales o culturales, sin profundizar en cada una de ellas para enfocar la investigación en el desarrollo jurisprudencial interamericano.

En este escenario, para decidir adelantar un litigio estratégico, es necesario un análisis profundo del caso, el contexto jurídico y social en el que se enmarca, los diversos foros nacionales, regionales o internacionales a los cuales acudir, y aquellos actores clave con los que se podría interactuar en el camino.[6] Esto incluye los méritos jurídicos del caso, la forma en que ha sido litigado y las cuestiones jurídicas centrales ventiladas a nivel interno y la calidad e idoneidad de la prueba disponible sobre las violaciones, entre otros. También requiere considerar el contexto nacional e internacional en el momento de los hechos y en el momento de presentar el caso.

A continuación, a manera enunciativa, haremos referencia a algunos aspectos a tomar en cuenta al momento de plantearse estas interrogantes.

2.1. Centralidad de la víctima

Un proceso en materia de derechos humanos debe tener como fin último servir a la persona lesionada en sus derechos.[7] En este sentido, el litigio siempre parte del caso individual de la persona, su voluntad y su interés en perseguir el litigio de los respectivos hechos a nivel internacional.

El concepto de víctima en la jurisprudencia del Sistema Interamericano abarca, además de la persona directamente lesionada, a sus familiares y otras personas cercanas, así que se debe considerar el bienestar del universo de las personas involucradas. La centralidad de la víctima se basa en algunos principios funda-

---

6 Roa, Mónica; Klugman, Barbara, *Seeking Social Change in the Courts, tools for Strategic Advocacy,* Women's Link Worldwide, 2018, capítulos 3 y 4. En estos dos capítulos se puede apreciar una metodología que abarca estos y otros puntos a considerar. En su libro, H. Duffy lleva a cabo un profundo análisis de algunas consideraciones a nivel jurídico interno que son relevantes para analizar la "madurez" de un caso para el litigio estratégico. Véase, Duffy, Helen, *op. cit*., capítulo 2, sección II.A "*Impediments to access to justice at the National Level",* p. 23.

7 Feria Tinta, Mónica, "La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento", *Revista IIDH*, vol. 43, 2006, p. 160.

mentales, tales como proteger en todo momento la integridad física y psicológica y mantener a la(s) persona(s) oportunamente informadas durante todo el proceso y, en esa medida, lograr su consentimiento para poder actuar en su representación.[8] Toda decisión que se tome en relación con el caso deberá contar con la anuencia de las personas involucradas. Por ello, es importante establecer los canales de comunicación adecuados. En el caso de organizaciones internacionales, esto se puede lograr de una mejor manera a través del acompañamiento de actores locales.

Por otra parte, estas consideraciones resaltan la importancia de establecer expectativas claras. En particular, cuando el caso va a la esfera internacional, hay que tomar en cuenta que las víctimas pueden haber transitado años de lucha, frustraciones y revictimización. Por ello, es importante ajustar sus expectativas a una nueva realidad, misma que podría ir mutando con el tiempo debido a diversos factores, entre ellos, los avances o retrocesos que el propio sistema de protección internacional vaya experimentando. Tener claridad sobre las expectativas ayudará a generar mayores vínculos de confianza, indispensable para la investigación de lo sucedido y la determinación de las posibles reparaciones.[9]

2.2. Necesidad de fortalecer o crear estándares que garanticen una mejor protección

Es importante definir los vacíos legales, oportunidades de profundizar un estándar o la determinación de nuevas formas de reparación al momento de iniciar un litigio. En algunos casos, será necesario calcular muy bien el avance que se puede lograr con un caso concreto y poder hacer una estrategia escalonada a través de los años para lograr el objetivo deseado. Al igual que en otras temáticas, esto ocurrió en el proceso de determinación de

[8] CEJIL, *La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos*, 2da. ed., Buenos Aires, CEJIL, 2012, p. 52.

[9] Beristain, Carlos, *Diálogos sobre la Reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos,* t. I, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 64.

estándares de movilidad humana, comenzando desde el mismo reconocimiento de que si bien los Estados pueden tomar decisiones acerca de su política migratoria, éstas "deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana".[10] A partir de ese momento, a través del procesamiento de casos ante la CIDH y la Corte IDH se abrió la posibilidad de generar una serie de litigios que han fortalecido la protección de derechos de la población en movimiento, no solo en el continente, sino a través de otras regiones. En ese sentido, el propio litigio estratégico ha permitido la transmisión de desarrollos legales más allá del país concernido, o incluso la región en la que sucedieron los hechos. De esta manera, se ha logrado la implementación de estos estándares en tribunales nacionales de varios países, así como un diálogo jurisprudencial importante con el sistema universal y otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.3. Análisis del contexto y actores relevantes

Es fundamental conocer a cabalidad el contexto en el que se desarrolla un caso. Este análisis no se limita al contexto cultural de un país o de una región, sino que también abarca a los actores involucrados en el poder judicial, legislativo, ejecutivo, la sociedad civil, medios de comunicación y otros actores relevantes. El éxito de un caso no depende solo de la creación de jurisprudencia favorable, sino que éste también debe ser aceptado por la comunidad, impulsado por diferentes actores de la sociedad civil, y en algún momento diseminado por la academia. En la medida en la que el análisis de contexto se vaya fortaleciendo en la estrategia, se podrá tener un mayor éxito en el fortalecimiento de los derechos.

En el tema de movilidad humana, diversos actores en las Américas se han ido sumando y han permitido avanzar en mayor o me-

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de agosto de 2000, considerando 4.

nor medida en la protección de determinados derechos. Por ejemplo, a nivel regional destacan el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la creación de una relatoría sobre personas migrantes en la CIDH, foros de discusión sobre migración dentro del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)[11] y redes de sociedad civil que se han articulado a nivel nacional, subregional y regional para la incidencia y acompañamiento a personas en movilidad, procesos regionales como el Plan de Acción de Brasil (o Cartagena +30), o globales como la Campaña para la Erradicación de la Apatridia (IBelong) que contribuyeron a crear contextos favorables y visibilizar determinadas situaciones.

2.4. Idoneidad de la prueba

La documentación de un caso de derechos humanos es fundamental para que el proceso avance de una manera célere y el organismo que lo adjudica pueda fundamentar la determinación de los hechos. En esa medida, es importante considerar la calidad de la prueba, ya sea documental, testimonial o de contexto, que pueda contribuir a la determinación de los hechos, patrones y prácticas. Este requisito cobra particular relevancia en un contexto en el que las personas se desplazan de un lugar a otro, cruzando fronteras, o siendo objeto de discriminación o múltiples violaciones a sus derechos en el camino. Este tipo de contextos pueden presentar retos o consideraciones particulares para la documentación y recolección de la prueba.

2.5. Considerar posibles efectos negativos o colaterales

También es necesario considerar si la estrategia planteada podría tener efectos colaterales o negativos, ya sea sobre la víctima y sus seres queridos, o sobre la temática en cuestión en foros nacionales o internacionales. Es importante cuestionarse si darle un

[11] Véase, Comunicado SICA; Migración, avances y retos en Centroamérica, de 27 de octubre de 2020, *https://www.sica.int/noticias/migracion-avances-y-retos-en-centroamerica_1_124750.html*

perfil internacional al caso, podría colocar en (mayor) riesgo a la víctima; si litigar el caso podría activar o impulsar sectores o movimientos de oposición a la causa, o qué pasaría si se pierde el caso o no se logran todos los objetivos en el foro internacional. También es necesario tomar en cuenta que el litigio ante el Sistema Interamericano suele durar muchos años. Durante ese tiempo, los cambios de gobierno y otros cambios de contexto sociopolítico pueden incidir en el análisis de riesgos y de estrategias. En ese sentido, el análisis de un caso o una estrategia debe partir del entendimiento de que no todo litigio estratégico promoverá el cambio deseado. En algunos casos podría incluso generar más problemas que soluciones, razón por la cual esta tarea debe llevarse a cabo con mucho cuidado.[12]

2.6. Escogencia del foro internacional

El abanico de posibles foros internacionales a dónde acudir con un caso se ha incrementado de una manera rápida en las últimas décadas. En lo que respecta a las Américas, un caso individual podría presentarse en la CIDH, con su posible posterior sometimiento a la Corte IDH; a los diferentes mecanismos de protección de tratados o relatorías de la Organización de las Naciones Unidas, o en situaciones muy específicas se podría pensar en la Corte Penal Internacional, aunque para la temática de movilidad humana esto está lejos de ser una posibilidad real.[13] Tomando en cuenta las expectativas de la víctima, la necesidad de una reparación integral, específica o sensible de cuestiones de tiempo o del contexto, todas estas posibilidades de foros deben ser exploradas y valoradas.

2.7. Importancia de la determinación de las reparaciones integrales

Finalmente, el litigio estratégico puede contribuir al desarrollo de reparaciones integrales que atiendan no solo la reparación de la

[12] Duffy, Helen, *op. cit.,* p. 5.

[13] *Ibid*., pp. 13-15.

violación a la persona afectada —garantizando un proceso integral de reparación que tome en cuenta la integridad, salud física y psicológica de la víctima—sino también todas aquellas medidas que promoverán la no repetición de las violaciones ocurridas, entre ellas, la capacitación de funcionarios públicos, actos de reconocimiento de responsabilidad, creación de monumentos o museos que tengan como objetivo que la sociedad no olvide la ocurrencia de estos hechos. En el caso de la movilidad humana falta mucho camino por recorrer, toda vez que las medidas integrales en esta materia podrían requerir la intervención de dos o más Estados. Esto representa un reto para la determinación de reparaciones que tendrán un carácter colectivo y deberán beneficiar a miles de personas que se movilizan a través de la región.

3. Desarrollo de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre movilidad humana

En la actualidad, existe en la región un amplio desarrollo de estándares y jurisprudencia interamericana que nos permite trazar un claro camino hacia la consolidación de un *ius constitutionale commune* en materia de movilidad humana. A lo largo de las últimas décadas, el litigio estratégico ha sido fundamental para este cometido. En la CIDH, una serie de casos desde la década de los noventa sobre Estados Unidos de América y Canadá han sentado precedentes claves sobre aspectos de no-devolución, debido proceso y unidad familiar, entre otros.[14] La Corte IDH, por su parte,

[14] Véase, *inter alia*, CIDH. Informe No. 51/96. Caso 10.675. Fondo. *Interdicción de Haitianos en Altamar* (Estados Unidos), de 13 de marzo de 1997; CIDH. Informe No. 51/01. Caso 9.903. *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los cubanos del Mariel)*, de 4 de abril de 2001; CIDH. Informe No. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), de 25 de julio de 2008; CIDH. Informe No. 78/11. Caso 12.586. Fondo. *John Doe y otros* (Canadá), de 21 de julio de 2011; CIDH. Informe No. 81/10. Caso 12.562. Fondo. *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), de 12 de julio de 2010; CIDH. Informe No. 50/16. Caso 12.834. Fondo (Publicación). *Trabajadores indocumentados* (Estados Unidos), de 30 de noviembre de 2016; CIDH. Informe No. 459/21. Caso 12.07. Fondo. *Ciudadanos cubanos y haitianos detenidos en el Centro de Detención de Carmichael Road* (Bahamas), de 31 de diciembre de 2021.

ha desarrollado importantes precedentes sobre los derechos de las personas migrantes, primero a partir de opiniones consultivas y también a través de casos contenciosos. Así, la Corte ha dictado sentencias en *leading cases* como *Vélez Loor vs. Panamá*[15] (sobre detención migratoria), *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*[16] (sobre personas refugiadas y con necesidades de protección internacional), *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (sobre desplazamiento forzado),[17] y los casos *Niñas Jean y Bosico*[18] (sobre apatridia), *Nadege Dorzema y otros*[19] (sobre expulsiones colectivas), y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*[20] (sobre separación familiar y expulsión de niñez), entre otros.

Vale destacar que el número de casos contenciosos sobre migración que han decidido los órganos del Sistema Interamericano desde su creación es relativamente pequeño,[21] por lo que es importante resaltar los diversos avances que se han dado en la

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

16 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.

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

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

19 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.

20 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.

21 En comparación con la rica jurisprudencia de la CIDH y Corte IDH sobre temáticas como tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, debido proceso, entre otros, el número de casos individuales de ambos órganos que abordan cuestiones de los derechos de personas en movilidad es aproximadamente diez.

materia a través de opiniones consultivas,[22] informes temáticos y de país[23] y, recientemente, la publicación de los *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas,*[24] entre otros. Como corolario, también es importante resaltar la relevancia de acciones de incidencia llevadas a cabo por la sociedad civil ante el Sistema Interamericano y otros órganos para visibilizar y ampliar el entendimiento de la temática migratoria y como acciones complementarias al litigio estratégico. A manera de ejemplo, podemos reseñar la audiencia temática que se llevó a cabo ante la Comisión Interamericana ante la creciente llegada de un número importante de niñez no acompañada en Estados

22 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; 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; 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; Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección. Opinión Consultiva OC 25-18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

23 Véase, a manera de ejemplo, CIDH. Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 255, de 5 de agosto de 2020; CIDH. Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 150, de 8 de septiembre de 2019; CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, *op. cit.*; CIDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, de 24 de julio de 2015; 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, de 30 de diciembre de 2013; CIDH. Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, de 30 de diciembre de 2010; 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 Doc. 40 rev., de 28 de febrero de 2000.

24 CIDH. Resolución 04/19, Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas, de 7 de diciembre de 2019.

Unidos de América en 2014.[25] A raíz de esa y otras acciones desplegadas ese año por parte de la sociedad civil, la CIDH tuvo la oportunidad de hacer un informe temático sobre la situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en Estados Unidos de América[26] y familiarizarse con la materia en el supuesto de recibir una petición sobre dicho tema, lo cual ocurrió un par de años después como veremos más adelante.

A la par, se ha abordado y avanzado en los derechos de las personas en movilidad humana a través de las medidas cautelares y provisionales, por ejemplo, para evitar la devolución de personas afrocolombianas desplazadas en Panamá;[27] para garantizar medidas en salud, educación y no devolución para personas de ascendencia haitiana en República Dominicana;[28] para la atención humanitaria y retorno digno de comunidades indígenas desalojadas en Guatemala;[29] para preservar el derecho a

[25] CIDH. Audiencia temática, "Situación de derechos humanos de la niñez y familias migrantes y refugiadas en Estados Unidos", 153 periodo de sesiones, de 27 de octubre de 2014. En la audiencia participaron: American Civil Liberties Union Foundation (ACLU), Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), National Alliance of Latin American and Caribbean Communities, National Immigrant Justice Center (NIJC), Transnational Legal Clinic, University of Pennsylvania Law School, University of Texas, School of Law Immigration Clinic, Washington Office on Latin America (WOLA), Women's Refugee Commission (WRC), Estados Unidos de América, *https://www.oas.org/es/cidh/sesiones/audiencias.asp?Year=2014&Country=USA&Topic=0*

[26] CIDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, *cit*.

[27] CIDH. Informe Anual 2003. Medidas Cautelares 2003, párr. 61. Medidas cautelares otorgadas a favor de Enrique Medrano *et al.* respecto de Panamá, para evitar su devolución a Colombia desde la zona del Darién panameño.

[28] CIDH. MC-279-12. Luisa Fransua, Rafael Touissaint y otros. República Dominicana, de 10 de junio de 2013.

[29] CIDH. Resolución 36/17. MC 412-17. Pobladores desalojados y desplazados de la Comunidad Laguna Larga. Guatemala, de 8 de septiembre de 2017; CIDH. Res. 3/18. MC 860-17. Familias indígenas de la Comunidad Chaab'il Ch'och'. Guatemala, de 25 de enero de 2018; CIDH. Resolución 7/18. MC 872-17. Familias desalojadas y desplazadas de la Comunidad Maya Q'eqchi "Nueva Semuy Chacchilla". Guatemala, de 10 de febrero de 2018;

la personalidad jurídica y derechos de la niñez de niños y niñas separados de sus padres bajo la política de "Tolerancia Cero";[30] y medidas provisionales para prevenir la expulsión de personas haitianas y dominicanas hacia Haití[31] y para garantizar la vida e integridad personal de personas migrantes en centros de detención migratoria en la región del Darién, Panamá, durante la pandemia por COVID-19,[32] entre otros. Varias de estas medidas evidencian la creatividad de los representantes y beneficiarios al solicitar protección a favor de derechos o ante situaciones no tradicionalmente consideradas como objeto de medidas cautelares y provisionales, así como, paralelamente, el compromiso de la CIDH y la Corte IDH para conocer de estas situaciones de riesgo y darles seguimiento.

4. El rol de las víctimas y los litigantes en el impulso de creación de jurisprudencia sobre movilidad humana

Dado el número relativamente pequeño de casos individuales sobre migración que tienen sentencia (o informe de fondo de la CIDH), la decisión por parte de las víctimas y sus representantes de presentar un caso ante el Sistema Interamericano tiene una trascendencia importante al plantear temáticas y cuestiones jurídicas novedosas a las que deben dar respuesta los órganos interamericanos. El proceso de seleccionar, presentar y sostener estos litigios durante años o, en muchos casos, décadas, involucra decisiones, retos y cuestiones de estrategia fundamentales que pueden ser determinantes para la jurisprudencia que puede producirse.

CIDH. Resolución 43/18. MC 44-18. Familias de la Comunidad Maya Q'ueqchi "La Cumbre Sa'kuxhá", Guatemala, de 18 de junio de 2018.

30 CIDH. Resolución 64/18. MC 731-18. Niños y niñas migrantes afectados por la política de "Tolerancia Cero", Estados Unidos, de 16 de agosto de 2018.

31 Corte IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de agosto de 2000, *cit*.

32 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020.

4.1. Identificación, selección de casos y revisión de metas en el tiempo

Conforme ha sido señalado, al momento de asumir un nuevo caso como un litigio estratégico, es necesario considerar una serie de criterios y cuestiones para decidir litigar sobre un tema en particular. En lo que concierne a la movilidad humana en el Sistema Interamericano, esto incluye identificar los vacíos jurisprudenciales o normativos existentes, u oportunidades para avanzar sobre una línea jurisprudencial a la luz de desarrollos a nivel universal, comparativo o bien nacional en los países de la región. Por otra parte, puede ser relevante considerar plantear un tema o situación de país ante el Sistema Interamericano que no ha sido previamente conocido por la Comisión y/o la Corte Interamericanas.

Por otra parte, es importante identificar el caso individual que tiene perspectivas para ser litigado a nivel internacional. Tanto para las organizaciones que litigan sus casos a nivel interno e internacional, como para las organizaciones que se dedican al litigio a nivel internacional, esto puede implicar identificar a una persona víctima que cumpla un perfil para poder presentar y ventilar adecuadamente la cuestión jurídica a nivel interno e internacional (casos de debido proceso o detención migratoria que impactan a un grupo grande de personas que se encuentran en una misma situación jurídica, o bien situaciones estructurales que se busca visibilizar como secuestros u otros abusos cometidos en una determinada ruta migratoria) o bien, identificar casos susceptibles de litigio a nivel internacional a partir de la gravedad de los hechos y las problemáticas sociales y jurídicas que resaltan (casos de graves violaciones u otros hechos emblemáticos). En todo caso, es importante evaluar la posibilidad de litigar un caso concreto de cara a los factores identificados, incluido el compromiso de la persona para llevar un litigio durante varios años, sus expectativas para el litigio internacional y su compatibilidad con las metas de las organizaciones litigantes, y la idoneidad del Sistema Interamericano o de las Naciones Unidas para atender esta situación. El Sistema Interamericano todavía no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo en un caso que involucre dos Estados. En el contexto de

movilidad humana, esto sería posible, pero incrementa los retos identificados previamente.

Sobre la importancia de la identificación y el rol de las víctimas en el impulso de un caso, podemos señalar que el rol del señor Jesús Vélez Loor ha sido fundamental desde el momento en el que presentó su caso ante la Comisión y depositó la confianza en CEJIL para su representación legal. El señor Vélez Loor se ha mantenido activo en la búsqueda de justicia participando en todas las etapas de la implementación de su caso, incluida la solicitud de medidas provisionales presentada diez años después de dictada la respectiva sentencia de la Corte Interamericana.[33] Al momento de presentar el caso de Jesús Vélez Loor, sobre su detención arbitraria, criminalización y tortura como migrante indocumentado en Panamá, no existían sentencias sobre la temática de migración en el Sistema Interamericano. Así, las apuestas jurídicas y los aportes de la eventual sentencia dictada fueron amplios, desde afirmar el principio de no-criminalización de la migración, hasta establecer la arbitrariedad de políticas de detención migratoria automática.[34]

Por otra parte, el caso de *Once niños detenidos en el Centro Nixon vs. Estados Unidos* (al momento de esta publicación, se encuentra pendiente de informe de fondo)[35] se presentó en 2015 en el contexto político de la llegada masiva de familias y niños, niñas y adolescentes no acompañados a la frontera sur de Estados Unidos a partir del verano de 2014. El caso aborda la detención arbitraria y tortura y malos tratos, incluido abuso

[33] Véase, Testimonio del señor Vélez Loor al inicio de su caso ante la Corte IDH, *https://www.youtube.com/watch?v=2nKELGfC7nI* y, con posterioridad, a 10 años de la sentencia en su caso, *https://www.facebook.com/CEJIL/videos/10-a%C3%B1os-de-la-sentencia-v%C3%A9lez-loor/418031392692747/*

[34] León, Gisela de, "Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants' Rights: The Case of Velez Loor V. Panama", *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, nº 1/2, 2014, pp. 39-53.

[35] Corte IDH. Report No. 255/20. Petition 1994-15. Admissibility. Eleven Children at the Nixon Facility (United States), September 21, 2020 (sólo disponible en inglés).

sexual y físico, sufridos por once adolescentes centroamericanos quienes llegaron a Estados Unidos no acompañados a partir de 2006 y fueron detenidos en un centro para menores de edad migrantes en Texas. A nivel interno, Texas RioGrande Legal Aid (TRLA) identificó, documentó y litigó el caso ante las cortes federales y, ante la denegación de justicia a nivel interno, buscó presentarlo ante el Sistema Interamericano. Ante el sistema, la intención de CEJIL al asumir el caso junto con TRLA y la Clínica de Derecho Transnacional de la Universidad de Pennsylvania, además de visibilizar la situación de niños y niñas no acompañados que llegan a Estados Unidos —una problemática que se ha mantenido vigente desde la época de los hechos— ha sido abonar a estrategias de incidencia para garantizar el respeto al principio de no-detención de la niñez y la reparación a las víctimas a través de un caso individual.

Tal y como ha sido señalado, desde un inicio es importante tener claridad sobre las expectativas y objetivos del litigio. Sin embargo, es necesario precisar que las metas, ya sean respecto de estándares jurídicos, en materia de reparaciones o impacto para las víctimas del caso, suelen ser susceptibles de modificación en el transcurso del proceso. Dado el tiempo que suelen durar los litigios ante el Sistema Interamericano, incluso es previsible que existan cambios en diversos ámbitos. Los fenómenos de movilidad humana se ven afectados de una manera muy rápida por variables culturales, económicas y políticas.

Por ejemplo, la política doméstica de un país puede presentar cambios de gobierno, normativos o de política pública en materia de movilidad. Asimismo, pueden presentarse modificaciones en las condiciones sociales, tales como cambios en los flujos migratorios por causas de la violencia, o el incremento de la xenofobia contra la población migrante entre una población o sociedad determinada. A nivel individual, también pueden generarse modificaciones en las condiciones de vida de las víctimas, desde su estatus migratorio en el país donde se encuentran o una posterior deportación, retorno voluntario u otro movimiento migratorio, hasta cambios en su nivel económico con un cambio de trabajo, logros educativos, alcanzar

la mayoría de edad, establecer una familia, entre otros. En el ámbito legal, puede llegar a retroceder o avanzar la jurisprudencia interamericana y comparada, con la emisión de nuevas sentencias y otras fuentes de derecho en los años siguientes, situaciones que pueden influir en cambios en la estrategia jurídica, el contexto sociopolítico en el que se plantea el caso y las posibilidades de diálogo con el Estado o de alcanzar una solución amistosa. Abordaremos algunos ejemplos concretos más adelante.

4.2. Retos para la documentación de casos

Una vez identificada la posibilidad de litigar un caso individual sobre un determinado tema, es importante considerar la disponibilidad e idoneidad de la prueba. En materia de movilidad, la documentación de un caso y recaudación de prueba puede presentar retos específicos y a veces mayores. Si bien en algunos supuestos —por ejemplo, en aquellos casos que versan sobre violaciones al debido proceso y otros derechos humanos en el curso de un procedimiento migratorio, en los que las evidencias de los hechos quedan documentadas en el mismo expediente y resoluciones de la autoridad migratoria, o en otros procesos internos—[36] la documentación del caso no presentará retos inusuales, en otros casos la recaudación de la prueba no será fácil.

Esto es así porque, en muchos casos, la falta de documentación de los hechos está directamente vinculada con la situación de vulnerabilidad que viven las personas migrantes en situación irregular. Por ejemplo, la migración irregular y los operativos migratorios que se realizan sin apego a la ley se ca-

[36] Por ejemplo, el caso de Wayne Smith y Hugo Armendáriz, que versa sobre violaciones al debido proceso, derecho a la protección familiar y derechos de la niñez, entre otros, por cuanto la ley migratoria estadounidense vigente hasta la fecha no permite considerar la unidad familiar e interés superior del niño en ciertos procesos de deportación, se basaba en los mismos procesos internos de deportación, que quedaron constatados en los expedientes y sentencias internas respectivos.

racterizan por una falta de registros oficiales de entradas, salidas y expulsiones colectivas. Por otra parte, para las personas migrantes, sobre todo en situación irregular, existen enormes barreras y desincentivos para denunciar malos tratos y otros delitos cometidos en su contra —particularmente en países de tránsito, pero también en países de destino y origen, por temor a la detección y deportación, la xenofobia de autoridades locales, o el desconocimiento o desconfianza absoluta en procesos de denuncia— así como para asegurar la debida diligencia en la investigación y eventual enjuiciamiento de delitos cometidos.

Esto lleva a una falta de documentación de violaciones a derechos humanos a nivel interno y, en paralelo, a la comisión de dichas violaciones. Asimismo, la sistematicidad e incluso naturalización de ciertos tipos de abusos cometidos en contra de personas migrantes (como la extorsión y otros delitos cometidos contra migrantes en tránsito) pueden contribuir al sub-registro y dificultades para visibilizarlos. Asimismo, la documentación de violaciones sufridas en tránsito desde un país de destino u otro tercer país suele ser complejo, por la distancia geográfica, el desconocimiento de la víctima y de organizaciones de la sociedad civil u otras sobre procesos y condiciones locales en el país de tránsito e incluso por barreras de idioma, entre otros.

¿Cómo abordar estos retos mayores? Por una parte, para las organizaciones que no están ubicadas en el lugar de los hechos —ya sea que tienen su sede en otra ciudad, u otro país— el trabajo cercano con contrapartes o aliados locales suele ser necesario, así como, cuando sea posible, viajar al terreno para documentar. En el proceso, se debe priorizar la documentación de los hechos que permitirá sustentar los argumentos jurídicos claves del caso. La prueba para recaudar puede incluir testimonios, documentación del caso por parte de autoridades o sociedad civil (denuncias actuales de lo ocurrido), registros oficiales obtenidos a través de solicitudes de acceso a información pública, informes gubernamentales o no-gubernamentales que dan cuenta de un contexto y/o práctica estatal que se evidencia en el caso, comunicados de prensa, medios audiovisuales, entre

otros. Este tipo de procesos de documentación, que pueden requerir desplazamientos a nivel nacional o internacional, apoyo de otros grupos locales y, en ocasiones, apoyo de traducción, y muchas horas de trabajo para recabar, procesar y contrastar testimonios sobre lo ocurrido, implica una inversión importante de recursos humanos y financieros.

Por ejemplo, el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, que aborda expulsiones y otras violaciones a los derechos humanos de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana ocurridas de manera irregular en la frontera entre República Dominicana y Haití, se caracterizaba por la casi nula documentación de los hechos, por versar precisamente sobre expulsiones colectivas irregulares en una zona fronteriza sumamente porosa y lejana de las ciudades principales, cometidas en contra de personas en situación de alta vulnerabilidad. Ante la falta de registros oficiales por parte de las autoridades y la dificultad de acceso a las víctimas, el trabajo cercano con organizaciones tanto en República Dominicana como en Haití y el trabajo directo con las víctimas en sus lugares de residencia, fue necesario para recabar los testimonios y construir la prueba necesaria para lik tigar adecuadamente el caso.

Precisamente por ello, el caso fue litigado por cuatro organizaciones: CEJIL, el Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas (MUDHA, organización dominicana con sede en Santo Domingo), la Clínica de Derechos Humanos de Columbia University y el Groupe d'Appui aux Rapatriés et Réfugiés (GARR, organización haitiana con sede en Puerto Príncipe). La documentación del caso se llevó a cabo por más de 12 años e involucró viajes al país, cruce de fronteras, apoyo de traducción, y un despliegue de apoyo de voluntarios durante todo ese tiempo. Así, entre las organizaciones, se logró mantener el contacto con las múltiples familias de víctimas, trabajar de manera efectiva con las víctimas superando algunas barreras de idioma y dar un mejor seguimiento al litigio del caso. Todo lo anterior fue valorado por la Corte IDH, la cual tomó en especial consideración "las condiciones de pobreza y precariedad" de las víctimas y consideró desproporcionado colocar sobre ellas la carga de

acreditar con prueba documental hechos vinculados con conductas omisivas de la República Dominicana.[37]

Sobre este punto, también vale la pena dimensionar el número de casos y situaciones que no se han podido litigar hasta la fecha debido a estas dificultades de documentación. Un ejemplo actual son las expulsiones arbitrarias y colectivas, en años recientes, de personas migrantes y solicitantes de asilo de países a lo largo de la región, incluido Estados Unidos de América,[38] México,[39] Guatemala,[40] Colombia,[41] Ecuador,[42] Chile,[43] entre otros. La naturaleza expedita de estas expulsiones, frecuentemente caracterizadas por la incomunicación de las personas durante la expulsión, la dificultad o imposibilidad de presentar

37 Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párrs. 192 a 196.

38 Human Rights First, "Marking Two Years of Illegal, Inhumane Title 42 Expulsions: Nearly 10,000 Violent Attacks on Asylum Seekers and Migrants", de 17 de marzo de 2022. Asimismo, CIDH. Comunicado de Prensa No. 243/2021, "La CIDH expresa su preocupación por las expulsiones de personas en contexto de movilidad humana desde EEUU y México, y urge a los Estados involucrados a asegurar la protección efectiva de sus derechos", de 17 de septiembre de 2021.

39 CEJIL *et al.*, "Denuncian ante CIDH violaciones derivadas de expulsiones de personas solicitantes de asilo y migrantes desde EEUU y México hacia Guatemala", de 20 de septiembre de 2021, y Animal Político, "México rechaza a 200 extranjeros cada día en sus aeropuertos", de 28 de enero de 2022.

40 Prensa Libre, "Deportaciones por El Ceibo seguirán a pesar de la pobre infraestructura para recibir a migrantes", de 21 de septiembre de 2021, y El Nuevo Diario, "Guatemala intercepta a 62 migrantes hondureños y los regresa a la frontera", de 15 de enero de 2019.

41 Dejusticia, "Expulsiones discrecionales de personas migrantes: la excepción que se convirtió en regla", de 5 de noviembre de 2021.

42 Dejusticia, "Corte Constitucional de Ecuador reconoció vulneración de derechos en casos de expulsiones colectivas", de 16 de marzo de 2022.

43 CIDH. Comunicado de Prensa No. 318/2021, "La CIDH expresa preocupación por las expulsiones de personas en situación de movilidad humana en Chile y llama al Estado a respetar el principio de no devolución", de 29 de noviembre de 2021, y Noticias ONU, "Comité de la ONU preocupado por las expulsiones colectivas de migrantes en Chile", de 20 de abril de 2021.

recursos legales efectivos para detener la expulsión y de acceder posteriormente a las personas expulsadas y a la documentación oficial o de sociedad civil de lo ocurrido, hacen que este tipo de presuntas violaciones a derechos humanos sea particularmente difícil de documentar y presentar como caso individual, pese a ser una problemática de suma preocupación en la región. Esta situación también puede dificultar el adecuado agotamiento de recursos internos o bien, dar lugar a argumentos sobre la inexistencia del recurso, como abordaremos a continuación.

4.3. Agotamiento de recursos internos

Los mismos factores abordados en la sección anterior suelen complicar el adecuado agotamiento de recursos internos, condición básica necesaria para poder acceder al Sistema Interamericano. Esto puede suceder cuando, por ejemplo, una persona migrante sufre violaciones a sus derechos humanos en un país de tránsito, pero —priorizando racionalmente continuar su viaje para llegar a su país de destino sobre presentar recursos que pueden ser desconocidos o resultar inaccesibles, costosos, tardados, riesgosos en caso de resultar en el contacto con autoridades migratorias y por ende en una detención y deportación y, de dudosa efectividad desde el punto de vista de la víctima— no presenta el recurso relevante. Asimismo, en muchos países, para las personas que se encuentran en detención migratoria, agotar adecuadamente los recursos internos para demandar violaciones al debido proceso, derecho a solicitar asilo o detención arbitraria, entre otras, puede implicar permanecer detenidas durante meses o años en condiciones inadecuadas, mientras en cualquier momento podrían aceptar la deportación para quedar en libertad. Asimismo, las condiciones de vulnerabilidad que suelen caracterizar el estatus de migrante, entre otras, la exclusión económica y social, barreras de idioma y culturales y desconocimiento de la institucionalidad y los procesos legales del país donde se encuentran, se constituyen en barreras para presentar y agotar recursos legales.

Todas estas situaciones, entre otras, podrían llevar a una imposibilidad práctica de agotar recursos internos. Al respecto, ya existe clara jurisprudencia de la Corte IDH sobre el acceso a la justicia y debido proceso en condiciones de igualdad en el sentido de que:

> 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 [...] difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condición 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.[44]

No obstante, lo que no se ha visto —hasta la fecha— es el empleo de este criterio de análisis diferenciado de las barreras para el acceso a la justicia para personas migrantes en la etapa de admisibilidad ante la CIDH, para constatar la existencia de una excepción al requisito de agotamiento de recursos conforme a la causal prevista en el Reglamento de ese órgano. Según el Reglamento de la CIDH, las disposiciones sobre el agotamiento de los recursos internos no se aplicarán, entre otros, cuando "no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos".[45]

También existen casos más sencillos de una evidente excepción al agotamiento por inexistencia del recurso.[46] Así por ejemplo, ante ciertas expulsiones arbitrarias o que ocurren al margen de la ley, no existirá un recurso legal que proceda en contra, ya estando la persona en territorio extranjero.

---

44 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 121.

45 Art. 31.2.b) del Reglamento de la CIDH.

46 Art. 31.2.a) del Reglamento de la CIDH: "No exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados".

4.4. Sostener un litigio a largo plazo y ponderar los cambios presentados

Los tiempos de litigio frente al Sistema Interamericano se han alargado en los últimos años. Un proceso puede demorar una década antes de llegar a tener una resolución definitiva, y dicho plazo se puede alargar aún más ante la falta de voluntad de un Estado de cumplir con la decisión adoptada. Como se ha mencionado anteriormente, esto genera retos para las víctimas y las organizaciones que les representan. Si bien hay ejemplos como el caso del señor Vélez Loor, que ha resistido el paso del tiempo, otras causas no han tenido tanta suerte.

Nuevamente, la situación en la República Dominicana es un buen ejemplo de esta problemática. Tanto en el caso de las *Niñas Yean y Bosico*, como en el de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, las expectativas de las víctimas se vieron truncadas en septiembre de 2013, con la emisión de una sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana (TC/0168/13), que privó arbitrariamente de la nacionalidad a más de cien mil personas de manera retroactiva, abarcando personas que habían nacido desde 1929. A pesar de algunas modificaciones legislativas hechas por el gobierno dominicano, esta decisión es abiertamente contraria a las decisiones de la Corte IDH en ambos casos, al no garantizar el derecho a la nacionalidad de personas nacidas en territorio dominicano de conformidad con el texto de la Constitución dominicana analizado por el Tribunal Constitucional.[47] Debido a esta divergencia entre lo decidido por el Tribunal Constitucional dominicano y la Corte IDH, se ha complicado la implementación del resto de las reparaciones ordenadas en la sentencia del caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*. En cuanto al caso *Niñas Yean y Bosico*, las víctimas han pospuesto llevar a cabo el acto de reconocimiento de responsabilidad hasta que la garantía de un acceso real a la nacionalidad por parte de las comunidades afectadas sea una realidad,

[47] Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia y Competencia. Resolución de 12 de marzo de 2019, considerando 30 y punto resolutivo 8.g.

al considerar que, de lo contrario, un acto de esta naturaleza no tendría ningún sentido.

Asimismo, para llevar adelante un litigio exitoso, suele ser crucial asegurar la resolución aceptable de la situación migratoria de las víctimas ya sea en el país de destino, un tercer país o, tras una deportación o expulsión, asegurar las condiciones mínimas en su país de origen, para poder mantener el contacto con la persona y asegurar su bienestar. Si bien en algunos de los casos que hemos litigado, una persona deportada regresa a su pueblo y al seno familiar, y puede mantener una dirección, teléfono y, en ocasiones, correo electrónico fijo que permita mantener el contacto, esto no siempre sucede. Por ejemplo, cuando existen alegatos de devolución a una situación de riesgo a la vida o integridad en un caso, o existe otra situación de precariedad que implica el regreso de la persona a una situación sumamente inestable, donde no tiene la seguridad física o económica mínima para mantener una dirección fija —incluso en ciertos casos viéndose obligada a desplazarse forzosamente de nuevo— esto puede llevar a la pérdida de contacto con una víctima y/o un nivel de precariedad tal que, sin o con un acompañamiento local, decida desistir del caso a nivel internacional por no contar con esas condiciones mínimas.

4.5. Reparaciones e impacto de sentencias

En cuanto a las reparaciones alcanzadas en materia de movilidad humana más allá de aquellas directamente dictadas a las víctimas, se encuentran principalmente las modificaciones a marcos normativos, cursos de capacitación y reconocimiento público de las vulneraciones cometidas. Si bien todos los casos en esta materia se benefician de los estándares consolidados en la jurisprudencia interamericana, tales como el apoyo en materia de salud física y psicológica, existe un amplio margen de acción para innovar medidas que puedan garantizar aquellos supuestos mencionados anteriormente y que no han sido tratados por el Sistema Interamericano.

Finalmente, debemos señalar que, para la consolidación de un *ius constitutionale commune* en América Latina, se deben tener en cuenta los impactos generados a nivel nacional a partir de los precedentes más allá del país declarado internacionalmente responsable. De esta manera, uno de los logros más evidentes de un caso puede ser cuando los estándares desarrollados en la respectiva sentencia son incorporados en la jurisprudencia y normatividad de otros países. Por ejemplo, el caso de Wayne Smith y Hugo Armendáriz estableció la obligación de ponderar la unidad familiar y el interés superior de la niñez en procesos de deportación.[48] El caso se encuentra pendiente de cumplimiento a nivel interno porque Estados Unidos de América no ha tomado ninguna acción para reparar a las víctimas tras sus deportaciones ni ha cumplido con las recomendaciones estructurales, concretamente, reformar la ley federal para garantizar el derecho a la vida familiar en procedimientos migratorios.[49] Asimismo, Wayne Smith falleció en Trinidad en 2011, sin que se haya tomado tampoco medida alguna para reparar a su familia.[50] No obstante las dificultades que se han enfrentado para lograr el cumplimiento en este caso ante la falta de reforma migratoria en el país durante décadas y los esfuerzos continuos de las organizaciones litigantes al respecto, los estándares establecidos en el caso respecto de la obligatoriedad de efectuar un ejercicio de ponderación de los derechos a la vida familiar y los derechos de la niñez en procedimientos que puedan derivar en la deportación, expulsión u impedimento de reingreso al país, han sido incorporados vía legislativa y judicial en diversos países de la región, evidenciando la relevancia del caso para la construcción de un *ius constitutionale commune* en la región.[51]

---

48 CIDH. Informe No. 81/10. Caso 12.562. Fondo. *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), *cit*.

49 CIDH. Informe Anual 2020, Capítulo 2, p. 194.

50 *Idem*.

51 Kerwin, Helen, "La protección a la unidad familiar en casos de deportación y expulsión en América Latina", en CMW, Sin Fronteras y CICR (eds.), *Acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional en las Américas*, Ciudad de México, 2022.

Por otra parte, pese a los retos reseñados que existen actualmente para lograr el pleno cumplimiento de la sentencia de las *Niñas Yean y Bosico*, los estándares establecidos en el caso respecto de las obligaciones de los Estados de prevenir y erradicar la apatridia y el derecho de toda niña y todo niño a la nacionalidad, han sido incorporados a lo largo de la región mediante la adopción de marcos legislativos en materia de apatridia (de la mano con la campaña IBelong para erradicar la apatridia) y la protección judicial de este derecho en casos concretos.[52] De esta manera, esta sentencia ha sido fundamental para la protección de las personas apátridas y en riesgo de apatridia en las Américas.

5. Conclusión

El estudio del litigio estratégico o de impacto que las víctimas y sus representantes han llevado a cabo resulta de la mayor importancia para entender el desarrollo del *ius constitutionale commune* en América Latina, en la medida en que aquél promueve la adopción y la aplicación de estándares a través de procesos judiciales.

Si bien en este artículo hemos hecho referencia al litigio ante el Sistema Interamericano para desarrollar estándares en nuestra región, las víctimas y sus representantes son también actores de suma relevancia en procesos internos que son fundamentales para la protección directa y la aplicación efectiva de estándares de derechos humanos. Si bien el rol complementario esencial de acciones de incidencia para el desarrollo y adopción de estándares ha sido presentado brevemente, representa un necesario campo de estudio para comprender mejor la complejidad de generar mecanismos de acompañamiento para impulsar un litigio.

[52] Mondelli, Juan Ignacio, "Towards the eradication of statelessness in the Americas: The Brazil Declaration and Plan of Action", en Van Waas, Laura; Khana, Melanie, *Solving Statelessness*, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2017, pp. 285-316. En su artículo, el autor reafirma la importancia del precedente del caso Niñas Yean y Bosico ante la Corte IDH para el desarrollo de estándares en la materia y para la erradicación de la apatridia en las Américas.

Ante el Sistema Interamericano, el litigio estratégico en materia de movilidad humana ha impulsado el desarrollo de estándares sobre no criminalización de la migración, no-discriminación, detención migratoria, expulsiones y no-devolución, desplazamiento forzado interno, nacionalidad y apatridia, unidad familiar, debido proceso y derechos de personas refugiadas, entre otros. Estos desarrollos se complementan con los informes temáticos, los principios interamericanos, las medidas cautelares y provisionales y las opiniones consultivas. La adopción y puesta en marcha de tales desarrollos se evidencia a lo largo de la región en diversas medidas, como lo demuestran otros artículos de esta publicación.

Impulsar la capacidad de litigio de organizaciones que trabajan a favor de los derechos de las personas en movilidad humana y el trabajo colectivo entre personas en movilidad humana, sociedad civil, la academia y otros actores para superar algunos de los retos aquí analizados, debe ser prioritario para seguir avanzando en la adopción e implementación efectiva de estándares para la protección de personas en movilidad humana.

Protección de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el rol de la academia

*Juana María Ibáñez Rivas**

1. Introducción

La migración es un fenómeno transnacional que exige respuestas estatales coordinadas conformes con los derechos humanos. En nuestra región, este fenómeno multicausal ha puesto en evidencia la tragedia que día a día viven las personas que migran desde Centroamérica, Cuba, México, Haití y Venezuela, sólo por destacar los ejemplos más representativos de la actual crisis migratoria en América. En la mayoría de los casos, las personas migrantes se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, no sólo por haber dejado atrás a sus Estados de origen, sino también por las dificultades económicas, sociales, culturales y ambientales que enfrentan a lo largo de sus rutas, en los Estados de tránsito, destino y/o retorno.

* Profesora del Departamento Académico de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigadora del *Groupe d'études en droit international et latino-américain de La Sorbonne (GEDILAS-IREDIES)* e Investigadora asociada del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Abogada por la PUCP. Candidata a doctora en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Máster en Derechos Humanos por la Universidad Paris X Nanterre La Défense. Previamente se desempeñó como abogada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y como responsable de programa en el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se ha pronunciado frente a casos y situaciones de personas migrantes víctimas de violaciones de derechos humanos y del correspondiente incumplimiento de las obligaciones del Estado, previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano. La Comisión Interamericana, que incluso cuenta con una Relatoría específica sobre los Derechos de las Personas Migrantes, ha puesto de manifiesto su posición sobre la situación de las personas migrantes a través de comunicados de prensa; informes de casos, de país o temáticos,[1] y de sus resoluciones.[2] En 2019, la CIDH publicó los "Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas",[3] documento que sistematiza, a través de 80 principios, los estándares

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 255, de 5 de agosto de 2020; CIDH. Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, OAS/Ser.L/V/II.Doc. 150, de 8 de septiembre de 2019; CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, de 31 de diciembre de 2015; CIDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, OAS/Ser.L/V/II.155.Doc. 16, de 24 de julio de 2015; 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, de 30 de diciembre de 2013; CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: detenciones y Debido Proceso, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 78/10, de 30 de diciembre de 2010, y CIDH. Informe de Progreso sobre la Situación de los Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.102Doc. 6 rev., de 16 de abril de 1999.

2 CIDH. Resolución No. 1/2021, Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos, de 6 de abril de 2021; CIDH. Resolución No. 2/2021, Protección de las personas haitianas en movilidad humana: solidaridad interamericana, de 24 de octubre de 2021.

3 CIDH. Resolución No. 04/19, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, de 7 de diciembre de 2019.

de protección de las personas en el contexto de la movilidad humana en las Américas.[4]

Por su parte, la Corte Interamericana, a través de su función contenciosa, ha resuelto un modesto número de casos en materia de protección de los derechos humanos de las personas migrantes que, no obstante, ha tenido un impacto sin precedentes en la región.[5] En efecto, si bien en términos cuantitativos la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de migración

---

[4] Sobre la definición de "estándar", véase, Burgorgue-Larsen, Laurence, "Les standards, normes imposées ou consenties ?", en Fatin-Rouge Stefanini, Marthe (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, Aix-Marseille, PUAM, 2013, pp. 15-30.

[5] En ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte IDH, destacan siete sentencias: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218; 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; 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; 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; Corte IDH. *Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, y Corte IDH. *Caso Habbal y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463. La jurisprudencia también da cuenta de otros casos en los que la Corte IDH ha analizado violaciones a los derechos humanos de personas extranjeras, a saber: 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 Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129; Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297; Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, y Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410.

es menor a aquella correspondiente a otros fenómenos en América —como las graves violaciones de derechos humanos—, en términos cualitativos, su repercusión ha sido notable. Esta jurisprudencia contenciosa se ha enriquecido de los estándares que, asimismo, la Corte ha emitido en ejercicio de su competencia consultiva[6] y de su facultad para ordenar medidas provisionales en casos de extrema gravedad, urgencia y riesgo de irreparabilidad del daño.[7]

Los estándares en materia de migración, derivados del trabajo conjunto de la Comisión y de la Corte Interamericanas, vinculan a los Estados Parte de la Convención Americana, sobre los que recae la obligación de aplicar el control de convencionalidad. Conforme se deriva del derecho internacional de los tratados, y tal como ha sido desarrollado por la Corte Interamericana, toda autoridad pública tiene la obligación de aplicar el control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana y la interpretación que de la misma realiza la Corte —intérprete última de la Convención—, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales

6 En ejercicio de la competencia consultiva de la Corte IDH, destacan cuatro opiniones: 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; 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; 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, y Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

7 Véase, particularmente, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de 26 de mayo de 2020; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 24 de junio de 2021, y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 25 de mayo de 2022.

correspondientes.[8] El denominado proceso de interamericanización[9] se consolida cuando los ordenamientos nacionales muestran una transformación gradual como resultado de la adopción de los respectivos estándares interamericanos.[10]

En materia migratoria, la aplicación de tales estándares —y la consecuente interamericanización— constituye una auténtica necesidad frente a las limitaciones de las personas migrantes en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia —norma imperativa de derecho internacional general—[11] ante las respectivas autoridades de los Estados de origen, tránsito, destino y/o retorno. Sin embargo, la relevancia de la jurisprudencia interamericana en materia de migración trasciende a los Estados y a sus autoridades públicas.[12]

---

8 Sobre el control de convencionalidad, véase, Burgorgue-Larsen, Laurence, "Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control", en Haeck, Yves *et al.* (eds.), *35 Years of Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 645-676; García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159, e Ibáñez Rivas, Juana María, *El control de convencionalidad. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, México, UNAM-IIJ/CNDH, 2017, 154 p.

9 Morales Antoniazzi, Mariela, "Interamericanización. Fundamentos e impactos", en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, MPIL/UNAM/IECEQ, 2019, pp. 57-97.

10 *Ibid.*, pp. 64 y 65.

11 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131, y Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 250.

12 Al respecto, Armin von Bogdandy y René Urueña han señalado que la comunidad de práctica de derechos humanos en América Latina nos remite a una comunidad de expertos "compuesta por diferentes actores: ONG transnacionales que presentan casos ante el sistema interamericano, organizaciones de base que utilizan estos derechos para proteger a las víctimas en sus territorios, clínicas en facultades de Derecho que presentan informes *amicus curiae*, tribunales nacionales que interpretan y aplican Con-

Los estándares que protegen los derechos humanos de las personas migrantes convocan también a las organizaciones no gubernamentales y a la sociedad civil, quienes a través del litigio estratégico han incidido en la definición de jurisprudencia específica de protección de las personas migrantes en la región, frente a las situaciones de violación de derechos humanos que las afectan. Este litigio estratégico ha permitido también orientar las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano hacia la determinación de medidas de reparación con un impacto transformador en la normativa, jurisprudencia y políticas públicas de los Estados de América.

En el presente artículo, analizaremos el rol de la academia, otro de los actores clave para potenciar el impacto de la jurisprudencia interamericana en materia de migración. La academia, en cuanto comunidad científica, no sólo debe ser identificada como un actor cuyo objeto de estudio es el Sistema Interamericano y sus desarrollos jurisprudenciales, sino también —y sobre todo— como un actor con una responsabilidad concreta frente a la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas. Así, frente a un tema de especial actualidad y complejidad como la migración, la academia tiene, por un lado, la responsabilidad de conocer y sistematizar los estándares interamericanos en la materia (2) y, por otro lado, la responsabilidad de desarrollar espacios de análisis y debate sobre dichos estándares para su fortalecimiento, seguimiento y cumplimiento (3).

2. La academia como agente de conocimiento y sistematización de los estándares interamericanos en materia de migración

Conforme ha sido señalado, la Comisión y la Corte Interamericanas han desarrollado una serie de estándares en materia de mi-

vención y jurisprudencia de la Corte IDH, funcionarios que trabajan en derechos humanos para Gobiernos nacionales, académicos que escriben y enseñan derecho de los derechos humanos, los comisionados y jueces del sistema interamericano, y también políticos con una agenda de derechos humanos". Bogdandy, Armin von y Urueña, René, "Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina", *Anuario de Derechos Humanos*, 2020, p. 22.

gración que han tenido un impacto trascendental para el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes en la región. Frente a la crisis migratoria en América y los casos de violaciones de derechos humanos de los que son víctimas las personas migrantes, resulta fundamental que la academia conozca y sistematice dichos estándares.

La jurisprudencia interamericana en materia de migración puede sistematizarse en función a diferentes criterios. Con independencia del criterio elegido, dicha jurisprudencia tiene como estándar transversal al principio de igualdad y no discriminación, norma imperativa de derecho internacional general.[13] Este principio, en su aspecto negativo, exige a los Estados abstenerse de producir regulaciones, políticas y prácticas discriminatorias o con efectos discriminatorios para el ejercicio de los derechos humanos de las personas migrantes.[14] En su aspecto positivo, exige combatir las prácticas discriminatorias en todos los niveles, en especial en los órganos públicos. Cualquier trato distinto (entre migrantes documentados e indocumentados, o entre migrantes y nacionales) debe ser objetivo, razonable, proporcional y no lesionar los derechos humanos de las personas concernidas.[15] Naturalmente, dicho principio también exige adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar la igualdad material de las personas migrantes, en contextos de discriminación estructural o histórica.[16]

---

13 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párrs. 100 y 101; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 248.

14 De acuerdo con la Corte IDH, dicho estándar aplica aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria de una medida estatal. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 264, y Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párrs. 234 y 235.

15 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 264; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 233, y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 248.

16 Siguiendo la Observación General Nº 20 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la Organización de las Naciones Unidas, la Corte IDH ha establecido que la discriminación estructural "se refiere a compor-

El principio de igualdad y no discriminación permite, en consecuencia, la protección de los derechos humanos de las personas migrantes con un enfoque diferenciado e interseccional.[17]

Entre los diferentes criterios de sistematización de los estándares interamericanos en materia de migración (temporal, temático, por Estado demandado, entre otros), presentaremos aquel que permite una clasificación en función a su naturaleza, esto es, distinguiendo entre aquellos de carácter sustantivo y de carácter procesal.

2.1. Estándares sustantivos en materia de migración

De la jurisprudencia establecida por la Comisión y la Corte Interamericanas, corresponde identificar cuatro grupos de estándares de naturaleza sustantiva: la prohibición de la criminalización de la migración irregular; los derechos de los niños y niñas migrantes; los derechos de los trabajadores migrantes, y los derechos de las personas migrantes en el contexto de la pandemia.

La jurisprudencia interamericana se ha pronunciado sobre *la no criminalización de la migración irregular* frente a la facultad de los Estados de fijar políticas migratorias. Si bien los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso, permanencia y salida de su territorio de las personas que no son nacionales, dichas políticas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos.[18] En consecuencia, una política

tamientos arraigados en la sociedad, que implican actos de discriminación indirecta o no cuestionada contra grupos determinados y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas comparativas para unos grupos y privilegios para otros". Corte IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 108. Asimismo, véase, Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General Nº 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009.

17 La Corte IDH se ha referido a la interseccionalidad como la confluencia de múltiples factores de vulnerabilidad y de riesgo. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

18 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 168; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

migratoria que tenga como eje central la detención obligatoria de migrantes en situación irregular deviene arbitraria y contraria a la Convención Americana, puesto que la migración irregular no es un acto delictivo.[19]

Al respecto, la Corte Interamericana ha reiterado que la detención de personas migrantes es una medida de *ultima ratio,* que no se puede dar con fines punitivos.[20] De esta manera, una privación de libertad debe cumplir con una serie de requisitos, a saber: estar establecida previamente en la ley (principio de legalidad); ser razonable y proporcional; realizarse con el fin de garantizar la comparecencia al proceso migratorio o garantizar orden de deportación; ser el resultado de una valoración respecto de otras medidas alternativas; extenderse por el menor tiempo posible; no basarse en perfiles raciales,[21] y estar sujeta a control judicial y a la interposición de recursos.[22] La autoridad judicial —o aquella que ejerce funciones jurisdiccionales—[23] encargada del control de una orden de detención debe verificar cada caso en particular mediante una evaluación individualizada, analizar la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas[24] y, en su caso, tener competencia para ordenar la libertad de la persona.[25]

Costas, *cit*., párr. 97, y Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 350.

19 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 171; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 131, y Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 359.

20 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 208.

21 Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 368.

22 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 198.

23 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 137.

24 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 171, y Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 131.

25 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 198.

La Corte ha precisado que la prohibición de la criminalización de la migración irregular no significa que los Estados estén impedidos de iniciar acciones legales —inclusive de naturaleza penal— respecto de personas migrantes que no cumplan con las normas del ordenamiento jurídico estatal.[26] Sin embargo, al hacerlo, los Estados están obligados a adoptar medidas que respeten sus derechos humanos, sin discriminación por su eventual estancia irregular, nacionalidad, raza, género o cualquier otra condición social,[27] en los términos de lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Los *derechos de los niños y niñas migrantes* también han sido tema de especial preocupación en el Sistema Interamericano. Frente al análisis de casos que involucran a menores de edad, la Corte Interamericana ha establecido la necesidad de valorar tres elementos fundamentales: el interés superior de la niñez, como consideración primordial en todas las acciones que afecten a niños, niñas y adolescentes; las circunstancias específicas de la niña, del niño o adolescente (por ejemplo, si se encuentra junto a sus progenitores, si no está acompañado o si ha sido separado de sus progenitores);[28] y la participación, que supone el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial que los afecte y a que

[26] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 118; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 39, y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 100.

[27] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 118, y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 100. La Corte IDH ha establecido que el listado del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no es taxativo sino enunciativo. De esta manera, "la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas" en la CADH. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85.

[28] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párrs. 156 y 252.

sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta.[29] Asimismo, tomando como referente el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte Interamericana ha establecido la prohibición absoluta de la privación de libertad de niños y niñas por su condición migratoria,[30] estándar que ha tenido impacto a nivel del sistema universal de protección de derechos humanos.[31]

Por otro lado, dada la relación intrínseca entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños, niñas y adolescentes, ha quedado establecido que la separación de menores de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del principio de unidad familiar.[32] Incluso las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si son excepcionales, en lo posible temporales y si están debidamente justificadas en el interés superior de la niñez.[33] En casos de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, se deberá hacer un análisis de ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del caso y el interés superior del niño.[34] A mayor abundamiento, la Corte ha dispuesto que los Estados deben tomar medidas para

---

29 *Ibid*., párrs. 69 y 70.

30 *Ibid*., párr. 154. La Corte IDH ha concluido que la privación de libertad de los menores de edad nunca responderá a su interés superior ni será una opción de protección y que, en esa medida, excede el requisito de necesidad (porque siempre habrán otras medidas alternativas, como el alojamiento de los menores con familias).

31 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, "Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados", A/75/183, de 20 de julio de 2020.

32 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 226, y Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 357. Sin embargo, la Corte IDH 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 Parte de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 417.

33 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 226.

34 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 281.

evitar la trata infantil, la explotación sexual y laboral y los malos tratos, en particular, en casos de niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de su familia que se encuentren fuera de su país de origen.[35]

Específicamente, en cuanto a menores de edad en situación de apatridia,[36] la Corte Interamericana ha hecho reenvío a la Convención sobre el estatuto de las personas apátridas de 1954,[37] para reiterar la obligación estatal de garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento.[38] Conforme ha sido establecido por la Corte, si bien los Estados tienen competencia para decidir quiénes son nacionales,[39] existen dos límites para la regulación del otorgamiento de la nacionalidad: a) el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, esto es, no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el número de personas apátridas, al ser discriminatoria o tener efectos discriminatorios, y b) el deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación.[40]

---

35 *Ibid*., párr. 91.

36 Conforme ha sido destacado por la Corte IDH, la CADH (art. 20.2) "recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a 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 individuo". Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 139.

37 Adoptada el 28 de septiembre de 1954, entrada en vigor el 6 de junio de 1960. Conforme a la Convención, un apátrida es "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación" (art. 1). Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 94.

38 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 259.

39 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 140.

40 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 94; Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *cit*., párrs. 140 a 142, y Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 256.

Adicionalmente, *los derechos laborales de los trabajadores migrantes* han sido reconocidos con independencia de su eventual situación irregular. Si bien los Estados pueden tomar diversas medidas, como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, deben establecer mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas.[41] Una persona migrante, "al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo".[42]

Si bien el Estado y los particulares empleadores en un Estado no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados,[43] si son contratados, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.[44] No es admisible que un Estado dé empleo, fomente o tolere la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de su condición de vulnerabilidad frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de sus derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente.[45]

Finalmente, en cuanto a los estándares de *protección en el contexto de la pandemia de COVID-19*, la Comisión Interamericana ha recordado que los Estados deben garantizar que las personas migrantes, independientemente de su situación migratoria o de su origen, reciban la misma atención médica brindada a los nacionales del país de tránsito o de destino. Lo propio resulta aplicable en el caso de otorgamiento de bonos, ayudas

41 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 169.

42 *Ibid*., párrs. 133 y 134.

43 *Ibid*., párr. 135.

44 *Ibid*., párr. 136.

45 *Ibid*., párr. 170.

financieras y otros mecanismos de protección interna.[46] Asimismo, ha destacado que los Estados deben "[e]vitar implementar acciones de control o represión de carácter migratorio" en las cercanías de hospitales, albergues y otros centros de asistencia, así como el intercambio de información médica con autoridades migratorias con carácter represivo.[47] En aplicación del principio de no devolución, la CIDH ha instado a los Estados a evaluar la reducción de deportaciones y expulsiones a países donde las personas puedan ver su situación de salud agravada por la pandemia.[48] La Corte también ha instado a los Estados a "velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras", impulsando medidas para asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana.[49]

Tanto la Comisión como la Corte IDH han resaltado que los Estados deben establecer protocolos para crear las condiciones sanitarias y de higiene adecuadas en centros de detención, albergues, estaciones e instalaciones semejantes destinadas a la acogida o estadía de personas migrantes.[50] Al respecto, la Corte ha afirmado la necesidad de reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento de personas privadas de libertad, por ejemplo en centros de detención, y de disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a dicha privación de libertad.[51] Adicio-

46 CIDH. Comunicado de Prensa No. 077/20, "La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19", de 17 de abril de 2020.

47 CIDH. Resolución No. 01/20, Pandemia y derechos humanos en las Américas, de 10 de abril de 2020, recomendación 59.

48 Al respecto, ha insistido en que los Estados deben evaluar la implementación de medidas de extensión de plazos administrativos (otorgamiento o prórroga de residencia temporal, vigencia de visas, autorizaciones) y garantizar el derecho de regreso a los países de origen o nacionalidad de las personas migrantes. CIDH. Resolución No. 01/20, *cit*., recomendación 58, y CIDH. Comunicado de Prensa No. 077/20, *cit*.

49 Corte IDH. Declaración No. 1/20, COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, de 9 de abril de 2020.

50 CIDH. Resolución No. 01/20, *cit*., recomendación 58.

51 Corte IDH. Declaración No. 1/20, *cit*.

nalmente, ambos órganos han mencionado el necesario combate a "la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación",[52] y "la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana".[53] Asimismo, la CIDH y la Corte IDH se han referido a las implicancias del principio de igualdad y no discriminación en el acceso de las personas migrantes a las vacunas.[54] En ese sentido, ambos órganos han puesto énfasis en la aplicación del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el contexto de la pandemia, destacando la interrelación entre los derechos a la vida y a la salud.[55]

2.2. Estándares procesales en materia de migración

Entre los estándares procesales establecidos por la Comisión y la Corte Interamericanas, corresponde identificar tres grupos: las garantías del debido proceso legal en todo procedimiento que involucre a personas migrantes; las garantías específicas del procedimiento de expulsión o deportación, y la garantía colectiva que exige la cooperación internacional entre Estados frente al fenómeno migratorio.

De acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte IDH, *las garantías mínimas del debido proceso* deben resguardarse en procedimientos de diferente naturaleza, incluidos aquellos de carácter migratorio, sean administrativos o judiciales.[56] Estos

---

52 CIDH. Resolución No. 01/20, *cit*., recomendación 61, y Corte IDH. Declaración No. 1/20, *cit*.

53 CIDH. Resolución No. 01/20, *cit*., recomendación 61.

54 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 24 de junio de 2021, *cit*., considerando 46, y CIDH. Resolución No. 1/2021, *cit*.

55 Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela, "COVID-19 and the Need for a Holistic and Integral Approach to Human Rights Protection: On Latin America and the Inverted Principle of Interdependence and Indivisibility of Human Rights", *VerfBlog*, de 25 abril de 2020.

56 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 122; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párrs. 142 y 143; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs.*

procedimientos deben ser justos y eficientes, dentro de un plazo razonable, y estar a cargo de autoridades competentes, independientes e imparciales. En ese mismo sentido, la Corte ha sostenido que "el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio",[57] puesto que "[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna",[58] y con el objetivo de que "los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables".[59]

Entre las referidas garantías destaca la información sobre la asistencia consular, reconocida como un derecho humano en el marco del debido proceso. En 1999, con ocasión de la Opinión Consultiva OC-16/99, la Corte Interamericana determinó que del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tratado interestatal, derivaba un derecho humano de la persona extranjera a ser informada oportunamente sobre la posibilidad de contar con asistencia consular,[60] con la correlativa obligación del Estado receptor de notificar a la persona detenida de su derecho a establecer contacto con el funcionario consular de su país de nacionalidad o residencia. El estándar según el cual la asistencia consular es un derecho individual y una garantía mínima protegida por la Convención Americana impactó la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la resolución de casos emble-

República Dominicana, *cit*., párr. 159; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 155, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 112.

57 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 351; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 122, y Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 159.

58 *Idem*.

59 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 351; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *cit*., párrs. 117 y 119; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 159, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 113.

60 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *cit*., párr. 120.

máticos sobre pena de muerte impuesta a personas extranjeras en los Estados Unidos de América.[61]

Desde la óptica de los derechos de la persona extranjera detenida, tres son los componentes esenciales del derecho a la información sobre la asistencia consular: a) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; b) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y c) el derecho a la asistencia misma.[62] La jurisprudencia de la Corte determina, en consecuencia, que es la persona detenida la que tiene el derecho de decidir si quiere o no establecer contacto con el funcionario consular del Estado de origen o de residencia.[63]

En el marco del reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo "como un derecho humano[64] a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero",[65] la Corte ha desarrollado

---

61 Corte Internacional de Justicia (CIJ). LaGrand (Alemania *vs.* Estados Unidos de América), sentencia de 27 de junio de 2001, y CIJ. Avena and Other Mexican Nationals (México *vs.* Estados Unidos de América), sentencia de 31 de marzo de 2004.

62 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 153, y Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 166.

63 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 155. En caso afirmativo, el cónsul "podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión". Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *cit*., párr. 86; Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, *cit*., párr. 112, y Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, *cit*., párr. 125.

64 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 73, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párrs. 64 y 156.

65 En esta expresión queda incluido el estatuto de refugiado, según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 78, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párr. 156. La Corte IDH ha interpretado que el asilo diplomático "no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana o el artículo

las garantías mínimas que deben protegerse en los procedimientos migratorios de las personas solicitantes de asilo o refugio, entre ellas: a) los servicios de un intérprete o un traductor competente; b) el acceso a asesoría y representación legal (servicio público gratuito de defensa legal); c) la debida fundamentación de decisiones emitidas por una autoridad competente claramente identificada; d) de ser necesario, la protección de los datos de la persona (principio de confidencialidad); e) el otorgamiento de información sobre cómo recurrir una decisión y la concesión de un plazo razonable para ello (si no se le reconoce la condición de refugiado); y f) la previsión de un recurso de revisión o apelación que tenga efectos suspensivos y que permita al solicitante permanecer en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.[66]

El *derecho a la no devolución y expulsión de personas extranjeras,*[67] norma consuetudinaria de derecho internacional,[68] también

XXVII de la Declaración Americana", por lo que "debe regirse por las propias convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas".

66 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *cit*., párr. 120; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 159, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 116.

67 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párr. 186. Este derecho aplica respecto de las personas refugiadas o solicitantes de asilo —sin necesidad de que hayan sido admitidas formalmente en el territorio— cuando su vida o libertad está amenazada como consecuencia de persecución por determinados motivos (Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951 y su protocolo de 1967) (art. 22.7); y respecto de toda persona extranjera, en caso de que su vida o libertad está en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada, conflictos internos o violaciones masivas de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público (Declaración ampliada de protección de la Declaración de Cartagena de 1984) (art. 22-8). La Corte IDH ha señalado que la devolución puede abarcar diversas conductas estatales, como la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o "entrega". Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párr. 190.

68 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 151, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párr. 179.

exige el cumplimiento estatal de una serie de derechos de naturaleza procedimental. La Corte Interamericana exige entonces que los Estados realicen un análisis adecuado e individualizado de las peticiones de asilo o refugio, con las debidas garantías, mediante el procedimiento respectivo, evaluando las circunstancias personales de cada sujeto (del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen).[69] Naturalmente, los Estados deberán otorgar la protección internacional cuando la persona califique para ello. Si la persona no califica para asilo o refugio y tampoco puede ser deportada al país de origen o acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en un tercer país, deben aplicarse formas complementarias de protección (visa humanitaria o estatutos temporales de protección, por ejemplo).[70]

Asimismo, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH establecen la prohibición de expulsiones colectivas,[71] entendiendo que el carácter colectivo de las mismas no está determinado por el número de personas objeto de la expulsión sino por el hecho que no exista un análisis objetivo de la situación individual de cada persona.[72] En esa medida, los Estados deben garantizar procedimientos individuales para determinar la procedencia de la deportación o expulsión caso por caso. De acuerdo con la Corte IDH, las garantías del debido proceso comprenden: "a) ser informad[o] expresa y formalmente de los cargos en [...] contra y de los motivos de la expulsión o deportación. [...];[73] b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a

---

69 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 153, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 232.

70 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 101.

71 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 155.

72 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párrs. 171 y 172, y Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 361.

73 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., 175; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 133, y Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 356. Esta notificación debe incluir "información sobre [los] derechos [de la persona], tales como:

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 ley".[74]

En este punto, corresponde destacar los estándares interamericanos respecto de la obligación estatal de investigar los casos de violaciones de derechos humanos en contra de las personas migrantes. Conforme ha sido resaltado, en estos casos, la impunidad suele ser una constante debido a los impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorio un efectivo acceso a la justicia para las personas migrantes víctimas de violaciones a sus derechos humanos.[75] Precisamente por ello, en jurisprudencia reciente, la Corte ha puesto en evidencia cómo "la condición de migrante" puede tener un impacto fundamental en la ausencia de participación de las víctimas en los procesos para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos en su contra.[76] La Corte ha remarcado así la "situación de desigualdad real debido a[l] estatus migratorio",[77] que puede representar una serie de obstáculos y deficiencias que impidan la defensa eficaz de los intereses de las víctimas por el mero hecho de ser migrantes.[78]

Finalmente, la Corte IDH ha establecido *el deber de cooperación entre Estados* en la promoción y observancia de los derechos humanos, como norma de carácter *erga omnes*, que debe ser cumplida por todo Estado en materia migratoria.[79] Al respecto, el

---

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".

74 *Idem*.

75 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 113; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 98; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párrs. 152 y 153, y Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 128.

76 Corte IDH. *Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*, *cit*., párr. 92.

77 *Ibid*., párr. 93.

78 *Idem*.

79 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párr. 199.

Tribunal ha puesto énfasis en que "las dificultades del contexto actual requieren sinergia y solidaridad entre los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil para brindar una respuesta regional y global efectiva a los desafíos derivados de la pandemia que enfrentan las personas en movilidad humana".[80]

Por ello, "[a] la luz del principio de responsabilidad compartida y teniendo en cuenta las dimensiones complejas y transfronterizas del fenómeno migratorio, agravado por la situación de pandemia",[81] la Corte ha recordado "la importancia de impulsar diálogos a nivel nacional, bilateral y regional para generar las condiciones que posibiliten un tránsito seguro, ordenado y regular, en el que se garanticen de manera efectiva los derechos de las personas en situación de movilidad".[82] En ese sentido, la Corte ha considerado pertinente comunicar al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sus últimas resoluciones sobre medidas provisionales en materia migratoria para que, "en el marco de sus atribuciones de acuerdo a la Carta de la OEA, el Secretario General coadyuve a impulsar el diálogo indicado y a promover soluciones regionales"[83] a la crisis migratoria.

Por todo lo expuesto, y más allá del criterio elegido, la sistematización de la jurisprudencia interamericana en materia de migración permite superar una aproximación casuística y dar el paso hacia una valoración integral de las decisiones de los órganos interamericanos que facilite su aplicación por las autoridades de los Estados. Dicha sistematización permite realizar un análisis comparado del diálogo entre los sistemas de protección de derechos humanos (universal y regionales) para la consolidación de un estándar determinado. El conocimiento y la sistematización constituyen, como veremos a continuación, el punto de partida para el fortalecimiento simbiótico de los órganos del Sistema Interamericano y de los Estados, y la consolidación de la interamericanización en materia migratoria.

---

80 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020, *cit*., considerando 37.

81 *Idem*.

82 *Idem*.

83 *Idem*.

3. La academia como agente de análisis y debate sobre los estándares interamericanos en materia de migración

La academia también tiene la responsabilidad de analizar y debatir los estándares interamericanos en materia de migración, a fin de evaluar los eventuales retos y desafíos en este tema para el Sistema Interamericano y los Estados. Análisis y debate representan un proceso creativo en el que la academia puede dar luz a conceptos y/o líneas de investigación con el potencial de generar un impacto transformador en derechos humanos, esto es, un impacto no sólo jurídico, sino también social y político.[84]

Un claro ejemplo de ello es el concepto de *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL),[85] acuñado, posicionado y desarrollado por la academia. Conforme ha sido resaltado por el profesor Armin von Bogdandy, entre sus dimensiones, el ICCAL supone un proyecto normativo compartido, entre otros, por una comunidad de académicos, juristas y organizaciones de la sociedad civil, que tratan de hacer realidad las promesas de las constituciones latinoamericanas adoptadas después de dictaduras militares. En esa medida, este proyecto normativo sigue una estrategia incremental, utilizando la perspectiva de los derechos como eje transversal.[86] Así, el ICCAL toma como punto de parti-

[84] Intervención de Mariela Morales Antoniazzi, en el Panel I "Desigualdades e impacto social diferenciado en el goce de los DESCA en el contexto de la pandemia", en el Foro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de 15 de octubre de 2021, *https://www.youtube.com/watch?v=KWvSCBN_d7c*

[85] Morales Antoniazzi, Mariela, "Interamericanizacion. Fundamentos e impactos", *op. cit*., pp. 66 y 67.

[86] El concepto *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL) tiene otras dos dimensiones: 1) denomina un conjunto de normas jurídicas y de prácticas relacionadas, tales como el derecho regional de los derechos humanos y las garantías constitucionales internas, así como su interpretación por parte de las instituciones nacionales y regionales correspondientes. 2) incorpora un enfoque metodológico específico al constitucionalismo transformador. Esto implica una perspectiva integral del derecho público, que combina el análisis del derecho constitucional con el del derecho internacional. Además abarca una actitud comparativa, así como un énfasis

da las características estructurales y los desafíos específicos de la región, y se caracteriza por su perspectiva multinivel, basándose en el potencial transformador de las constituciones nacionales, el derecho internacional y especialmente el Sistema Interamericano.[87]

Entre las principales medidas que la academia ha elegido como vectores de análisis y debate de la jurisprudencia interamericana, destacan aquellas orientadas a contribuir a la precisión, el fortalecimiento y la difusión de los estándares jurisprudenciales y, por otro lado, aquellas destinadas al seguimiento del cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana en los casos vinculados a materia migratoria.

3.1. Actividades que contribuyen a la precisión, el fortalecimiento y la difusión de los estándares jurisprudenciales sobre migración

Entre las actividades que desde la academia contribuyen a la precisión, el fortalecimiento y la difusión de los estándares jurisprudenciales en materia de migración, destacamos la participación en audiencias y la presentación de *amicus curiae* y observaciones, así como la capacitación y la producción de artículos y publicaciones.

La academia ha tenido una participación importante en las audiencias convocadas por la Comisión Interamericana para analizar situaciones específicas de afectación de los derechos humanos de las personas migrantes en los diferentes Estados de la región, entre ellas, la falta de acceso a la justicia, la apatridia, las personas migrantes desaparecidas y sus familias, la niñez mi-

en los principios, tales como aquellos pertenecientes a los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia. Bogdandy, Armin von *et al*., "Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador", en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, IECEQ/MPIL, 2017, pp. 17-51.

87 *Idem*.

grante no acompañada, las políticas de detención y deportación, los solicitantes de asilo y refugio, y la trata de personas.[88]

Asimismo, la academia ha participado en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos vinculados a los derechos

[88] Entre los representantes de la academia que han participado en las audiencias destacan, entre otros: Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar (PADH) Sede Ecuador; Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana (IDHUCA); Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); International Human Rights Clinic Faculty of Law, University of the West Indies (UWI); Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales; Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado; Cátedra de Racismos y Migraciones Contemporáneas de la Universidad de Chile; Cátedra de la paz de la Universidad de los Andes; Centro de investigaciones para la infancia y la familia (CENDIF) de la Universidad Metropolitana; Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello; International Human Rights Clinic - University of Washington; Universidad de Antioquia (Medellín); Universidad Cooperativa de Colombia (Arauca); Universidad Libre (Cúcuta); Universidad del Norte (Barranquilla); Universidad del Rosario (Bogotá); International Human Rights Law Clinic (IHRLC)-UC Berkeley School of Law; Clínica Jurídica Alaide Foppa de la Universidad Iberoamericana; Harvard Immigration and Refugee Clinical Program - Harvard University; Transnational Legal Clinic, University of Pennsylvania Law School; Immigration Clinic at the University of Texas Law School; Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ (DIHIE SJ) de la Universidad Iberoamericana Puebla; Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México; Immigration Law Clinic, University of the District of Columbia, Immigration and Human Rights Clinic; University of Pennsylvania Law School Transnational Legal Clinic; University of Texas Law School Civil Rights Clinic; Centro de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, El Salvador; Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina; Universidad de California Hastings Collage of the Law (CGRS); International Human Rights Clinic of Loyola Law School; International Human Rights Law Clinic, American University-Washington College of Law; Stanford Immigrant Rights Clinic; Boston College Post-Deportation Human Rights Project; Immigration Equality, Advocates for Human Rights, Boston University; Universidad San Francisco de Quito; University of Arizona College of Law. CIDH. Audiencias y otros eventos públicos de la CIDH, Derechos de los migrantes y sus familias, *http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=20*

humanos de las personas migrantes a través de escritos de *amicus curiae*.[89] Si bien en las sentencias de los primeros casos vinculados a materia migratoria no se identifica referencia alguna a escritos de *amicus curiae*, esto ha cambiado con el paso de los años y la mayor visibilidad que han tenido los casos sobre la situación de las personas migrantes en la región. De esta manera, de los siete casos emblemáticos en materia de migración, la Corte ha recibido escritos de *amicus curiae* en cinco de ellos. Estos escritos fueron presentados, entre otros, por diferentes universidades, institutos y clínicas de derechos humanos. En algunos casos, dichas universidades, institutos y clínicas se han unido para presentar un solo escrito ante la Corte, lo que demuestra una importante tendencia de la academia a posicionar de manera colectiva razonamientos y consideraciones jurídicas en torno a los hechos de los casos materia del proceso ante el Tribunal.

En el caso *Vélez Loor*, respecto de la situación de una persona migrante privada de libertad en centros penitenciarios en Panamá, la Corte IDH recibió un escrito de *amicus curiae* de la Clínica de Interés Público de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia. Dicho escrito profundizó en los temas de discriminación, tortura, libertad y condiciones carcelarias.[90] Posteriormente, en los casos *Nadege Dorzema y otros*[91] y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas,*[92] sobre la situación de las personas haitianas o

---

89 De acuerdo con el Reglamento de la Corte IDH, *amicus curiae* "significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia" (art. 2.3).

90 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit*., párr. 12.

91 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 9. Entre otros, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid; Clínica de Derechos Humanos de Loyola Law School de Los Angeles; Clínica del Asilo y de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Boston University; Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado, Capítulo República Dominicana (COLADIC-RD).

92 Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 14. Entre otros, Clínica de Derechos Hu-

de origen haitiano en República Dominicana, la Corte recibió un número importante de escritos de *amicus curiae*. En el caso de la *Familia Pacheco Tineo*, sobre la solicitud de asilo y expulsión de personas de nacionalidad peruana en Bolivia, la Corte Interamericana recibió escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por Ezequiel Heffes y Fernando Alberto Goldar y por la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara de Estados Unidos de América.[93] En el caso *Habbal y otros,* sobre la presunta privación arbitraria de la nacionalidad adquirida por naturalización a una madre y la anulación de la residencia permanente de sus hijas,[94] la Corte recibió un escrito de *amicus curiae* del Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos (SELIDH) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.[95] Estos escritos de *amicus curiae* constituyen trabajos de investigación que han permitido "ilustrar a la Corte sobre algunas cues-

manos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas; Grupo de Acciones Públicas (GAP) - Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario Colombia y la Fundación Pro bono Colombia; Iniciativa Frontera Norte de México (IFNM) y Fundar Centro de Análisis e Investigación México; Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Santa Clara; Clínica de Derecho Internacional de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho, Universidad de Virginia; Clínica Internacional de Derechos Humanos y Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y el Instituto Caribeño de Derechos Humanos; Clínica de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Miami; Centro Pedro Francisco Bonó, Centro de Formación y Acción Social Agraria (CEFASA), Solidaridad Fronteriza y Red del Servicio Jesuita con Migrantes, República Dominicana y el Director Nacional del Sector Social de la Compañía de Jesús en República Dominicana, Mario Serrano Marte; Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado, Capítulo República Dominicana (COLADIC-RD); Paola Pelletier Quiñones.

93 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 10.

94 Cabe destacar que, en la sentencia de este caso, la Corte IDH declaró que el Estado no era internacionalmente responsable por la alegada violación de derechos humanos y el presunto incumplimiento de obligaciones estatales. En ese sentido, resolvió que no procedía pronunciarse sobre reparaciones, costas y gastos y ordenó el archivo del expediente.

95 Corte IDH. *Caso Habbal y otros vs. Argentina*, *cit*., párr. 10.

tiones fácticas o jurídicas relacionadas con el proceso en trámite ante el Tribunal",[96] en estos casos, sobre el fenómeno migratorio en la región o, de manera específica, sobre los derechos humanos de las personas migrantes en un Estado determinado.

En el procedimiento de opiniones consultivas, la academia ha participado a través de la presentación de observaciones a título individual, y en nombre de universidades, institutos o clínicas jurídicas. La presentación de observaciones de la academia ha sido notable en tres de los cuatro procedimientos de opiniones consultivas de la Corte IDH en materia de migración: Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados;[97] Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional[98] y Opinión Consultiva

[96] Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, *cit*., párr. 15.

[97] Entre otros, Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justiça Global/Global Justice Center; Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México.

[98] Entre otros, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús; Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano, A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana; Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de

OC-25/18 sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano.[99]

Por otro lado, la academia ha contribuido —y contribuye— a la enseñanza, investigación y difusión de los estándares jurisprudenciales del Sistema Interamericano en materia de migración a través del diseño e implementación de cursos de pregrado y posgrado, así como de cátedras o diplomados específicos como parte de los programas académicos universitarios. Ciertamente, las universidades desempeñan un papel importante al producir conocimiento y tener una amplia influencia que les permite "impactar (directamente) en sus estudiantes a través de la enseñanza y actividades relacionadas, así como en las comunidades en las que se encuentran y en otros actores relevantes —como quienes

Porres; Centro de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello; International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University, en representación de Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense e Immigrant Children's Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children); Immigration Law Clinic de Southwestern Law School; Child Law Clinic de University College Cork.

99 Entre otros, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas; Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura Cali; Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia; Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM); Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar; Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT Medellín; Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California; University College London "Public International Law Pro Bono Project"; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas; Clínica de Migrantes, Refugiados y Trata de Personas del Grupo de Interés Público de la Universidad del Norte; Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana Cali; International Migrants Bill of Rights Initiative Georgetown University Law Center; Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

toman las decisiones— a nivel local, regional y/o global".[100] Actualmente es posible verificar la incorporación de clases o sesiones específicas sobre migración o derechos de las personas migrantes (normalmente en las cursos de derechos humanos o de Sistema Interamericano) o de un curso concreto sobre la materia en la currícula de diferentes universidades en la región.[101] Sobre el particular, es fundamental reconocer el impacto de normas internas que exigen la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la currícula de las universidades y/o centros educativos en general.[102]

En la misma línea, las capacitaciones sobre la jurisprudencia interamericana en materia de migración, organizadas por universidades, institutos, clínicas jurídicas y observatorios han devenido una constante. Dichas capacitaciones, dirigidas al público en general o a un grupo destinatario específico (jueces, fiscales, defensores públicos, autoridades del poder ejecutivo o legisla-

---

100 Jubilut, Liliana, "The Role of Universities in the Protection of Refugees and Other Migrants. A View from Brazil and Latin America", *Migration and Society: Advances in Research* 3, 2020, p. 238.

101 Entre otras, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Lanús (Argentina); Universidade de Brasilia, Universidade de Fortaleza, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Universidade Estadual Paulista, Universidade Federal de Paraíba, Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal do Pará (Brasil); Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Norte, Universidad de La Sabana (Colombia); Universidad Alberto Hurtado, Universidad Austral de Chile, Universidad de Chile, Universidad Diego Portales (Chile); Universidad de Costa Rica, University for Peace (Costa Rica); Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador); American University, Boston College, Columbia University, Harvard University, New York University (Estados Unidos de América); Universidad Rafael Landívar (Guatemala); Universidad Nacional Autónoma de Honduras (Honduras); Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México (México); Universidad Nacional de Asunción (Paraguay); Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú); Universidad Católica Dámaso Larrañaga (Uruguay); Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

102 A modo de ejemplo, en Perú, la Ley No. 27741, Ley que establece la política educativa en materia de derechos humanos y crea un plan nacional para su difusión y enseñanza, de 28 de mayo de 2002.

tivo, organizaciones de derechos humanos, periodistas, etc.), tienen un impacto transformador en las normas, jurisprudencia y/o políticas públicas de las autoridades públicas,[103] en las estrategias de litigio de las organizaciones de derechos humanos, así como en la percepción y difusión del Sistema Interamericano en la región. En última instancia, estas capacitaciones no buscan que los destinatarios memoricen la Convención Americana y las decisiones de los órganos interamericanos, sino que se familiaricen con la utilización de las herramientas existentes para la protección de los derechos humanos de las personas, incluidas las personas migrantes.

Entre dichas herramientas corresponde mencionar aquellas puestas a disposición por los propios órganos del Sistema Interamericano: los cursos de capacitación que organizan la Comisión[104] y la Corte Interamericanas;[105] la traducción de informes,

[103] Una interesante iniciativa que propicia la aplicación del control de convencionalidad en materia de migración por los operadores de justicia en América es el "Concurso Premio Sentencias Acceso a la justicia de personas migrantes o sujetas de protección internacional", convocado por la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C.; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios; el Comité Internacional de la Cruz Roja; la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Hispanics in Philathopy; la Organización Internacional para las Migraciones; la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la OEA; la Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas; la Relatoría sobre los derechos de los migrantes de la CIDH, Sin Fronteras, I.A.P. El objetivo del Concurso es "[v]isibilizar aquellas sentencias que se han emitido bajo las más altas normas y estándares en derechos humanos, así como las buenas prácticas que han servido para garantizar el acceso a la justicia y el goce efectivo de los derechos humanos de las personas migrantes o sujetas de protección internacional en las Américas".

[104] La CIDH organiza cursos presenciales y virtuales sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *https://www.oas.org/es/cidh/actividades/cursos.asp*

[105] La Corte IDH organiza programas de formación y actualización en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, virtuales y presenciales, *https://www.corteidh.or.cr/fortalecimiento_institucional.cfm*. En al-

resoluciones y decisiones a los idiomas oficiales de la OEA;[106] los buscadores en las páginas web,[107] así como las publicaciones que sistematizan la jurisprudencia interamericana.[108] Conforme ha sido señalado por Laurence Burgorgue-Larsen, esta "diplomacia académica" genera una suerte de "cordón umbilical" entre la Corte Interamericana y organismos y entidades de investigación y enseñanza superior que promueven los valores inherentes a la protección de los derechos de la persona y al estado democrático de derecho en la región.[109]

El trabajo de las clínicas jurídicas merece una mención especial. Estas clínicas desarrollan una labor de protección de los derechos humanos de las personas migrantes, a partir de la aplicación de estándares interamericanos en el litigio de los casos que asumen, así como del diseño de estrategias que permitan superar situaciones estructurales de vulneración de los derechos de las

---

gunos casos, los cursos o programas de formación y actualización son organizados en cumplimiento de acuerdos de cooperación con universidades o centros de formación.

106 Los idiomas oficiales de la OEA son el español, el inglés, el portugués y el francés.

107 La CIDH cuenta con el SIMORE Interamericano, herramienta informática en línea, que sistematiza las recomendaciones formuladas por la CIDH a través de sus diferentes mecanismos: acuerdos de solución amistosa aprobados, informes anuales (Capítulo IV.B), informes de fondo publicados, informes de país, informes temáticos y medidas cautelares otorgadas. Esta herramienta permite buscar y organizar dichas recomendaciones según distintos criterios (por mecanismo, por tema/derecho, por población, por alcance geográfico, por año, por tipo de medida recomendada, y por nivel de cumplimiento), *https://www.oas.org/ext/es/derechos-humanos/simore/* Por su parte, la Corte IDH cuenta con un buscador de jurisprudencia, el Digesto THEMIS y un Buscador Jurídico Avanzado, *https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm*

108 La CIDH y la Corte IDH digitalizan sus decisiones y documentos en sus respectivas páginas web. En el caso de la Corte IDH, cabe mencionar la sistematización de su jurisprudencia, por tema o por país, a través de los Cuadernillos de Jurisprudencia *https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm* o de algunas sentencias emblemáticas, a través de infografías.

109 Burgorgue-Larsen, Laurence, *Les Trois Cours Régionales des Droits de l'Homme in Context: La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, pp. 436-438.

personas migrantes que pueden derivar en reformas legislativas, de políticas públicas o cambios jurisprudenciales.[110] Algunas clínicas jurídicas desarrollan también actividades de investigación, capacitación y difusión de los estándares interamericanos en materia migratoria.

Asimismo, la producción académica en materia de migración resulta fundamental para potenciar el análisis crítico constructivo de la jurisprudencia interamericana. Cuando la academia pone en evidencia los aportes, las debilidades, las omisiones y/o las eventuales contradicciones en los estándares interamericanos, las respectivas discusiones científicas pueden tener eco en el trabajo de la CIDH y de la Corte IDH. Desde 2010, con la sentencia del caso *Vélez Loor vs. Panamá*, es posible identificar importantes publicaciones y artículos en materia de derechos humanos de las personas migrantes a la luz de la jurisprudencia interamericana.[111] Los últimos casos contenciosos y las recientes opiniones consultivas de la Corte IDH han generado un aumento significativo de la producción académica en la materia, que analiza los desafíos del fenómeno migratorio en la región, y de los derechos humanos de las personas en movilidad a la luz de los estándares interamericanos.[112] En esa línea, destaca un reciente aporte de la academia, en

110 Sobre el particular, véase, Cera Rodríguez, Laura Vanessa, "*Ius commune* en el litigio estratégico: experiencias desde clínicas jurídicas en la defensa de los derechos de personas migrantes y refugiadas en Colombia", en Bogdandy, Armin von; Góngora Mera, Manuel; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), Ius commune *en migración y constitucionalismo transformador en Colombia: un enfoque de derechos para la movilidad humana,* México, MPIL/IECEQ, 2022, pp. 413-457.

111 Entre otros, Sijniensky, Romina I., "Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor *vs*. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco 2011*, t. IV, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2011, pp. 71-97; De León, Gisela, "Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants' Rights: The Case of Velez Loor V. Panama", *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, nº 1/2, 2014, pp. 39-53.

112 Entre otros, CMW, Sin Fronteras, CICR, *Acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional en las Américas*, México, CICR, 2022; Corte Constitucional de Colombia. *Revista Te-*

alianza con el Departamento de Inclusión Social de la OEA, para analizar y proponer respuestas multisectoriales que atiendan las necesidades particulares de las personas migrantes, refugiadas, y desplazadas internas ante la crisis sanitaria por COVID-19 y en el escenario pospandemia.[113]

La academia también ha tenido un rol profundamente significativo como garante de los derechos de las personas migrantes al reaccionar frente a situaciones concretas que han vulnerado dichos derechos. Gracias a la virtualidad que permite la difusión inmediata de la producción científica a través de artículos de opinión, blogs o entrevistas, la academia ha alertado acerca de escenarios de violación de los derechos de las personas migrantes y ha exhortado a los Estados a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Esta participación no sólo ha permitido que la academia difunda los estándares interamericanos en materia migratoria, sino que también ha ofrecido la oportunidad para visibilizar la aplicación de los demás estándares del Sistema Interamericano a la situación de las personas migrantes, por ejemplo, aquellos sobre las limitaciones al uso de la fuerza por funcionarios encargados del mantenimiento del orden interno; los límites a la militarización; la protección de los derechos económicos,

mas de Derecho Constitucional. Migración, Asilo, Apatridia, Año 1, Revista 1, Bogotá, 2019; Hernández, Joel, "Inter-American standards on migration, asylum and refugee law", *University of Vienna Law Review*, vol. 2, nº 2, 2018, pp. 198-214; Sijniensky, Romina I., "The Inter-American Court of Human Rights' standards towards the universality of a rule of non-detention of migrant, asylum-seeker and refugee children", *Anti-Torture Initiative (ATI) of the American University Washington College of Law's Center for Human Rights and Humanitarian Law, Protecting Children against Torture in Detention: Global Solutions for a Global Problem*, 2017, pp. 261-284; Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Reino Unido, Oxford University Press, 2015.

113 Concretamente, la *Guía sobre respuestas multisectoriales para la protección de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas internas durante y después de la pandemia del COVID-19* de 2022, elaborada de manera conjunta por el Departamento de Inclusión Social de la OEA, American University - Washington College of Law y el Centro de Estudios de Derecho Internacional Público de la Universidad de San Martín de Porres (CEDIP), *https://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/Guia_Respuestas_Multisectoriales.pdf*

sociales, culturales y ambientales; los derechos de niños, niñas y adolescentes, y el enfoque de género.[114]

3.2. Actividades de seguimiento al cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia migratoria

La academia ha asumido un rol en el seguimiento al cumplimiento de las reparaciones ordenadas en las sentencias de la Corte IDH, incluidas aquellas en materia de migración. En los casos que declaran la responsabilidad internacional del Estado, la Corte ha mantenido la vocación de una reparación integral, y ha ordenado medidas de restitución, rehabilitación y de satisfacción; garantías de no repetición; la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos; la indemnización compensatoria, y las costas y gastos.[115] Dicha reparación integral no sólo busca resarcir a las víctimas de los hechos violatorios en los casos concretos, sino también prevenir nuevas violaciones e incumplimientos a la Convención Americana y otras normas del *corpus iuris* interamericano en beneficio de todos los individuos bajo la jurisdicción de los respectivos Estados.

La diversidad de las medidas ordenadas por la Corte IDH a los Estados declarados responsables en casos vinculados a derechos de las personas migrantes (Bolivia, Nicaragua, Panamá y República Dominicana) permite anticipar no sólo el efecto reparador de las mismas para las víctimas, sino también su alcance general, tal como lo demuestra el siguiente cuadro:

[114] A modo de ejemplo, el Boletín del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Blog Agenda Estado de Derecho del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer; el Blog Justicia en las Américas de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), constituyen algunas de las plataformas virtuales en la región que promueven la participación activa de la academia frente a los retos y desafíos actuales de los derechos humanos, incluidos los de las personas migrantes.

[115] La Corte IDH ha incluido también bajo el apartado de reparaciones el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Restitución	*Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas:* adoptar las medidas necesarias para que las víctimas, según corresponda, sean debidamente registradas, cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana (párrafos 452 y 458). Asimismo, adoptar las medidas necesarias para que una víctima pueda residir o permanecer en forma regular en el territorio del Estado (párrafo 459).
Rehabilitación	Tratamiento y atención médica y psicológica, medicamentos y otros gastos relacionados, o el pago respectivo por dichos conceptos (*Vélez Loor*, párrafo 264; *Nadege Dorzema y otros*, párrafos 258 a 261; *Roche Azaña y otros*, párrafo 115).
Satisfacción	- Publicación de la sentencia y del resumen oficial (*Vélez Loor*, párrafo 266; *Niñas Yean y Bosico*, párrafo 234; *Nadege Dorzema y otros*, párrafo 263; *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párrafo 460; *Familia Pacheco Tineo*, párrafo 262, y *Roche Azaña y otros*, párrafo 118). - Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas (*Niñas Yean y Bosico*, párrafo 235, y *Nadege Dorzema y otros*, párrafo 265).
Garantías de no repetición	- Adecuación del derecho interno *Caso de las niñas Yean y Bosico:* adoptar en derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento (sencillo, accesible y razonable) y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana (y evitar la condición de apátrida), mediante la declaración tardía de nacimiento. Además, debe existir un recurso efectivo, en los términos de la Convención Americana, para los casos en que sea denegada la solicitud (párrafos 239 a 241). *Caso Nadege Dorzema y otros*: adecuar la legislación interna sobre el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de aplicar la ley (párrafos 274 y 275). *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas*: adoptar las medidas necesarias para evitar que la sentencia TC/0168/13[116]

[116] Tribunal Constitucional de República Dominicana, sentencia TC/0168/13, de 23 de septiembre de 2013. Esta sentencia, que se pronuncia sobre el recurso planteado por una persona nacida en 1984 en República Dominicana de padres haitianos contra la negativa de la Junta Electoral Central de expedirle su cédula de identidad y electoral dominicana, interpretó la excepción contenida en el artículo 11.1 de la Constitución de 1966 (vigente a la fecha de nacimiento de la recurrente) respecto de los hijos nacidos en el país de padres extranjeros en tránsito. El Tribunal consideró que el caso de la recurrente correspondía con la excepción constitucional al principio del *ius soli,* ya que sus padres eran ciudadanos haitianos que, al momento del nacimiento, no poseían cédulas de identificación personal y debían ser considerados como "jornaleros temporeros", grupo que la Ley de Inmigración No. 95 de

y lo dispuesto por la Ley No. 169-14 (artículos 6, 8 y 11)[117] continúen produciendo efectos jurídicos (párrafo 468). Asimismo, adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, así como toda práctica, decisión o interpretación que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana (párrafo 469). El Estado debe adoptar las medidas legislativas, inclusive, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole, para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que sea accesible y sencillo, a fin de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento, independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de sus padres (párrafo 470).
- Capacitación
Caso Vélez Loor: implementar un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización de Panamá, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular. Asimismo, implementar programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción, destinados a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía Nacional, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones sean los primeros llamados a atender a víctimas de tortura (párrafos 278 y 280).

1939 integraba dentro de la categoría de "extranjeros no inmigrantes". De acuerdo con el Tribunal, al no haber probado que por lo menos uno de los padres tuviera residencia legal en República Dominicana al momento del nacimiento de su hija, ni con posterioridad al mismo, la recurrente no cumplía con el presupuesto del artículo 11.1 de la Constitución para la adquisición de la nacionalidad dominicana. El Tribunal ordenó, entre otros, "[e]fectuar una auditoria minuciosa de los libros-registros de nacimientos del Registro Civil de la República Dominicana desde el veintiuno (21) de junio de mil novecientos veintinueve (1929) hasta la fecha [...] para identificar e integrar en una lista documental y/o digital a todos los extranjeros inscritos en los libros-registros de nacimientos del Registro Civil de República Dominicana". Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 179.

117 Ley Nº 169/2014, Establece un Régimen Especial Para Personas Nacidas en el Territorio Nacional Inscritas Irregularmente en el Registro Civil Dominicano y Sobre Naturalización, de 26 de mayo de 2014.

	Caso Nadege Dorzema y otros: implementar programas de capacitación destinados a funcionarios de las Fuerzas Armadas, agentes de control fronterizo y agentes encargados de procedimientos migratorios, de forma permanente. Asimismo, realizar una campaña en medios de comunicación sobre los derechos de las personas migrantes regulares e irregulares, en el territorio dominicano (párrafos 269, 270 y 272). *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas*: programas de capacitación de carácter continuo y permanente sobre temas relacionados con dicha población con el fin de asegurar que: a) los perfiles raciales no constituyan, de ningún modo, el motivo para realizar una detención o expulsión; b) la observancia estricta de las garantías del debido proceso durante cualquier procedimiento relacionado con la expulsión o deportación de extranjeros; c) no se realicen, bajo ningún supuesto, expulsiones de personas de nacionalidad dominicana, y d) no se realicen expulsiones de carácter colectivo de extranjeros (párrafo 465). *Caso Familia Pacheco Tineo*: implementar programas permanentes de capacitación dirigidos a los funcionarios de la Dirección Nacional de Migración y Comisión Nacional de Refugiados de Bolivia, así como a otros funcionarios que en razón de sus funciones tengan contacto con personas migrantes o solicitantes de asilo (párrafos 269 y 270). *Caso Roche Azaña y otros*: crear e implementar un plan de capacitación dirigido a miembros de la Policía Nacional y del Ejército de Nicaragua sobre estándares internacionales en materia de uso de la fuerza y protección de los derechos de las personas en contexto de movilidad (párrafo 122). - Otras garantías de no repetición *Caso Vélez Loor:* adoptar medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado (párrafo 272).
Investigación	*Caso Vélez Loor:* continuar eficazmente y conducir con la mayor diligencia y dentro de un plazo razonable, la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados por la víctima del caso, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea (párrafo 270). *Caso Nadege Dorzema y otros:* reabrir investigación (párrafos 248 y 249) y determinar el paradero de los cuerpos de las personas fallecidas, repatriarlos y entregárselos a sus familiares (párrafos 252 y 253). *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas:* adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto las investigaciones administrativas, así como los procesos judiciales civiles y penales en curso vinculados a registros y documentación de víctimas (párrafo 457).

Indemnización	Pagar las cantidades fijadas por concepto de daño material e inmaterial (*Vélez Loor*, párrafos 304 y 307; *Niñas Yean y Bosico*, párrafo 226; *Nadege Dorzema y otros*, párrafos 284, 285, 288, 297 y 301; *Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párrafos 481, 485, 498 a 500; *Familia Pacheco Tineo*, párrafos 285, 294 a 298, y *Roche Azaña y otros*, párrafos 128, 129, 135 y 136).

El significativo número de "garantías de no repetición" ordenadas como reparación por la Corte IDH reviste particular relevancia, ya que su naturaleza preventiva determina que estén orientadas a evitar violaciones de derechos humanos como las ocurridas en dichos casos. Asimismo, al tener un alcance general, en muchas ocasiones, estas garantías de no repetición buscan resolver problemas estructurales de afectación de los derechos humanos de las personas migrantes que, en consecuencia, trascienden la situación de la víctima del caso concreto.

El seguimiento de la academia al cumplimiento de las medidas de reparación consistentes en garantías de no repetición ha tenido una respuesta precisa desde la Corte Interamericana. Mediante Acuerdo 1/19 de 11 de marzo de 2019,[118] la Corte acordó "publica[r] la información relativa al cumplimiento de las garantías de no repetición que sea presentada en la etapa de supervisión de cumplimiento de sus sentencias",[119] lo cual incluye, *inter alia*, los respectivos informes estatales y escritos de observaciones de los representantes de las víctimas y de la Comisión Interamericana.[120] En el Acuerdo, la Corte IDH reconoció "el interés mostrado por la academia, organizaciones no gubernamentales y demás integrantes de la sociedad civil, en participar en el cumplimiento de las Sentencias a través de diversas vías, tales como la presentación de escritos en calidad de *amicus curiae*, aportar a la difusión de estándares jurisprudenciales, así como estudiar, opinar y debatir sobre aspectos esenciales y desafíos tanto del cumplimiento de las Sentencias como de su impacto".[121]

[118] Corte IDH. Acuerdo de Corte 1/19, Precisiones sobre la publicación de información contenida en los expedientes de los casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 11 de marzo de 2019.

[119] *Idem*.

[120] *Idem*.

[121] *Idem*.

La academia ha organizado conferencias, coloquios, seminarios y otros eventos con la finalidad de opinar y debatir sobre el balance y desafíos del cumplimiento de las reparaciones en el Sistema Interamericano. En esas actividades tienen voz, no solamente aquellas universidades, instituciones o académicos defensores de la jurisprudencia interamericana, sino también aquellos actores que, a través de la crítica constructiva, cuestionan para fortalecer a los órganos interamericanos y el respeto y garantía de los derechos humanos en la región. Ciertamente, "las discusiones teóricas en temas como la legitimidad y el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana para impactar en reformas constitucionales, legislativas y de políticas públicas",[122] son parte del propio proceso de "interamericanización de los órdenes nacionales"[123] y de los debates sobre la "concepción multinivel de protección de derechos y el carácter complementario del Sistema Interamericano".[124]

Precisamente, en el marco de esos constantes intercambios sobre el balance y desafíos del cumplimiento de las decisiones interamericanas, la academia ha puesto énfasis en el "impacto" de los fallos interamericanos, y no en la sola ejecución de cada una de las reparaciones.[125] Es decir, la academia ha valorado las medidas de reparación en términos cualitativos de impacto, más allá de las estadísticas y análisis cuantitativos de cumplimiento.[126] Tal como lo afirma Mariela Morales Antoniazzi,

> [...] la propuesta es cambiar el paradigma y revisar el proceso más allá del estricto cumplimiento de las órdenes en clave de la legitimidad del SIDH y bajo la noción de impacto, más amplia y comprensiva de los efectos directos e indirectos que son transformadores en materia de políticas públicas, instituciones nacionales de

122 Morales Antoniazzi, Mariela, "Interamericanización. Fundamentos e impactos", *op. cit*., p. 82.

123 *Idem*.

124 *Idem*.

125 Engstrom, Par (ed.), *The Inter American Human Rights System: Impact Beyond Compliance (Studies of the Americas)*, Londres, Palgrave Macmillan, 2018, 361 p.

126 Véase, Parra Vera, Oscar, "El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en

derechos humanos, organizaciones no gubernamentales (ONG) y movimientos de derechos humanos, entre los otros múltiples actores del SIDH.[127]

Si la academia se limitara al estudio estadístico y cuantitativo del cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana, quizá concluiríamos, muy a nuestro pesar, que existe un porcentaje importante de incumplimiento y de cumplimiento parcial de las medidas ordenadas por la Corte IDH en materia migratoria.[128] Sin embargo, el impacto transformador no sólo valora el cumplimiento concreto de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana a los Estados declarados internacionalmente responsables en una sentencia, sino también las diferentes medidas adoptadas por los Estados Parte de la Convención en aplicación del control de convencionalidad en su manifestación *erga omnes*, a través de la adecuación de normas, prácticas, políticas públicas y sentencias a lo establecido en dicho tratado y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano en materia migratoria.

Conforme ha sido destacado por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el control de convencionalidad "se ha convertido en uno de los elementos más importantes en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano, al operar como una institución jurídica que ha fortalecido el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados Parte de la Convención y la Corte Interamericana".[129] En esa medida, bien pode-

torno al 'empoderamiento institucional'", en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit*., pp. 503-549.

127 Morales Antoniazzi, Mariela, "Interamericanización. Fundamentos e impactos", *op. cit*., p. 58.

128 Véase "Casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia", enlace en el portal de la Corte IDH que da cuenta de las resoluciones de supervisión de cumplimiento emitidas por sentencia, así como de las medidas cumplidas y de aquellas pendientes de cumplimiento por el Estado declarado internacionalmente responsable, *https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm*

129 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos

mos afirmar que la aplicación de los estándares interamericanos ha impactado en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano en materia de migración.

4. A modo de conclusión

Los estándares desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericanas en materia de migración resultan de aplicación impostergable frente a la crisis migratoria en América y los casos de violaciones de derechos humanos de los que son víctimas las personas migrantes en los países de origen, tránsito, destino y/o retorno. Estos estándares, definidos por el principio de igualdad y no discriminación, exigen un enfoque diferenciado e interseccional que tome en consideración la situación de vulnerabilidad que afecta a la mayoría de personas migrantes en la región.

Entre los diferentes actores del Sistema Interamericano, la academia ha sido, es y será fundamental para consolidar la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En esa medida, no sólo debe ser identificada como un actor cuyo objeto de estudio es el Sistema Interamericano y sus desarrollos jurisprudenciales, sino también, y sobre todo, como un actor con la responsabilidad de conocer y sistematizar los respectivos estándares interamericanos en materia migratoria, así como de analizarlos y debatirlos para su fortalecimiento, seguimiento y cumplimiento.

A través del conocimiento y sistematización de la jurisprudencia interamericana en materia de migración, la academia ha permitido superar una aproximación casuística y consolidar una valoración integral de las decisiones de la CIDH y la Corte IDH, entre otros, sobre políticas migratorias y la prohibición de la criminalización de la migración irregular; los derechos de la niñez migrante, de los trabajadores migrantes, y de las personas migrantes en el contexto de la pandemia; así como sobre las garantías del debido proceso legal en todo procedimiento —incluidos

Humanos y los tribunales nacionales", en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *op. cit.*, p. 639.

los de asilo o refugio, expulsión o deportación—, y la garantía colectiva que exige la cooperación internacional entre Estados frente al fenómeno migratorio. La valoración integral de los estándares interamericanos facilita su aplicación por las autoridades públicas y demás actores del Sistema Interamericano, y permite el diálogo entre ambos órganos interamericanos, entre estos y los Estados, y entre los sistemas de protección de derechos humanos (universal y regionales).

Asimismo, a través del análisis y debate de dicha jurisprudencia, la academia ha destacado por su participación en audiencias, la presentación de *amicus curiae* y observaciones, la capacitación y formación a todo nivel (cursos de pregrado y posgrado, cátedras, diplomados), y la producción de artículos y publicaciones en materia migratoria. Destaca igualmente por hacer seguimiento al cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana en las sentencias que declaran la responsabilidad internacional del Estado, y por visibilizar el impacto de dichas sentencias más allá de los datos cuantitativos de ejecución de medidas específicas de reparación. El significativo número de garantías de no repetición ordenadas por la Corte IDH en los casos vinculados a materia migratoria no sólo refleja la necesidad de evitar nuevas violaciones de derechos humanos e incumplimientos de obligaciones del Estado, sino también la vocación de transformar contextos de discriminación estructural de personas migrantes en la región.

El rol de los Estados como responsables del respeto y garantía de los derechos humanos previstos en la Convención Americana resulta fundamental para la protección de los derechos y libertades de las personas migrantes en América. Sin embargo, los problemas y retos extraordinarios de la migración exigen una interamericanización que no sólo dé cuenta del ejercicio del control de convencionalidad por toda autoridad pública, sino también del diálogo, la cooperación y la sinergia global, permanente y efectiva, entre diferentes actores, incluida la academia.

Impacto de los estándares interamericanos en la protección de los derechos humanos de las personas en movilidad durante la pandemia de COVID-19

*Edgar Corzo Sosa**

1. Introducción

Para hacer frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran inmersas las personas en movilidad humana, los organismos protectores de derechos humanos, a nivel nacional, regional y universal, han desarrollado estándares o criterios esenciales[1] de protección de sus derechos humanos.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), SNI nivel III. Presidente del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Lo aquí escrito se hace a título personal y académico, y no como integrante de este Comité. ORCID: 0000-0002-2222-2734. ecorzo@unam.mx

1 Como un cuerpo de principios que contribuyen a clarificar un contenido mínimo de derechos fundamentales de las personas migrantes que debieran orientar el desarrollo de las políticas públicas en la materia. Véase, Ceriani, Pablo, *Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias*, Buenos Aires, OIM, 2007, p. 1. Esta idea de estándares se desarrolla en un reciente artículo de García, Lila, *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio*, Estudios de Derecho, 77 (169), 2020, pp. 119-144.

Entre los avances para la protección de los derechos humanos de las personas en movilidad humana deben subrayarse los esfuerzos especiales de cooperación y responsabilidad internacional compartida, ya que la migración es un fenómeno que trasciende el ámbito soberano de un país desde el momento mismo que las personas se trasladan a uno diferente. Ahí tenemos la labor desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), bajo el marco proporcionado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, en su caso, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esto, sin perjuicio de los correspondientes esfuerzos del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que supervisa el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares,[2] y de la Red sobre Migración de las Naciones Unidas, producto del reciente Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular.[3]

Estos esfuerzos de cooperación internacional se han visto sacudidos por la pandemia de COVID-19. Prácticamente los años 2020 y 2021 quedaron marcados por la crisis sanitaria, que cambió el panorama mundial de salud y, por supuesto, el de las personas en situación de movilidad. El contexto de la pandemia generó que la migración haya vuelto a dar pasos por la senda del sentimiento nacional y egoísta que surge por el temor de la expansión de una enfermedad que, como hemos visto, puede matar a millones de personas. Los Estados han impuesto restricciones de movimiento, dentro de las cuales sobresale el cierre de las fronteras, así como las detenciones y las condiciones de detención a las que están sujetas las personas migrantes dentro del territorio del país de tránsito o de destino en el que se encuentran, con independencia de otras situaciones agravantes a las que

[2] Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990, habiendo entrado en vigor el 1 de julio de 2003.

[3] Aprobado en la Conferencia Intergubernamental en Marrakech el 11 de diciembre de 2018 y, posteriormente, adoptada formalmente por la Asamblea General de la ONU en Nueva York, el 19 de diciembre del mismo año.

también quedan expuestas como el secuestro, la extorsión y el tráfico ilícito de personas. En dicho escenario se contraponen de manera especial la decisión soberana de un país con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a las que está sujeto, creándose una permanente tensión.

La única forma de contrarrestar esa situación es mediante el fortalecimiento de la solidaridad, la cooperación y la responsabilidad internacionales. Si la pandemia no distingue a las personas, como tanto se ha dicho, el esfuerzo indispensable para combatirla debe venir de todos y de todos los frentes, articulando de la mejor manera posible los esfuerzos a nivel nacional, regional y universal. Ante este panorama, el presente trabajo expondrá los estándares y criterios emitidos por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que han contribuido a la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes en el marco de la pandemia.

2. Algunos cambios jurídicos provocados por la pandemia de COVID-19

A enero de 2022, las estadísticas arrojan más de 350 millones de personas contagiadas en el mundo por la enfermedad de COVID-19, causada por el virus SARS-CoV-2, y más de 5.5 millones de personas muertas a causa de esta misma enfermedad.[4]

Han pasado ya dos años desde que se dio a conocer que existía un grupo de personas con neumonía en Wuhan, Hubei, China. La enfermedad ha evolucionado y los avances de la ciencia para lograr una vacuna han pasado por múltiples vicisitudes. Primero se puso en entredicho la vigencia de los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad, con la consecuente aparición de medidas restrictivas de la movilidad, como primera reacción para contener la enfermedad. Posteriormente, se hizo un fuerte llamado para la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, al advertir la intensidad con la que

[4] John Hopkins University & Medicine, Coronavirus Resource Center, *https://coronavirus.jhu.edu/map.html*

estaban siendo víctimas de vulneraciones a sus derechos. Esto generó una serie de cambios en las medidas de restricción que provocaron algunas buenas prácticas que, no obstante, tienen ante sí el desafío de la universalidad de las vacunas y la etapa de la pospandemia.

Al inicio de la pandemia, muchos gobiernos empezaron a tomar medidas restrictivas de la movilidad como una primera reacción, por lo cual aparecieron restricciones de viaje, supresión de entradas y salidas en los puertos, así como el cierre de las fronteras de los países, teniendo en mente que así se contendría el virus.[5] No obstante, también se señaló que no había evidencia suficiente para determinar la efectividad de las medidas adoptadas, y que incluso se corría el riesgo de contribuir a severas crisis económicas nacionales y globales.[6]

En términos generales, con base en información obtenida de las terminales aéreas,[7] las restricciones de entrada a los países tuvieron una gran presencia al inicio de la pandemia. Sin embargo, conforme transcurrieron los meses, los requerimientos médicos para autorizar la entrada al país, como cuarentena, pruebas de

5 International Organization for Migration (IOM). COVID-19 Response. Mobility crisis and response in the time of COVID-19: The Republic of Korea's approach, de 18 de mayo de 2020, *https://www.iom.int/sites/default/files/documents/mobility_crisis_and_response_in_the_time_of_coivd19_rok_approach_final_0518.pdf*

6 A 2020 empirical analysis of the relationship between travel restrictions and infectious diseases such as SARS, MERS, Ebola virus disease (EVD) and Zika virus disease (ZVD) found that the effectiveness of border lockdown to prevent the spread of infectious diseases does not offset the adverse effects in terms of health, society, economy, politics and diplomacy. Errett, Nicole A.; Sauer, Lauren M.; Rutkow, Lainie, "An integrative review of the limited evidence on international travel bans as an emerging infectious disease disaster control measure", *Journal of Emergency Management*, 18(1), January/February 2020, pp. 7-14.

7 Los aeropuertos se han convertido en una medida de interceptación, ya que bajo un estricto régimen de responsabilidad con amenaza de sanciones duras, personal de las aerolíneas y empresas de transporte desempeñan funciones de control migratorio, convirtiéndose en guardias de frontera. Véase, Sánchez Legido, Ángel, "Externalización de controles migratorios versus Derechos Humanos"*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* No. 37, 2019, AEPDIRI, p. 4.

PCR y otras más, han aparecido con mayor frecuencia.[8] Esta tendencia se observa en América Latina, a diferencia de otras en que se empiezan a ver repuntes en las restricciones de entrada, como sucede en Europa.

De acuerdo con la Organización Mundial del Turismo, de los 217 destinos de todo el mundo, para el 11 de mayo de 2020, por ejemplo, 72% de los países habían detenido por completo la movilidad a través del turismo internacional, impidiendo el ingreso por aire, tierra y aguas, 12% suspendieron vuelos internacionales completa o parcialmente y 4% cerraron las fronteras, diferenciando la prohibición de la entrada a pasajeros de origen específico o provenientes de ciertos lugares. El 8% aplicaron diferentes medidas como aislamiento por 24 días, certificado médico a la llegada o visados limitados. A nivel regional, para ese entonces, el 83% de los destinos en Europa habían cerrado por completo las fronteras, en América alcanzaba el 80%, en Asia y Pacífico 70%, en Oriente Medio 62% y en África el 57%.[9] Para inicios de noviembre de 2020, el 70% de los destinos mundiales, 172 países, habían flexibilizado las restricciones de viaje introducidas en respuesta a la pandemia de COVID-19, aun cuando 59 destinos habían mantenido sus fronteras cerradas.[10]

Tal como ha sido señalado por la Comisión Interamericana, bajo este escenario, ampliado con la aparición de declaraciones de estados de emergencia o estados de excepción, las diversas medidas de contención para enfrentar y prevenir los efectos de la

---

8 IOM. Global Mobility Restriction Overview, weekly Update, de 29 de diciembre de 2020, p. 2, *https://reliefweb.int/report/world/dtm-covid-19-global-mobility-restriction-overview-29-december-2020*

9 Organización Mundial del Turismo (OMT). Tercer Informe de restricciones a los viajes. El turismo mundial sigue paralizado mientras el 100% de los países imponen restricciones a los viajes, de 11 de mayo de 2020, *https://www.unwto.org/es/news/covid-19-turismo-mundial-sigue-paralizado-mientras-el-100-de-los-paises-imponen-restricciones-a-los-viajes*

10 OMT. Octavo Informe de restricciones a los viajes. El 70% de los destinos han levantado las restricciones de viaje, pero está surgiendo una brecha global, de 2 de diciembre de 2020, *https://www.unwto.org/es/news/el-70-de-los-destinos-han-levantado-las-restricciones-de-viaje-pero-esta-surgiendo-una-brecha-global*

pandemia han provocado la suspensión y la restricción de algunos derechos.[11] Asimismo, algunas otras medidas han restringido derechos específicos como la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada e, inclusive, se ha recurrido al uso de la tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus y el almacenamiento de datos en forma masiva.[12]

El impacto sobre los derechos humanos no ha sido suficientemente considerado, especialmente en las personas refugiadas y desplazadas, por lo que muchas personas en movilidad ahora se encuentran en precarias situaciones. Personas migrantes, incluidos menores no acompañados y separados, han sido deportados a países de origen que no están preparados para recibirlos, o se han quedado varados en zonas fronterizas por imposibilidad de regresarlos a casa.[13]

Una situación todavía peor es la de las personas ya contagiadas con COVID-19, que corren un especial riesgo de no ver asegurados sus derechos humanos, en particular a la vida y a la salud, mediante la adecuada disposición de instalaciones, bienes y servicios sanitarios o médicos. Esto, sobre todo, porque hay deficiencias en la atención y tratamiento médico, lo que implica malas condiciones de infraestructura, higiene, falta de profesionales con la adecuada capacitación y competencia, ausencia de insumos y materiales técnicos requeridos, y ausencia de información respecto del tratamiento médico a seguir.[14]

Veamos entonces algunas situaciones en las que la pandemia ha incrementado la débil posición que ocupan las personas migrantes como sujetos de derechos humanos, y las respuestas de la

[11] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución No. 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, de 10 de abril de 2020, p. 4.

[12] *Idem*.

[13] United Nations. Policy Brief: COVID-19 and People on the Move, de junio de 2020, p. 20, *https://reliefweb.int/report/world/policy-brief-covid-19-and-people-move-june-2020*

[14] CIDH. Resolución No. 4/2020, Derechos humanos de las personas con COVID-19, de 31 de diciembre de 2020, introducción.

CIDH y de la Corte IDH para prevenir o revertir las violaciones a sus derechos.

2.1. Cierre de fronteras

El tema migratorio nuevamente volvió a fronterizarse. Dentro de las medidas restrictivas, la más preocupante desde el punto de vista de los derechos humanos ha sido el cierre de fronteras. Grecia empezó el cierre el 1 de marzo de 2020, mientras que México y Estados Unidos de América hicieron lo propio cerrando la frontera para "viajes no esenciales" el 20 de marzo del mismo año, razón por la cual a partir del día siguiente hubo miles de deportaciones hacia México. El argumento principal para tomar este tipo de medidas fue el temor a la expansión de la enfermedad y en aras de la salud pública.

El cierre de las fronteras ha puesto más tensión a la ya de por sí tensa situación que en ellas prevalecía. En las fronteras persisten los rechazos, la violación al principio de no devolución, las expulsiones colectivas, los acuerdos de traslado de solicitantes de asilo a otros países y la separación familiar.

Una de las nuevas tensiones tiene que ver con el aumento del número de personas migrantes en la zona fronteriza. De esta manera, la frase "quédate en casa", utilizada en las campañas para combatir la pandemia, ha obligado a los albergues en esas zonas y a las casas de los migrantes, a tener que cerrar sus puertas para evitar contagios, o bien para reducir sus operaciones aislando a las personas ya contagiadas. El incremento de la población migrante también ha provocado que ésta se exponga en mayor medida a la extorsión, al secuestro, al tráfico de personas o a la trata de personas.

Cerrar las fronteras también ha servido como pretexto para suspender o complicar cualquier trámite de solicitud de asilo o de condición de refugiado, anulando por completo el derecho a solicitar asilo. Lo mismo sucede con los procedimientos migratorios, ya sean solicitudes de residencia, de trabajo, de ciudadanía, trámites esenciales para las personas migrantes que han tenido que suspenderse.

El cierre de fronteras también ha significado la deportación de personas en contexto de migración, o la negativa de Estados a recibir a sus nacionales que voluntariamente desean regresar a su país al no acceder a mejores condiciones en los países donde se encuentran, pues "ellos también tienen derecho a regresar a su país, incluso durante una pandemia".[15] En cuanto al retorno al país de origen, la CIDH ha declarado que es un derecho y que se debe garantizar a través de acciones de cooperación, intercambio de información y apoyo logístico entre los Estados, tomando en consideración los protocolos sanitarios y el derecho de las personas apátridas de retornar a los países de residencia habitual.[16]

En consecuencia, el cierre de fronteras por temor a la expansión de la pandemia desafortunadamente ha provocado una preocupante disminución del respeto y garantía de los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad. Veamos con un poco más de detalle dos situaciones fronterizas de especial importancia: el rechazo y no devolución, por un lado, y las expulsiones colectivas, por el otro.

2.2. Rechazo y no devolución

Un Estado no puede efectuar un rechazo de una persona migrante sin mayor trámite. Está prohibido, bajo los estándares establecidos en materia de derechos humanos originalmente relacionados con el asilo, que una persona sea devuelta, rechazada o expulsada sin un análisis adecuado o individualizado. Esto, debido a que los Estados deben asegurar que las personas migrantes se encuentran en la capacidad de acceder a una protección internacional, por lo que no deben devolver o expulsar a una persona que solicita asilo al lugar donde puede sufrir algún riesgo de persecución, o bien a un lugar en el cual pueda ser retornada al país donde sufre dicho riesgo.[17] Estas personas deben ser admitidas,

[15] Noticias ONU. Los migrantes tienen derecho a regresar a su país durante la pandemia del coronavirus, de 15 de abril de 2020, *https://news.un.org/es/story/2020/04/1472872*

[16] CIDH. Resolución No. 1/2020, *cit*., pp. 18 y 19.

[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

de lo contrario este derecho se tornaría ilusorio.[18] Las respectivas autoridades nacionales deben realizar una correcta evaluación de las solicitudes de asilo y del riesgo que puedan sufrir las personas en caso de devolución.[19]

Esta limitación al actuar del Estado está relacionada con el principio de no devolución, el cual constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y asiladas, así como de las personas solicitantes de asilo, principio establecido en el artículo 22.8 de la Convención Americana y en el artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1957 y su Protocolo de 1967. Esta no devolución se aplica incluso si las personas solicitantes no han sido admitidas legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente.[20]

Para el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de la ONU, el principio de no devolución, establecido en el derecho internacional y regional de los derechos humanos y de los refugiados, prohíbe trasladar a personas por la fuerza, de cualquier forma, a países o territorios en los que dichas personas puedan ser víctimas de persecuciones, abusos o violaciones graves de los derechos humanos. En este sentido, para el Comité, el no cumplimiento de este principio está relacionado con el derecho a la integridad personal, toda vez que puede implicar el riesgo de sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; condiciones de detención inhumanas y degradantes o la ausencia de tratamiento médico necesario en el país de retorno, así como riesgos

Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272, párr. 153; CIDH. Resolución No. 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, de 7 de diciembre de 2019, Principio 56.

18 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. 210.

19 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, cit.*, párr. 122.

20 CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, de 31 de diciembre de 2015, párr. 438.

para el disfrute del derecho a la vida, conforme a los artículos 9 y 10 de la Convención Internacional.[21]

La limitación a la que hacemos referencia resulta todavía más evidente en el caso de las niñas, niños y adolescentes, quienes tienen derecho a buscar y recibir asilo. Por consiguiente, el Estado receptor tiene el deber de permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado. Al respecto, se han establecido estándares en el sentido de que los niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Tampoco puede devolverse a la niña o el 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. Los Estados deben otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique, y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en cumplimiento del principio de unidad familiar. En consecuencia, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional, por lo que los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado, así como principios rectores como el del interés superior de la niñez.[22]

También se ha formado criterio en el sentido de que terceros Estados no pueden impedir que las personas que solicitan protección internacional lleguen a otro lugar donde puedan solicitarla, como sucedió en el caso *Interdicción de Haitianos en alta mar*. En este caso, Estados Unidos de América transgredió el

[21] Según el art. 9 de la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, Convención Internacional), "[e]l derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estará protegido por ley". Por su parte, el art. 10 dispone que "[n]ingún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". CMW. Observación General No. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, CMW/C/GC/2, de 28 de agosto de 2013, párr. 50.

[22] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párrs. 81, 82, 246 y 247.

artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento internacional que le vincula, cuando las autoridades norteamericanas interceptaron a refugiados haitianos y los repatriaron a Haití, sin hacerles un examen adecuado de su estado ni concederles una entrevista para determinar si cumplían los requisitos para recibir el asilo, reconocido en dicho artículo de la Declaración Americana.[23] Sobre la práctica de interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales, la Corte Interamericana ha afirmado que resulta contraria al principio de no devolución, al impedir evaluar los factores de riesgo, adicionando que este mismo criterio debe aplicarse a la externalización de las fronteras y el control migratorio realizado fuera de territorio.[24]

Resulta de especial interés mencionar el estándar establecido por la CIDH en el sentido de que las solicitudes de asilo deben ser procesadas inmediatamente y no debe pedírsele a los solicitantes de asilo que regresen temporalmente a sus países, como sucedió en el caso *Jon Doe y otros vs. Canadá*. En este caso, la CIDH concluyó la violación del mismo artículo XXVII de la Declaración Americana, al no darse la seguridad de que autoridades extranjeras permitirían a las víctimas regresar para desahogar sus entrevistas o bien que les procurarían asilo en ese país.[25]

Una interesante ampliación de los riesgos que deben evaluarse en las solicitudes de asilo se ha dado con la Declaración de Cartagena de 1984, en donde se establecieron como nuevas

---

23 CIDH. Informe de Fondo No. 51/96. Caso 10.675. *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros versus Estados Unidos de América (Interdicción de Haitianos en Altamar)*, de 13 de marzo de 1997, párr. 163.

24 Corte IDH. La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 122; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párrs. 156, 157 y 163. En esta Opinión Consultiva, la Corte IDH cita el Informe de Fondo de la CIDH en el caso del *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos de América (Interdicción de Haitianos en Altamar)*.

25 CIDH. Informe No. 78/11. Caso 12.586. *John Doe y otros* (Canadá), de 21 de julio de 2011, párr. 97.

circunstancias las relacionadas con la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, la violación misma de derechos humanos u otras que hayan perturbado gravemente el orden público. De esta manera, ahora se ha dado entrada a nuevos supuestos relacionados con los derechos humanos, como el derecho a la salud, vinculado con los derechos a la vida e integridad personal. Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos* ante la CIDH, en el cual se sostuvo que la persona migrante no debía ser retornada a Jamaica, pues de ser así no contaría con el tratamiento necesario para el VIH que padecía, imponiéndole en consecuencia una pena cruel, infamante o inusitada, violándose con ello la protección del artículo XXVI de la Declaración Americana.[26]

La amplitud permitida por la Declaración de Cartagena se ha marcado todavía más con base en la Resolución No. 2/18 de la Comisión Interamericana, que se refiere a la aplicación del principio de no devolución en el caso de personas venezolanas bajo el argumento de riesgo grave a su salud o a su vida por condiciones médicas.[27]

Esta tendencia a la ampliación del principio de no devolución ha alcanzado a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Así lo demuestra el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al tomar en consideración la comunicación de un ciudadano de Kiribati quien alegaba que Nueva Zelanda le había violado el derecho a la vida, ya que el aumento del nivel del mar causado por el cambio climático creó escasez de espacio habitable, degradándose el medio ambiente y la contaminación del agua dulce por la salada. El Comité decidió que el riesgo de que un país entero se sumerja bajo el agua es extremo y las condiciones de vida en ese país pueden volverse incompatibles con el derecho a la vida con dignidad antes de que el riesgo se materialice.[28]

---

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

[27] CIDH. Resolución No. 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas, de 2 de marzo de 2018.

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

El principio de no devolución sigue oponiéndose como un requisito indispensable para la protección del derecho al asilo, en protección de las personas en contexto de migración. Sin embargo, debido al incremento del riesgo de los derechos humanos se ha extendido a otros derechos humanos como la vida, la integridad personal y la salud, transformándose en lo que la Corte Interamericana denomina "garantía de diversos derechos humanos inderogables".[29]

No obstante la construcción de los anteriores criterios, estos quedaron lejos de ser aplicados durante la pandemia. Es más, la pandemia misma constituyó el pretexto idóneo para hacer a un lado estos estándares, como consecuencia del temor que provocó el contagio de la enfermedad por COVID-19. Los rechazos, en consecuencia, se produjeron de manera cotidiana, llegándose incluso al absurdo que a quienes querían regresar a su país les fuera negado ese derecho. Todas estas decisiones, desafortunadamente, no fueron objeto de revisión, sencillamente se produjeron al resguardo de la pandemia y a la espera de que las autoridades administrativas cambiaran su forma de actuar.

2.3. Prohibición de expulsiones colectivas

Otra situación fronteriza que cuestiona la posición de las personas migrantes como titulares de derechos humanos tiene que ver con las expulsiones colectivas. La prohibición de la realización de estas expulsiones está establecida expresamente en diversos instrumentos internacionales, como la Convención Americana (artículo 22.9), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 9, 13.1 y 13.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 13) y el Pacto Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5). Para la CIDH la expulsión colectiva es la que se produce sobre una persona extranjera que no esté basada en criterios individuales.[30]

---

29 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párr. 180.

30 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. 361.

Hay que tomar en cuenta que esta medida migratoria forma parte de lo que la doctrina denomina "medidas de interceptación". Estas medidas tienen por objetivo bloquear o interrumpir el tránsito hacia ciertos países o regiones a quienes provienen de países de origen con intensos flujos migratorios. Esto se traduce en el desplazamiento hacia el exterior de los controles migratorios, lo que en algunos casos puede ser realizado por otras entidades.[31]

Además de la prohibición de esta práctica, se han emitido diversos criterios que también limitan esta acción por parte del país de acogida. Así, con base en los *Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de trata*, la Comisión Interamericana ha determinado que la ausencia de un análisis razonable y objetivo del caso individual hace la expulsión arbitraria y exige su prohibición.[32] En este mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que el carácter colectivo de una expulsión implica una decisión que no realiza análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada persona extranjera y resulta, en consecuencia, arbitraria.[33]

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) prohibió por varios años la expulsión colectiva. A últimas fechas, sin embargo, se ha presentado un cambio de rumbo. El criterio prevaleciente hasta hace poco era la sentencia de la Sala Tercera que resolvió el asunto *N.D. y N.T. vs. España*, de 3 de octubre de 2017. Los demandantes, quienes vivieron en el campamento de inmigrantes del Monte Gurugú, cercano a la frontera española de Melilla, enclave español situado en la costa norteafricana, quisieron entrar en España, el 13 de agosto de 2014, junto a un grupo de personas a través del puesto fronterizo de

31 Véase Sánchez Legido, Ángel, *op. cit*., p. 3, coincidiendo con la noción del ACNUR. Véase, ACNUR. Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach. Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Standing Committee, 18th meeting, EC/50/SC/CRP.17, de 9 de junio de 2000, párr. 10.

32 CIDH. Resolución No. 04/19, *cit*., Principio 72.

33 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. 171.

Melilla. Sin embargo, en cuanto pusieron los pies en suelo español, después de bajar la tercera valla fronteriza, fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil quienes los esposaron y devolvieron a Marruecos. Los demandantes se quejaban de su rechazo inmediato a Marruecos y de la ausencia de un recurso efectivo.[34]

El TEDH hizo referencia a diversos estándares previamente establecidos,[35] como que el fin del artículo 4 del Protocolo núm. 4 era evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer los argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente;[36] que el hecho de que varios extranjeros sean objeto de decisiones parecidas no es suficiente, por sí mismo, para concluir que existe una expulsión colectiva cuando cada interesado ha podido exponer individualmente ante las autoridades competentes los argumentos que se oponían a su expulsión; y que no hay violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 cuando la ausencia de decisión de expulsión individual era la consecuencia del comportamiento culpable de las personas interesadas.[37]

En relación con el artículo 4 del Protocolo núm. 4, el TEDH concluyó que la expulsión de los demandantes revestía un carácter colectivo contrario a este precepto. En cuanto al recurso efectivo, previsto en el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos

---

34 Los demandantes señalaron, a este respecto, que habían sido objeto de una expulsión colectiva y sin examen individualizado de sus circunstancias, lo cual era, a su parecer, el reflejo de una política sistemática de rechazo carente de toda base legal, invocando el art. 4 del Protocolo No. 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo contenido establece que "quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros". De igual manera, los demandantes denunciaron la imposibilidad en la que se encontraron para impugnar la decisión de rechazo inmediato de las autoridades españolas, mediante un recurso con efecto suspensivo, invocando el art. 13 del Convenio que establece el derecho de toda persona a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional.

35 TEDH. *Caso N.D. y N.T. vs. España*. Sentencia de 3 de octubre de 2017.

36 *Ibid*., párr. 99. Asimismo, TEDH. *Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 177, y TEDH. *Sharifi y otros vs. Italia y Grecia*. Sentencia de 21 de octubre de 2014, párr. 210.

37 *Idem*. Asimismo, TEDH. *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, *cit*., párr. 184.

Humanos, el TEDH estimó que a los demandantes se les había privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo núm. 4, y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución, por lo que se les vulneró el artículo 13 del Convenio Europeo. Este criterio fue revocado.

Mediante fallo de 13 de febrero de 2020,[38] la Gran Sala del TEDH cambió su criterio y consideró que España no violó el artículo 4 del Protocolo núm. 4 sobre la prohibición de expulsiones colectivas, ya que las personas migrantes se pusieron ellas mismas en una situación de ilegalidad (conducta culpable) al acceder a lugares no autorizados, aprovechando que eran parte de un gran grupo, y al recurrir a la fuerza. De esta manera, de acuerdo con la Gran Sala, los extranjeros decidieron no utilizar las entradas legales existentes que les permitieran acceder de modo regular al territorio español, pese a que tuvieron la posibilidad de acceder de forma real y efectiva a España solicitando un visado o protección internacional, o bien a través del puerto fronterizo de Beni-Enzar tras pasar varios meses en el monte Gurugú, a 13 kilómetros de los puestos habilitados para ello. En cuanto al recurso efectivo, el TEDH sostuvo que no puede hacer responsable al Estado de la ausencia en Melilla de una vía de recurso legal que les hubiera permitido recurrir la expulsión, por lo que la ausencia de esa vía legal no constituye por sí misma una violación del artículo 13 del Convenio Europeo.

Con este nuevo criterio a favor de las "devoluciones en caliente", última barrera para impedir el acceso a los derechos del inmigrante en situación irregular,[39] se abre un debate preocupante en relación con los derechos humanos de las personas migrantes cuando se encuentran en zona fronteriza, pues se está haciendo a

[38] TEDH. Gran Sala, *Caso N. D. y N. T. vs. España*. Sentencia de 13 de febrero de 2020. Para una exposición detallada de lo resuelto en esta sentencia y sus implicaciones, véase Sánchez Legido, Ángel, "Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza?", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72, núm. 2, 2020, pp. 235-259.

[39] Véase Sánchez Legido, Ángel, "Las devoluciones en caliente...", *op. cit*., p. 238.

un lado el análisis individualizado de las personas antes de proceder a una medida tan drástica como la expulsión colectiva, sobre todo por los argumentos expuestos, basados principalmente en que las personas migrantes se colocaron en una situación de ilegalidad siendo que, con ello, no se toman en cuenta los riesgos y se impide la posibilidad de combatir una medida de esta naturaleza. Lo que no debe derivarse de esta sentencia es aceptar el riesgo de que autoridades migratorias usen la fuerza pública en contravención de los derechos humanos, frente a una entrada ilegal.

De nueva cuenta, debido a la situación de pandemia, los estándares aquí establecidos sobre la prohibición de expulsiones colectivas —por no realizar un análisis objetivo de cada persona involucrada— fueron dejados de lado, ya que las acciones gubernamentales se efectuaron con base en el hecho de evitar el contagio que pudieran provocar las personas que ingresaban a su territorio. En consecuencia, el rechazo y las expulsiones colectivas quedaron cubiertas bajo la pandemia, evitándose además que se pudiera realizar una revisión de estos casos.

2.4. Detención migratoria

La situación jurídica de las personas en movilidad humana, una vez que cruzan una frontera internacional, cambia completamente, traduciéndose en un camino de zozobra en el que puede tener lugar la detención migratoria y, en su caso, el ingreso a los centros de detención.

La privación de la libertad mediante una detención migratoria es un tema que ha revestido especial preocupación en cuanto a los derechos humanos de las personas en contexto de migración.[40] Hay varios estándares que han sido fijados por diversos órganos protectores de derechos humanos. Por principio de cuentas, con la detención se ha querido desalentar la migración irregular traduciéndose, más bien, en una forma de criminalización de la migración, puesto que el ingreso irregular a un país no

[40] Para mayor detalle de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes en la detención, véase García, Lila, *op. cit*., pp. 132-137.

constituye un delito. A este respecto, la CIDH ha sostenido que el hecho de que una persona migrante se encuentre en situación irregular en un país no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado, pues no atenta contra la vida o integridad de una persona ni sustrae bienes del Estado. Por tanto, la transgresión a las leyes migratorias no es equiparable a la violación de las leyes penales, constituyendo, más bien, una transgresión a normas de carácter administrativo que no debe entenderse como un delito.[41]

Si el ingreso irregular no constituye un delito, cabe la interrogante de si el reingreso puede serlo. A nuestro entender, la reincidencia de una falta administrativa no debe dar lugar a transformar una conducta irregular en una conducta ilícita. Por ello, el reingreso al país del que una persona fue deportada no debe ser objeto de sanción penal y, en caso de serlo, se estará criminalizando la migración nuevamente sin que se lesione algún bien jurídico fundamental.

Toda medida que impida a una persona migrante disponer libremente de su libertad ambulatoria, no obstante la denominación que se le atribuya, constituye una detención y, por tanto, deben respetarse las garantías propias del derecho a la libertad personal reconocidas en el artículo 7 de la CADH y en los artículos I y XXV de la Declaración Americana.[42]

Desde el caso de *Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, la Comisión Interamericana estableció el principio de excepcionalidad de la detención y, por tanto, de la presunción de libertad (y no de una presunción de detención), de manera tal que la detención migratoria fuese la excepción y se justificase sólo cuando fuere legal y no arbitraria.[43]

---

41 CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, *cit*., párr. 382.

42 *Ibid*., párr. 386.

43 CIDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01. Caso 9903. *Rafael Ferrer Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos),* de 4 de abril de 2001, párrs. 216 a 219. Lo mismo sostuvo la CIDH en, CIDH. Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 78/10, de 30 de diciembre de 2010, párr. 39.

Por su parte, la Corte IDH ha establecido varios estándares sobre el derecho a la libertad personal de las personas migrantes en el caso *Vélez Loor vs Panamá*. En los hechos, el señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue trasladado a un centro penitenciario, en donde estuvo privado de su libertad junto a otras personas detenidas que habían cometido delitos, toda vez que la autoridad migratoria le impuso la pena de dos años de prisión, establecida en el Decreto Ley 16, por haber transgredido el impedimento de entrada al país que existía sobre él.[44]

Un criterio relevante fijado por la Corte IDH en este caso fue que la imposición de la medida punitiva no constituye una finalidad legítima de acuerdo con la Convención Americana. Esto, debido a que la finalidad de imponer una pena por no haber respetado las leyes migratorias excede la potestad de los Estados de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio. La Corte hizo esta afirmación apoyada en la Declaración del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, en el sentido de que "la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias".[45] En consecuencia, la criminalización de la migración irregular era incompartible con la Convención Americana provocando privaciones de libertad arbitrarias que podían generar la responsabilidad internacional del Estado.[46]

En ese caso también se afirmó que las medidas privativas de libertad preventivas pueden ser idóneas para regular y controlar la migración irregular, cuando sea necesario y proporcionado en el caso concreto, para conseguir determinados fines y únicamente durante el menor tiempo posible, por lo que la prolongación indebida transforma sustancialmente la medida en una de carác-

---

44 Seguimos la exposición del caso y los criterios establecidos por Sijnienski, Romina, "Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor Vs. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Opus Magna, Constitucional Guatemalteco*, t. IV, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2011, pp. 71-97.

45 *Ibid*., p. 81.

46 *Ibid*., p. 82.

ter punitivo. La Corte IDH sostuvo que las medidas privativas de libertad deben cumplir con las exigencias que imponen los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, debiendo contar los Estados con un catálogo de medidas alternativas.[47]

Vale la pena destacar la afirmación conforme a la cual la medida debe ser una instancia de último recurso, por lo que resultan arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de las personas migrantes irregulares.[48]

Asimismo, la detención migratoria y el derecho al asilo son incompatibles. La CIDH señaló a este respecto que no es procedente una detención automática de quienes solicitan asilo, ya que los Estados tienen la obligación de utilizar medidas alternativas a la detención durante el tiempo que dure el procedimiento.[49] En no pocos casos, suele suceder que una vez que la persona está detenida solicita el asilo. Si bien esta situación puede producir confusión en el sentido de que el derecho de asilo podría ser utilizado como medio para evitar la detención, lo que procede es analizar la solicitud. En otras ocasiones, por el contrario, la persona migrante no tiene tiempo siquiera de solicitar el asilo cuando ya es detenida e ingresada en un centro de detención. Como quiera que sea, la detención migratoria, antes o después de la solicitud de asilo, no debe tener lugar.

El caso de niñas, niños y adolescentes es particularmente relevante, existiendo criterio más que reiterado en el sentido de que nunca deben ser detenidos, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de ellas. Este principio de no detención fue desarrollado, entre otros, por la Corte IDH, al sostener que la privación de su libertad no puede vincularse a un proceso migratorio, debiendo disponerse de alternativas menos lesivas.[50]

47 *Ibid*., p. 83.

48 *Idem*.

49 CIDH. Observaciones de la CIDH a la solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Ecuador: La institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación, de 4 de mayo de 2017, párr. 49.

50 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párrs. 156 a 160.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de la ONU dio a conocer, para efecto de recibir comentarios, su Observación General núm. 5, sobre los derechos de las personas migrantes a la libertad y a la protección contra la detención migratoria. En esta Observación General, el Comité manifiesta su preocupación especial por la tendencia que se ha evidenciado en torno a la criminalización de la migración y, en especial, sobre las medidas aplicadas por algunos Estados como la detención automática y obligatoria; la imposición de castigos durante la privación de libertad; la detención de niños, mujeres embarazadas y otras personas en situaciones de vulnerabilidad; la separación de familias en el contexto de la detención; los obstáculos al acceso a recursos jurídicos y de protección internacional, y las condiciones inhumanas y de hacinamiento en los centros de detención, todo lo cual repercute negativamente en los derechos de las personas migrantes.[51]

En esta Observación General se sistematizan los diversos principios que están presentes en el ejercicio de la libertad personal de las personas en contexto de migración. De esta manera, encontramos las respectivas referencias al principio de prohibición de la detención arbitraria; a las preocupaciones sobre los lugares de detención; al personal que realiza las detenciones; al principio de no discriminación; a la no criminalización de la migración; a la excepcionalidad de la detención de inmigrantes; a la no detención de niños migrantes; a la obligación de aplicación de medidas alternativas a la detención; a la duración de la detención; a las garantías judiciales en la detención, así como a los diversos derechos que deben cumplirse cuando las personas migrantes están privadas de su libertad.

La detención migratoria es otra de las preocupaciones que se han exacerbado durante la pandemia y constituye otra de las restricciones a la movilidad humana. Con el COVID-19, las personas migrantes ahora suman a sus miedos el propio de tener que ir a un centro de salud si se contagian, o a hacerse una evaluación y tener,

[51] CMW. Proyecto de Observación General Núm. 5 sobre los Derechos de los Migrantes a la Libertad y a la Libertad de una Detención Arbitraria, de 31 de diciembre de 2020, *https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CMW/Pages/CMWIndex.aspx*

en consecuencia, acceso al tratamiento respectivo, pues podrían ser objeto de detención migratoria. Debiera declararse, en consecuencia, que los centros de atención en salud son "zonas libres de reglas migratorias", como ya ha sucedido en tiempo de huracanes o en el caso del 11 de septiembre en los Estados Unidos de América.

Con independencia de las tres resoluciones adoptadas por la CIDH para la protección de los derechos humanos de las personas con COVID-19,[52] en un comunicado de prensa de 17 de abril de 2020,[53] este mismo órgano interamericano urgió a los Estados a proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19, dejando de lado su estatuto migratorio y llamando a que los Estados aseguren las condiciones adecuadas de respeto a los derechos en el contexto de las medidas restrictivas adoptadas para la contención de la pandemia, tales como el cierre de fronteras y reducción de libertades de locomoción interna e internacional, el principio de no devolución y el regreso de los nacionales que lo deseen, entre otras.

De igual manera, la CIDH ha acompañado con preocupación la persistencia de prácticas de detención migratoria, la disminución de acciones de reasentamiento de refugiados, la creación de obstáculos para la presentación de solicitudes de refugio y asilo, el cierre de fronteras a grupos de personas migrantes de retorno a sus propios Estados de nacionalidad, el desplazamiento/confinamiento de personas desplazadas, así como actos de xenofobia y violencia contra las mujeres.

En términos generales, la Comisión señaló que el empleo de medidas de detención migratoria debe ser aplicado de conformidad con el debido proceso legal, en condiciones sanitarias adecuadas, por tiempo determinado y limitado. Asimismo, reiteró que de acuerdo con los estándares y principios interamericanos,

[52] CIDH. Resolución No. 1/2020, *cit*.; CIDH. Resolución No. 4/2020, *cit*., y CIDH. Resolución No. 1/2021, Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos, de 6 de abril de 2021.

[53] CIDH. Comunicado de Prensa No. 077/20, "La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19", de 17 de abril de 2020.

la detención nunca se encuentra en consonancia con el interés superior de niñas, niños y adolescentes migrantes. Además, observó la necesidad de reducir la irregularidad migratoria y otros factores que puedan dificultar el acceso a los servicios de salud y vigilancia epidemiológica.

La CIDH también valoró como buenas prácticas algunas iniciativas como la de los Estados Unidos de América que, desde el 18 de marzo de 2020, redujo las nuevas detenciones migratorias y suspendió la realización de redadas y otros operativos dentro de o cerca a centros de salud en el país, en el marco de la adecuación al contexto de propagación del COVID-19. Perú suspendió la aplicación de medidas de expulsión y República Dominicana, las detenciones para la deportación. Panamá y Argentina suspendieron plazos en procedimientos gestionados por sus servicios de migración, con impacto positivo para la manutención de la regularidad migratoria en este periodo, y México suspendió la obligación de firma semanal a las personas que cuenten con un procedimiento abierto de reconocimiento de la condición de refugiadas, garantizando la atención de solicitudes urgentes. Chile prorrogó la vigencia de las cédulas de identidad de más de 200 mil personas extranjeras que actualmente están con su documentación en trámite, además de adoptar procedimientos electrónicos y atención no presencial, y Colombia estableció corredores humanitarios en tres puentes internacionales en la frontera con Venezuela para personas con condiciones críticas o crónicas de salud en el mismo periodo.[54]

En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU señaló que la prohibición de detenciones arbitrarias es absoluta incluso en tiempo de emergencias públicas, por lo que las autoridades deben abstenerse de detener a personas mayores de 60 años, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, niñez migrante y sus familias, solicitantes de asilo y personas refugiadas.[55]

---

54 *Idem.*

55 ONU. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Deliberación núm. 11 sobre la prevención de la privación arbitraria de la libertad en el contexto de una emergencia de salud pública, de 8 de mayo de 2020, *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Deliberacion-No11.pdf*

Es importante revisar el uso de la detención de personas migrantes con miras a reducir sus poblaciones al nivel más bajo posible, como lo indican el Comité de Trabajadores Migratorios y el Relator de las personas migrantes de Naciones Unidas,[56] o bien evitar el empleo de estrategias de detención migratoria y otras medidas que aumenten los riesgos de contaminación y propagación de la enfermedad generada por el COVID-19.[57]

Con base en los criterios expuestos puede advertirse que la detención migratoria constituye una de las preocupaciones mayores en el reconocimiento de las personas migrantes como sujetos de derechos humanos, ya que no sólo se les discrimina al criminalizárseles, sino que también se les afecta su derecho a la libertad personal o a la integridad, ya sea física o mental, más aún cuando se materializa en personas menores o mayores de edad o que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Con la pandemia debiera procurarse intensificar las medidas alternativas a la detención.

2.5. Centros de detención

Motivo de especial atención merecen las condiciones en los centros de detención, así como la vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos en estos lugares.[58]

Ya desde el caso *Vélez Loor* la Corte IDH se pronunció en relación con las condiciones en los centros de detención, en especial sobre el derecho a la integridad personal. La Corte estableció los siguientes estándares: principio de separación respecto de per-

[56] CMW. Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes, de 26 de mayo de 2020, puntos 9, 13, 14, *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCOVID-19Migrants_SP.pdf*

[57] CIDH. Resolución No. 1/2020, *cit*., p. 18.

[58] Para un panorama de la situación de la protección de los derechos humanos en los centros de detención, así como la idea de buscar alternativas a la detención, véase, CNDH. Informe especial. Situación de las estaciones migratorias en México, hacia un nuevo modelo alternativo de la detención, México, CNDH, 2019.

sonas condenadas por comisión de delitos; establecimientos públicos separados de los centros penitenciarios; condiciones materiales adecuadas; preservación de los vínculos familiares y, en general, evitar que una medida de custodia genere mayor riesgo de afectación a los derechos de las personas migrantes.[59] Algunas de estas cuestiones fueron reiteradas por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-21/14, al precisar que, en respeto al principio de separación y al derecho a la unidad familiar, las 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 conveniente sea la separación por cuestión del interés superior de la niña o niño.[60]

Las condiciones en los centros de detención también han sido objeto de medidas cautelares por parte de la CIDH. En el caso de *Personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road de Bahamas*, la CIDH solicitó al Estado que adoptara las medidas necesarias para preservar la vida e integridad de las personas migrantes detenidas en el Centro de Detención. Entre ellas, proporcionar condiciones de higiene y los tratamientos médicos adecuados, hacer frente a la situación especial de las personas menores no acompañadas, garantizar que los beneficiarios obtengan asistencia legal, reducir el hacinamiento y garantizar que las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones internacionales tuvieran acceso al Centro de Detención, a fin de supervisar las condiciones de detención.[61]

La forma como se ha acrecentado la detención migratoria y las malas condiciones que prevalecen en los centros de detención parecen hacer ver que lo que se pretende es evitar que las personas migrantes permanezcan en el país de destino. Si a lo anterior adicionamos la situación que prevalece, y que ya describimos, en las fronteras, no cabe duda de que existe una

---

59 Sijniensky, Romina, *op. cit*., pp. 89 y 90.

60 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 150.

61 CIDH. MC 535/14. *Personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road, Bahamas*, de 13 de febrero de 2015.

intención de evitar que las personas migrantes entren al país, resultando su reconocimiento como sujetos de derechos humanos una cuestión por demás compleja, sobre todo mientras no exista una visión de reconocimiento de sus derechos humanos en aras de crear condiciones para que puedan integrarse a un nuevo lugar, desarrollarse plenamente y contribuir al progreso del país en el que ahora se encuentran.

Los centros de detención, también como restricciones a la movilidad humana, constituyen otra de las grandes preocupaciones en la protección de los derechos de las personas en contexto de movilidad durante la pandemia. La niñez migrante, de acuerdo con los estándares ya indicados, no debe ingresar a ningún centro de detención y, en todo caso, deben buscarse alojamientos alternativos. Ante la situación provocada por la pandemia, la niñez migrante bajo ningún argumento debe ingresar a un centro de detención, ya que corre un alto riesgo de contraer COVID-19, sobre todo porque en esos lugares es difícil seguir las medidas sanitarias adecuadas y de sana distancia.

Al tener presente el alto riesgo de contagio en los centros de detención, la Subcomisión de Prevención contra la Tortura de la ONU, el 25 de marzo de 2020, urgió a los Estados a reducir la población, donde fuera posible, implementando esquemas de temprana, provisional o temporal salida de los detenidos para su seguridad, tomando en cuenta medidas de no custodia y siguiendo las Reglas de Tokio; poner especial énfasis en los lugares donde la ocupación excediera la capacidad oficial; prevenir el uso del aislamiento médico como forma de confinamiento disciplinario y, en su caso, aplicarse con base en una evaluación médica independiente, proporcional, limitada en tiempo y sujeta a garantías procedimentales; asegurar que se tomarán medidas apropiadas para proteger la salud del cuerpo directivo y personal de trabajo en centros de detención; y asegurar medidas apropiadas para revisar la salida de la detención de quienes fueran positivos a COVID-19 o sean particularmente vulnerables a una infección.[62]

[62] ONU. Subcomité de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura a los Estados Partes y Mecanismos Nacionales

En este mismo sentido, pero particularizando más sobre la liberación de los centros de detención, el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos señaló que los Estados deben dar prioridad con carácter urgente a la liberación de las personas migrantes detenidas y adoptar una serie de alternativas a la detención basadas en un enfoque de derechos humanos. Esto, con la finalidad de proteger los derechos y la salud de las personas migrantes y el personal de los centros de detención. Igualmente señaló que debido a que la detención de personas migrantes nunca responde al interés superior de la niñez, los niños y niñas y sus familias deben ser puestos en libertad inmediatamente, velando los Estados por que las personas liberadas tengan acceso a una vivienda, alimentación y servicios básicos adecuados.[63]

Con este planteamiento coincidieron otros organismos protectores de derechos humanos. La Corte IDH, por ejemplo, sostuvo que dado el alto impacto que el COVID-19 puede tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención, y en atención a la posición especial de garante del Estado, resulta necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.[64] La CIDH, por su parte, indicó que se debían implementar rápidamente mecanismos para proporcionar la liberación de las personas que se encontraban en centros de detención.[65]

En este mismo sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU consideró que las cuestiones de hacinamiento y las malas condiciones de higiene suponen un riesgo para la

---

de Prevención relacionados con la pandemia de Coronavirus, de 25 de marzo de 2020, *http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2020/03/RECOMENDACION-SPT-COVID-19-TRADUCCION-NO-OFICIAL.pdf*

63 ONU. COVID-19 y los derechos humanos de los migrantes: Guía, de 7 de abril de 2020, p. 3, *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants_sp.pdf*

64 Corte IDH. Declaración 1/20, COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, de 9 de abril de 2020, p. 2.

65 CIDH. Resolución No. 1/2020, *cit*., p. 18.

propagación del COVID-19, por lo que sugirió que los Estados reduzcan la población carcelaria y otras poblaciones de personas privadas de libertad, en la mayor medida posible, mediante la aplicación de mecanismos de liberación anticipada, provisional o temporal de los detenidos para los que sea seguro hacerlo.[66] A esta posición se sumó el Comité de Trabajadores Migratorios y el Relator Especial sobre Derechos de los Migrantes, quienes en su Nota de Orientación señalaron que debe liberarse de inmediato a las familias con niños y a niños no acompañados o separados de los centros de detención migratoria a otras alternativas no privativas de libertad y comunitarias con pleno acceso a los derechos y servicios, incluida la atención médica.[67]

Al respecto, resaltamos dos experiencias de protección jurisdiccional de derechos humanos sobre la liberación inmediata de centros de detención, que constituyen excelentes precedentes a tener presente. En uno de ellos, la juez Dolly Gee, de Los Ángeles, California, Estados Unidos de América, ordenó en junio de 2020 la liberación de niños detenidos con sus padres en tres centros de detención familiar en Texas y Pensilvania, operados por el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE), toda vez que habían sido detenidos por más de 20 días —plazo determinado como máximo en el conocido Acuerdo Flores de 1997—, y la propagación del coronavirus ya se había extendido a dos de las tres instalaciones, con el consecuente contagio de varias personas menores de edad.

El otro precedente nos remite a decisiones de la Corte IDH en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* para la protección de las personas en contexto de movilidad humana durante la pandemia, mediante medidas urgentes de 26 de mayo de 2020 emitidas por la Presidenta de la Corte IDH[68] y luego, a través de medidas provisio-

66 ONU. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Deliberación núm. 11 sobre la prevención de la privación arbitraria de la libertad en el contexto de una emergencia de salud pública, *cit*., p. 5.

67 CMW. Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes, *cit*., puntos 9, 13, 14.

68 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de medidas urgentes. Resolución de la Presidenta de 26 de mayo de 2020.

nales del Pleno de la Corte de 29 de julio de 2020[69]. Recordemos que en la sentencia del caso, la Corte IDH ordenó al Estado, como garantía de no repetición, la adecuación de establecimientos destinados a la detención de personas por cuestiones migratorias. Al analizar la solicitud de medidas provisionales en el marco de la supervisión de cumplimiento de dicha medida de reparación, la Corte determinó que uno de los centros de detención, La Peñita, estaba en malas condiciones, sin poder continuar con el traslado diario de personas a otro centro de detención debido a las medidas de contingencia; que las personas migrantes habían sido detenidas sin ninguna medida alternativa ni determinación individualizada, y que el centro de detención se encontraba hacinado y sin posibilidad de adoptar medidas de higiene ni de distanciamiento, con casos de personas contagiadas.

En consecuencia, la Corte resolvió que el Estado de Panamá debía tomar medidas para proteger los derechos a la salud, vida e integridad de las personas en las estaciones migratorias de La Peñita y Laja Blanca, en la provincia del Darién, asegurando de forma inmediata el acceso a servicios de salud.

En el seguimiento de este mismo caso, mediante resolución de medidas provisionales de 24 de junio de 2021,[70] la Corte estableció diferentes acciones en relación con el contagio de la enfermedad de COVID-19, señalando medidas para reducir el hacinamiento y mejorar la ventilación y el distanciamiento; medidas para proveer alimentos, agua e implementos sanitarios para evitar el contagio de COVID-19; medidas para garantizar el derecho a la salud y prevenir los contagios; y medidas para proteger los derechos de la niñez migrante y prevenir la violencia contra las mujeres, y garantizar el principio de no devolución.

En una posterior resolución de 25 de mayo de 2022,[71] con motivo de una visita en terreno al Darién y una audiencia en

[69] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de medidas provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020.

[70] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de medidas provisionales. Resolución de 24 de junio de 2021.

[71] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de medidas provisionales. Resolución de 25 de mayo de 2022.

ciudad de Panamá para recibir información relacionada con la implementación de las medidas provisionales y la solicitud del Estado sobre su levantamiento, la Corte IDH reiteró, en cuanto a la vacunación contra el COVID-19, las precisiones efectuadas en su Resolución de 24 de junio de 2021 sobre las implicaciones que tiene el principio de igualdad y no discriminación en el acceso de las personas migrantes a las vacunas, destacando la importancia de que se adopten medidas que les permitan acceder a las vacunas en condiciones de igualdad con la vacunación de nacionales en la zona, y que los Estados de toda la región que reciben migrantes en tránsito provean vacunación aun cuando una siguiente dosis no se pueda aplicar en ese mismo Estado.

Al respecto, vale la pena indicar que ya desde el 6 de abril de 2021, como señalamos previamente, la CIDH había emitido su Resolución No. 1/2021 sobre *Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos*, en la que se abordan aspectos importantes como el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación; la distribución y priorización de dosis de vacunas; la difusión de la información sobre las vacunas y contrarrestar la desinformación; así como el consentimiento previo, libre e informado.

Nos encontramos ahora en una ola más de la pandemia, con vacunas elaboradas, pero con el problema de la existencia de programas que garanticen el acceso a la misma por parte de las personas en contexto de migración. Algunos esfuerzos concretos ya se han realizado. Por ejemplo, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Alianza para las Vacunas Gavi firmaron un memorándum de entendimiento con el objetivo de garantizar que las personas migrantes y las desplazadas sean consideradas en los esfuerzos de vacunación y salud de las mismas.[72] De la misma manera, esta misma Alianza para las Vacunas Gavi, junto con la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas

[72] ONU Noticias. Los migrantes y desplazados también tienen derecho a una vacuna contra el COVID-19, de 24 de noviembre de 2020, *https://news.un.org/es/story/2020/11/1484602*

en inglés), están trabajando para que la vacuna llegue a la población de África.[73]

Desafortunadamente, como señaló el titular de la OMS, los países ricos están acaparando el suministro de las vacunas en detrimento de los más pobres, resaltando que en algún país pobre sólo se había alcanzado a distribuir 25 vacunas, frente a los más de 39 millones de dosis de vacunas que se habían administrado en 49 países ricos, por lo que se estaba haciendo a un lado el discurso de acceso equitativo a las vacunas y priorizando los acuerdos con los propios fabricantes, por lo que también la OIM sostuvo la inclusión de las personas migrantes y desplazados en los planes de vacunación, buscando aplicar a la población migrante los mismos principios que a la población nacional, vacunando a todos aquellos que por su estado de salud o edad sean más vulnerables.[74] Tanto la ONU como la OMS y la OIM pidieron a los gobiernos del mundo incluir a las personas migrantes en sus campañas de vacunación contra el COVID-19.[75]

Por lo anterior, resulta de especial relevancia el Acelerador del acceso a las herramientas contra el COVID-19, iniciativa de colaboración mundial que lleva por objeto apurar el desarrollo y la producción de pruebas, tratamientos y vacunas contra la enfermedad COVID-19 y garantizar el acceso equitativo a ellos. El pilar de las vacunas de este Acelerador es COVAX, que busca acelerar el desarrollo y la fabricación de vacunas y garantizar un acceso justo y equitativo para todos los países del mundo.[76] En África, por ejemplo, la iniciativa COVAX se ha comprometido a

---

73 ONU Noticias. *Estados Unidos, OMS, caravana migrante... Las noticias del jueves*, de 21 de enero de 2021, *https://news.un.org/es/story/2021/01/1486942*

74 ONU Noticias. *Las vacunas COVID, Estados Unidos, Nalvany... Las noticias del lunes*, de 18 de enero de 2021, *https://news.un.org/es/story/2021/01/1486722*

75 Forbes, México, Piden a gobiernos incluir a migrantes en campañas de vacunación COVID-19, de 21 de enero de 2021, *https://www.forbes.com.mx/noticias-onu-pide-a-gobiernos-incluir-a-migrantes-en-campanas-de-vacunacion-covid-19/*

76 OMS, COVAX: colaboración para un acceso equitativo mundial a las vacunas contra la COVID-19, de 21 enero de 2021, *https://www.who.int/es/initiatives/act-accelerator/covax*

vacunar a un 20% de la población para finales de 2021, proporcionando 600 millones de dosis que se distribuirán en fases.[77]

A pesar de que hay estándares muy definidos reconociendo el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes en los centros de detención, todavía continúa siendo un tema de gran preocupación pues dichos estándares no han sido implementados. Al no preverse alternativas a la detención migratoria, lógico es pensar que se continuará con el sistema de centros de detención, y como tampoco vemos una tendencia hacia el establecimiento de alternativas de alojamiento, la transgresión de los derechos humanos de las personas migrantes continuará existiendo, alejándonos del reconocimiento de las personas migrantes como sujetos de derechos humanos.

3. A manera de conclusión

Combatir la pandemia de COVID-19 y, al mismo tiempo, proteger los derechos humanos de las personas en movilidad humana es una fórmula que debe ser vista como necesaria para superar la crisis sanitaria en la que nos encontramos. Es más, sólo protegiendo los derechos humanos de las personas, incluidas las que están en contexto de movilidad, podrá darse una respuesta integral que sea suficiente para neutralizar los efectos negativos de la pandemia.

No todo ha sido negativo. En algunos países se han realizado adaptaciones a las medidas de restricción impuestas a efecto de respetar los derechos humanos de las personas en contexto de migración, creándose así algunas buenas prácticas. Así, por ejemplo, el gobierno ecuatoriano extendió la fecha límite para que las personas migrantes venezolanas en su territorio solicitaran una visa por razones humanitarias hasta el final del estado de emergencia. En Chile se estableció un sistema en línea por medio del cual las visas y los permisos de estancia se extendieron automáticamente por seis meses más, a solicitud del interesado. Panamá ofreció albergue a las personas migrantes varadas mientras las restriccio-

[77] ONU Noticias. Estados Unidos, caravana migrante... Las noticias del jueves, de 21 de enero de 2021, *https://news.un.org/es/story/2021/01/1486942*

nes de viajes internacionales tenían lugar y varios países adaptaron sus sistemas para llevar a cabo de manera remota el proceso de las solicitudes de asilo, incluido México, o extendieron la presentación de documentos para tramitar las solicitudes de asilo.[78] Asimismo, ante el cierre de fronteras entre Chile y Bolivia, 1,300 bolivianos se quedaron varados en territorio de Chile, durmiendo al aire libre con temperaturas bajas y poca agua y comida. Sin embargo, gracias a la cooperación internacional, el gobierno de Chile les dio cobijo y asistencia humanitaria mientras se veía la forma de regresarlos a su país.[79]

En consecuencia, las medidas restrictivas de movimiento que buscaron aminorar el impacto devastador de la pandemia no necesariamente deben imponerse a costa de la protección de los derechos humanos, aunque nos queda claro que la mayoría de las medidas tomadas han incidido negativamente en el goce de los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad. Somos de la opinión de que siempre existe la posibilidad de establecer medidas restrictivas en congruencia con el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes, en nuestro caso, a la luz de los estándares de los órganos del Sistema Interamericano.

A pesar de lo anterior, no hay que perder de vista el objetivo de alcanzar una mejor etapa en el cumplimiento de los derechos humanos de las personas migrantes después de contrarrestar los efectos nocivos de la pandemia. Muchos estándares de protección de los derechos humanos han sido incumplidos, de modo que debemos estar atentos para recuperar su respeto y garantía. Sin el pretexto sanitario, el estado de cosas alterado debe volver a su cauce normal y buscar canales hacia la regularización migratoria. Dicha regularización es, en mi opinión, una medida asequible para transitar a la nueva normalidad en la que nos encontraremos en la pospandemia.

La regularización migratoria de las personas en contexto de movilidad, ya sea en situación regular o irregular, es un cami-

78 ONU. Policy Brief: COVID-19 and People on the Move, *cit*., p. 22.

79 ONU Noticias, Los migrantes tienen derecho a regresar a su país durante la pandemia del coronavirus, *cit*.

no más cierto y en respeto a los derechos humanos, que puede permitir a las personas integrarse y contribuir al desarrollo tanto de su persona como del país en el que se encuentran. La creación de canales o mecanismos hacia la regularización migratoria puede contribuir fuertemente a evitar que la irregularidad en la que se encuentran continúe y, sobre todo, impedir que les siga excluyendo.

Otorgar facilidades en el cambio de estatus migratorio, por ejemplo, a quienes se encuentran ya en territorio del país de destino en situación regular, puede contribuir a favorecer la regularización, en el entendido de que aun cuando no se tenga la intención de crear estos canales de regularización, con ello no se evitará que las personas migrantes salgan del país. Resulta más compatible con los derechos humanos entender esta situación y hacer que la persona migrante se integre y forme parte de la fuerza productiva de un país. En este mismo sentido, quienes estén en una situación migratoria irregular pueden cumplir los requisitos que se fijen en los mecanismos que se creen con el ánimo de que puedan acceder a una situación regular.

A este respecto, con base en lo dispuesto en el artículo 69 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, "los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista". De esta manera, los Estados Parte deben considerar la posibilidad de regularizar la situación de esas personas migrantes en cada caso en particular, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, teniendo en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia y otras cuestiones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar.[80]

Cuando los Estados Parte prevean la regularización de los trabajadores migratorios en su legislación nacional, deberán velar por que todos los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular tengan acceso efectivo y sin discriminación

[80] Art. 69, párr. 2 de la Convención Internacional.

a los procedimientos de regularización y por que esos procedimientos no se apliquen de manera arbitraria.[81]

En este mismo sentido, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares ha sostenido que "la regularización es la medida más efectiva para acabar con la extrema vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular. Por consiguiente, los Estados partes deben considerar la adopción de políticas y programas de regularización, con el objeto de evitar que los trabajadores migratorios y sus familiares se hallen en situación irregular o en peligro de caer en ella, o resolver tales situaciones".[82]

En una *Declaración conjunta para el desarrollo de una respuesta regional a la llegada masiva de personas venezolanas a países del continente americano,*[83] diversos organismos regionales y universales recomendaron a los Estados del continente americano la adopción de una respuesta internacional y regional coordinada, basada en los derechos humanos y en el principio de responsabilidad compartida que incorpore medidas como: expandir canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la progresiva expansión de la liberalización de visas, así como regímenes de facilitación de visas de fácil acceso o medidas tales como protección complementaria, protección temporal, visas humanitarias, visas para visitantes, reunificación familiar, visas de trabajo, residencia, y visas estudiantiles y para personas jubiladas, así como programas de patrocinio privado. Estas vías deben ser accesibles en términos económicos y jurídicos, lo que implica

81 Arts. 7 y 69 de la Convención Internacional. CMW. Observación General núm. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, CMW/C/GC/2, de 28 de agosto de 2013, párr. 15.

82 Art. 69, párr. 1 de la Convención Internacional. CMW. Observación General núm. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, *cit*., párr. 16.

83 Adoptada el 5 de septiembre de 2018, por el Comité de Trabajadores Migratorios en conjunto con el Comité sobre los Derechos del Niño, la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

asegurar que sean accesibles igualmente para personas venezolanas que por razones ajenas a su voluntad no cuenten con la documentación usualmente requerida para estos trámites.

En consonancia con lo anterior, la Corte IDH ha afirmado que en la fijación de políticas migratorias es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción, acudiendo a medidas tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero estableciendo mecanismos para que ello se efectúe sin discriminación y atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas.[84]

Se suma a lo anterior, la *Declaración de Buenos Aires,* emitida por la Conferencia Sudamericana de Migraciones. En dicha Declaración se reconoce que facilitar la regularización migratoria es fundamental para el desarrollo humano de la sociedad en su conjunto y de las personas migrantes y sus familias en particular, pero además contribuye a la integración en la sociedad de acogida, así como al goce efectivo de los derechos con la finalidad de evitar situaciones de vulnerabilidad.[85]

Por último, en su Nota Conjunta, el Comité de Trabajadores Migratorios y el Relator Especial sobre Derechos de los Migrantes, sugirieron la promoción de la regularización de las personas migrantes en condición irregular o indocumentados, lo que podría traducirse en el otorgamiento de extensiones de visas de trabajo y otras para reducir los retos que enfrentan las personas migrantes debido al cierre de comercios, garantizando de esta manera la protección continua de sus derechos humanos.[86]

---

84 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.

85 Conferencia Sudamericana de Migraciones, Declaración de Buenos Aires, Buenos Aires, de 28 de agosto de 2013.

86 CMW-SRRM. Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes, de 26 de mayo 2020, punto 12, *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCOVID-19Migrants_SP.pdf*

Como puede advertirse, la CIDH y la Corte IDH han desempeñado, y lo continúan haciendo, un papel clave en la protección de los derechos humanos ante los estragos producidos por la pandemia de COVID-19, especialmente en lo que respecta a las personas en contexto de migración, en cuanto han construido una serie de estándares y han emitido declaraciones y señalamientos que permiten prevenir y, en su caso, evaluar desde la protección de los derechos humanos las medidas tomadas con ocasión de la pandemia, especialmente frente a las de naturaleza restrictiva, como el cierre de fronteras, el rechazo, la devolución, las expulsiones colectivas, la detención migratoria, y la situación en los centros de detención.

Trata de personas migrantes y la construcción de un *ius commune*. Avances y desafíos

*Mariela Morales Antoniazzi**
*María Barraco***

1. Introducción

Durante los últimos años, el número de víctimas de trata de personas ha ido en aumento, principalmente en la región latinoamericana.[1] Según las últimas estadísticas elaboradas por la Oficina de

* Investigadora *senior* en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg. Estudió Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello. Obtuvo su LLM en la Universidad de Heidelberg y su doctorado en la Universidad de Frankfurt/Main. Es profesora visitante en varias universidades latinoamericanas y vicepresidenta de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Coordina el proyecto *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

** Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Obtuvo su LLM en Derechos Humanos en la Universidad Queen Mary de Londres. Trabajó en la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) del Ministerio Público Fiscal de la Nación de Argentina. Fue *Visiting Researcher* del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg.

1 United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Global Tip Report, 2018, p. 7, *https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf*

las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés), la mayoría de las víctimas de trata de personas en América Latina proviene de países de América del Sur y, en menor medida, del Caribe.[2] Ello significa que las principales víctimas de trata en la región son personas migrantes. Asimismo, las víctimas de trata en la región suelen ser mujeres y niñas, quienes son sometidas a explotación sexual.[3]

En el contexto de la pandemia producida por el virus del COVID-19, la vulnerabilidad de las víctimas de trata de migrantes se ha visto agravada.[4] En su informe sobre el COVID-19 y la trata de personas, la UNODC concluyó que la pandemia no solo obstaculizó la posibilidad de desarrollar una respuesta estatal adecuada, sino que también exacerbó las vulnerabilidades de las víctimas.[5] El actual Relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, escribió en su informe sobre el impacto del COVID-19 en los derechos humanos de las personas migrantes, que la pérdida de empleos y el vencimiento de los permisos laborales expuso a muchas personas migrantes a ser víctimas de trata.[6] De allí la importancia de la

---

2 UNODC. Global TIP Report, 2020, p. 59, *https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf*

3 Consulta Regional de la CEDAW para la elaboración de una Recomendación General sobre la Trata de Mujeres y Niñas en el contexto de la migración mundial, "Temas clave desde una perspectiva latinoamericana y Caribeña a partir de las sesiones de la consulta regional", p. 7, *https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/Consulta_CEDAW_TRATA_DE_MUJERES.pdf* Asimismo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Comunicado de Prensa No. 199/21, "Día Mundial contra la Trata de Personas: la CIDH llama a los Estados de la región a adoptar medidas efectivas para prevenir y combatir el impacto desproporcionado de la trata en la victimización de mujeres, adolescentes y niñas", de 30 de julio de 2021.

4 Dehm, Sara, "International Law at the border: refugee deaths, the necropolitical state and sovereign accountability", en Chalmers, Shane y Pahuja, Sundhya (eds.), *Routledge Handbook of International Law and the Humanities*, Nueva York, Routledge, 2021, pp. 354 y 355.

5 UNODC, Impact of the COVID-19 pandemic on trafficking in persons: Preliminary findings and messaging based on rapid stocktaking, *https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/HTMSS_Thematic_Brief_on_COVID-19.pdf*

6 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, U.N. Doc. A/76/257, de 30 de julio de 2021, párr. 32.

protección de los derechos humanos de las víctimas de trata y, en particular, de las personas migrantes.

El presente artículo tiene dos objetivos principales. Por un lado, visibilizar la construcción de estándares de protección de las personas migrantes víctimas de trata desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por otro lado, resaltar los desafíos y pasos a seguir para continuar con el proceso de interamericanización en este ámbito. A tal efecto, el estudio se estructura en dos partes. La primera desarrolla el contenido de los principales estándares de protección de las víctimas de trata de personas migrantes, a la luz de las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de los informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La segunda parte analiza, a título enunciativo y no exhaustivo, acciones implementadas por los Estados en América Latina en el marco de la interamericanización de los órdenes normativos nacionales en función de los estándares desarrollados por la Corte IDH y la CIDH.

2. Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de trata de personas migrantes

El caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016) es el primer —y único caso hasta el momento— en el que la Corte IDH ha analizado la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos producidas por la trata de personas. Si bien el caso no está vinculado a la migración, la Corte IDH clarificó distintas obligaciones estatales respecto de la trata de personas.[7] Del mismo modo, en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018), la Corte IDH analizó un supuesto caso de trata de personas con fines de adopción ilegal, pero determinó que no contaba con elementos suficientes para declarar una violación sobre dichos hechos.[8] Previamente, en la Opinión Consultiva

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 319.

[8] Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 320.

OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados[9] y en la Opinión Consultiva OC-21/14 sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,[10] la Corte IDH ya había incluido referencias a la trata de personas.

La CIDH se ha ocupado igualmente de los estándares de protección en materia de trata de personas en diversos informes. Por ejemplo, en su informe *Movilidad humana. Estándares interamericanos* (2016), la CIDH incluyó un capítulo específico sobre "La prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas".[11] En la Resolución 04/19 relativa a *Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas* (en adelante, Principios Interamericanos),[12] la CIDH detalla una serie de obligaciones de los Estados vinculadas a la trata y explotación de personas.

Resulta imperativo aproximarse a los estándares esenciales del Sistema Interamericano en materia de trata de personas, y específicamente de trata de personas migrantes.

2.1. Sobre el concepto de trata de personas: la relevancia de las definiciones de la Corte IDH frente a las "líneas grises" del Protocolo de Palermo

La trata de personas fue definida a finales del año 2000, tras largas discusiones y divergencias sobre qué se entendería por este

9 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.

10 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. 19.

11 CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, de 31 de diciembre de 2015.

12 CIDH. Resolución 04/19, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, de 7 de diciembre de 2019.

delito.[13] En su redacción actual, el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo),[14] que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,[15] considera que la trata de personas comprende:

> [...] 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.[16]

Se advierte entonces que la trata de personas está compuesta por tres elementos:[17] una acción (tal como el transporte o el acogimiento); un medio comisivo (por ejemplo, el abuso de una situación de vulnerabilidad) y una finalidad de explotación (entre ellas, la explotación laboral o los matrimonios forzosos). Si bien fue pensado como un delito que implicaba el cruce de fronteras,[18] la realidad es que dicho cruce no es un elemento necesario.

---

13 Gallagher, Anne, "The International Legal Definition of 'trafficking in persons': Scope and Application", en Kotiswaran, Prabha (ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Reino Unido, CUP, 2017, p. 83.

14 Todos los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) también lo son del Protocolo de Palermo.

15 Adoptada el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

16 Dicha definición fue aceptada por las cortes regionales de derechos humanos: Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 284, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Caso Rantsev vs. Chipre y Rusia*. Sentencia de 7 de enero de 2010, párr. 282.

17 Gallagher, Anne, *The International Law of Human Trafficking*, Nueva York, CUP, 2010, p. 29; Planitzer, Julia, "Prohibition of Trafficking in Human Beings", in Nowak, Manfred *et al.* (eds.), *All Human Rights for All: Vienna Manual on Human Rights*, Bruselas, Intersentia, 2012, p. 343.

18 Kotiswaran, Prabha, "Transational Criminal Law in a Globalized World: The case of Trafficking", en Shaffer, Gregory y Aaronson, Ely (eds.), *Transnational Legal Ordering of Criminal Justice*, Nueva York, CUP, 2020, p. 121.

En este sentido, puede existir tanto trata interna como transnacional. En la trata transnacional, las víctimas serán personas migrantes.[19]

Como crítica a esta definición, algunos autores han señalado que el concepto de trata de personas es "maleable", de manera que los Estados pueden adaptarlo según sus intereses.[20] Tal aseveración se genera, entre otros motivos, por el hecho de que el Protocolo de Palermo no define qué se entiende por "explotación", razón por la cual los países tienen cierta flexibilidad a la hora de definir las finalidades de dicha explotación.

Además de esta crítica, existe otro problema vinculado a la definición de trata que tiene un impacto directo en la asistencia (o falta de ella) que se le brindará a la víctima. Las víctimas de trata de personas migrantes también pueden ser migrantes en situación irregular y/o haber sido sometidas a tráfico ilícito de personas. El tráfico ilícito se encuentra definido como un delito distinto a la trata de personas en un Protocolo que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional: el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.[21] Según el artículo 3 de este Protocolo, el tráfico ilícito comprende "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 material". Es una definición caracterizada por dos rasgos claves: la acción

19 Piotrowickz, Ryszard, "Trafficking of Human Beings and their human rights in the migration context", en Cholewinski, Ryszard *et al.* (eds.), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, La Haya, Asser Press, 2007, p. 275.

20 Chuang, Janie, "Contemporary debt bondage. 'Self-exploitation' and the limits of the trafficking definition", en Kotiswaran, Prabha (ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery, op. cit.,* pp. 126 y 127. De manera similar, véase, Allain, Jean, *The Law and Slavery. Prohibiting Human Exploitation*, Leiden, Brill Nojhoff, 2015, pp. 272 y 273.

21 Adoptado el 15 de noviembre de 2000 mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General de la ONU.

(la facilitación de la entrada ilegal [...]) y la finalidad (obtener un beneficio).[22]

Tener dos definiciones consolida la existencia de dos situaciones que, *a priori*, son distintas. Entre las principales diferencias, podemos mencionar que el tráfico siempre va a requerir un cruce de fronteras, mientras que la trata puede ocurrir dentro de las fronteras del mismo país;[23] y que el tráfico ilícito siempre va a implicar un cruce ilegal, mientras que en la trata de personas la víctima puede haber entrado de manera legal al país.[24] Adicionalmente, las personas sujetas a trata de personas son entendidas como "víctimas" por el Protocolo de Palermo, mientras que las personas sometidas a tráfico ilícito no son catalogadas como víctimas en el Protocolo correspondiente.[25] Ello no es un dato menor, ya que mientras el Protocolo de Palermo reconoce algunos derechos a las víctimas de trata —aunque de manera muy limitada—, el Protocolo contra el tráfico ilícito no solo no reconoce estos derechos, sino que incluso deja abierta la posibilidad de que las personas migrantes sometidas a tráfico ilícito sean criminalizadas por haber consentido en el cruce de frontera ilegal.[26] En consecuencia, catalogar a una persona de una u otra manera tendrá implicancias respecto de los derechos que le serán reconocidos.

La supuesta distinción entre trata y tráfico ilícito ha suscitado voces críticas. La principal crítica argumenta que los límites entre la trata de personas y el tráfico ilícito se encuentran desdibujados, lo que algunos autores, incluida la anterior Relatora

---

22 Gallagher, Anne y David, Fiona, *The International Law of Migrant Smuggling*, Nueva York, CUP, 2014, p. 69.

23 Stoyanova, Vladislava, "Human Trafficking and Slavery", en Melzer, Nils *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of the International Law of Global Security*, Reino Unido, OUP, 2021, p. 385.

24 *Idem*.

25 Las personas migrantes sujetas a tráfico ilícito sí serán vistas como víctimas por el Protocolo cuando se dé alguna de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 6: cuando, en el marco del tráfico ilícito se haya puesto en peligro "la vida o la seguridad" de la persona migrante; y/o cuando haya existido "un trato inhumano o degradante [...] en particular con el propósito de explotación".

26 Gallagher, Anne y David, Fiona, *op. cit*., p. 359.

de trata de personas, Maria Grazia Giammarinaro, han llamado *blurred lines*.[27] En efecto, ambos delitos no solo están relacionados, sino que la propia distinción entre uno y otro es difícil.[28] La experta Anne Gallagher ha calificado esta distinción como una "simplificación excesiva de una realidad mucho más compleja".[29]

Ahora bien, una persona víctima de trata puede ser sometida a tráfico ilícito,[30] y una persona inicialmente sometida a tráfico ilícito puede posteriormente ser víctima de trata.[31] Ambos crímenes suelen solaparse, y constituyen una violación a los derechos humanos.[32] El hecho de que existan dos definiciones

---

27 Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro, UN. Doc. A/HRC/38/45, de 14 de mayo de 2018, párr. 6; UNODC, Smuggling of Migrants A Global Review and Annotated Bibliography of Recent Publications, 2011, p. 7, *https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling_of_Migrants_A_Global_Review.pdf*; Global Initiative Against Transnational Organized Crime, "Responding to the Human Trafficking - Migrant Smuggling Nexus", *https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2018/07/Reitano-McCormack-Trafficking-Smuggling-Nexus-in-Libya-July-2018.pdf*; Stoyanova, Vladislava, *op. cit*., p. 385; Dimitriadi, Angeliki, "The interrelationship between Trafficking and Irregular Migration", en Carrera, Sergio y Guild, Elspeth (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, Bruselas, CEPS, 2016, p. 66.

28 Stoyanova, Vladislava, *op. cit*., p. 385; Villacampa Estiarte, Carolina, "La trata de seres humanos: concepto y caracterización", en Pérez Alonso, Esteban y Pomares Cintas, Esther (coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 33.

29 Gallagher, Anne, *The International Law of Human Trafficking, op. cit*., p. 51 (traducción propia).

30 Piotrowicz, Ryszard y Redpath-Cross, Jillyanne, "Human trafficking and smuggling", en Opeskin, Brian *et al.* (eds.), *Foundations of International Migration Law*, Nueva York, CUP, 2012, p. 139; Blanco, Cristina y Marinelli, Chiara, "Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú", *Derecho PUCP*, núm. 78, 2017, p. 179.

31 Nicodemi, Francesca, "Protecting Victims of Human Trafficking among Mixed Migration Flows and the Link with International Protections", *Gonzaga Journal of International Law,* vol. 22, núm. 2, 2019, p. 104; Blanco, Cristina y Marinelli, Chiara, *op. cit*., p. 179.

32 Mann, Lori, *Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants in ACP Countries: Key Challenges and Ways Forward*, Bruselas, OIM, 2018, p. 23.

distintas que no reconozcan estas líneas grises produce efectos prácticos a la hora de examinar hechos concretos en cuanto a la determinación sobre si la persona es víctima de uno u otro delito, o de ambos. Incluso los Estados suelen identificar *prima facie* a las personas migrantes víctimas de trata como migrantes en situación irregular o personas sometidas a tráfico ilícito.[33] Sin duda, este presupuesto condiciona la asistencia que se brindará a la persona, considerando que "si ante la superposición de condiciones jurídicas aquí analizada [trata de personas, tráfico ilícito y migración irregular] el Estado privilegia la condición de migrante [en situación] irregular, es evidente que la víctima extranjera verá disminuida notablemente la protección a la que tiene derecho".[34]

En este orden de ideas, incluir un enfoque de derechos humanos al tratamiento de los casos de trata de personas es fundamental. El Protocolo de Palermo contiene una cláusula de salvaguardia en el artículo 14.1 que establece que "[n]ada de lo dispuesto en el [...] Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos [...]". Sus implicaciones desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos se denotan en las obligaciones vinculadas a las necesidades de las víctimas más exigentes que las que establece el Protocolo.[35]

Frente a las "omisiones" o "deficiencias" del Protocolo de Palermo en materia de derechos humanos, los estándares del Sistema Interamericano adquieren especial importancia, debido a que el enfoque de derechos humanos frente a la trata de personas, derivado de los estándares de la Corte IDH y de la Comisión, contribuye a superar las líneas grises entre las definiciones; asegurar una correcta identificación centrada en la

33 Gallagher, Anne, *The International Law of Human Trafficking*, *op. cit*., p. 278.

34 Blanco, Cristina y Marinelli, Chiara, *op. cit*., p. 181.

35 Briddick, Catherine y Stoyanova, Vladislava, "Human Trafficking and Refugees", en Costello, Cathryn *et al*. (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Reino Unido, OUP, 2021, p. 566.

víctima de trata —y no en el delito—, así como en sus necesidades, y garantizar la adecuada protección por parte de los Estados.

Junto a su calificación como delito, la trata de personas es una grave violación de derechos humanos.[36] En el ámbito del Sistema Interamericano, el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que "[n]adie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas".

En el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde,* la Corte Interamericana analizó la aplicación de dicho artículo en un contexto de trata de personas. El caso se refiere a 85 trabajadores en situación de pobreza que fueron sometidos a trata de personas con fines de esclavitud en una hacienda en el estado de Pará. En la sentencia, la Corte IDH consideró que la prohibición del artículo 6 de la CADH incluye la prohibición de trata de personas conforme a la definición en el derecho internacional,[37] es decir, con los tres elementos mencionados: una acción; un medio comisivo; y una finalidad de explotación. Al respecto, la Corte IDH afirmó que:

> [...] los conceptos de trata de esclavos y de mujeres han transcendido su sentido literal a modo de proteger, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a las "personas" traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento. El elemento que vincula las prohibiciones de trata de esclavos y de mujeres es el mismo, es decir, el control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación. [...] De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección

[36] Andreu, Federico, "Articulo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre", en Steiner, Christian *et al.* (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 118; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Los derechos humanos y la trata de personas, Folleto Informativo Nº 36, 2014, p. 6.

[37] Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 290.

> conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos "esclavos", bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona [...].[38]

Otro aporte a la definición de trata de personas surge del caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala*, en el que la Corte IDH se centró en el análisis de la definición de "explotación". En primer lugar, la Corte reconoció que no existe una "lista exhaustiva" con las finalidades de explotación, sino que la finalidad de la trata de personas puede comprender distintas formas de explotación. Esta interpretación, según la Corte Interamericana, "es acorde con el principio pro persona y el efecto útil de la prohibición de la trata de personas que —ante la gravedad del delito— busca la protección más amplia posible contra las múltiples formas de explotación de las personas".[39]

Asimismo, la Corte IDH afirmó que la trata de niños y niñas con fines de adopción —supuesto no enumerado en el Protocolo de Palermo como una de las posibles finalidades de la trata— puede considerarse como una finalidad de explotación del delito de trata. Para sustentar la afirmación, la Corte reconoció que no existe en derecho internacional una definición de "finalidad de explotación". Sin perjuicio de ello, al revisar cuándo podría configurarse la finalidad de explotación en el supuesto de la adopción ilegal, la Corte sostuvo:

> [...] las formas de explotación que generalmente se incluyen de manera expresa, evidencian que la finalidad de explotación implica que el traficante realice el acto con el objetivo de utilizar una persona de manera abusiva para su propio beneficio. De esta manera, se atribuye un valor al individuo, por ejemplo por medio de su mano de obra, para después convertirlo en un beneficio propio, bajo condiciones abusivas e injustas o fraudulentas, beneficio que es el resultado de la cosificación o comercialización del mismo individuo.[40]

---

38 *Ibid.*, párrs. 288 y 289.

39 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala*, *cit*., párr. 312.

40 *Ibid.*, párr. 315.

Con este aporte, la Corte Interamericana permite incluir en la definición de trata de personas nuevas formas de explotación que reflejen sus elementos constitutivos. El delito de trata de personas es un delito dinámico, que puede cambiar y adaptarse a las diferentes realidades. Por este motivo, es muy útil poder contar, desde el Sistema Interamericano, con una definición de explotación aplicable al caso concreto para comprobar si existió —o no— una finalidad de explotación.

2.2. Sobre las obligaciones del Estado frente a la trata de personas

Frente a la trata de personas como violación de derechos humanos, los Estados tienen una serie de obligaciones.[41] La identificación de tales obligaciones es trascendental, teniendo en cuenta los vacíos del Protocolo de Palermo vinculados a la asistencia y protección de las respectivas víctimas.[42]

En efecto, el Protocolo de Palermo brinda asistencia y protección limitadas desde un enfoque de derechos humanos. Ello es así debido a que el Protocolo de Palermo no es un instrumento de derechos humanos.[43] Por el contrario, se trata de un protocolo de derecho penal, lo que implica que la mirada está puesta en el perpetrador y no en la víctima.[44] Aunado a ello, el objetivo del

41 Obokata, Tom, "A Human Rights Framework to Address Trafficking of Human Beings", *Netherlands Quarterly of Human* Rights, vol. 24, 2006, pp. 383 y 384.

42 Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro, A/75/169, de 17 de julio 2020, párr. 4.

43 Piotrowicz, Ryszard, *op. cit*., p. 283. De manera similar, véase, Dottridge, Michael, "Trafficked and Exploited: The urgent need for coherence in international law", en Kotiswaran, Prabha (ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, *op. cit*., p. 63.

44 Allain, Jean, *op. cit*., p. 274. De manera similar, véase, Women's Link Worldwide, "Víctimas de Trata de América Latina. Entre la Desprotección y la Indiferencia", 2017, p. 9, *https://www.womenslinkworldwide.org/files/4d238ebdc3a934ff85ae8398bb390e3a.pdf*

Protocolo es proteger la integridad y seguridad de los Estados[45] y su adopción refleja el deseo de la comunidad internacional de luchar contra el crimen organizado, y no necesariamente contra las violaciones a los derechos humanos que implica.[46]

Ello se evidencia en la escasa protección reconocida a las víctimas. Los derechos de las víctimas de trata están regulados en los artículos 6 a 8 del Protocolo, y se refieren, por ejemplo, a la asistencia física, psicológica y social de la víctima, y a la repatriación. Sin embargo, se ha argumentado que dichas normas son más bien "aspiracionales"[47] y débiles.[48] La propia ex Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro, concluyó en un informe de 2020 que las disposiciones del artículo 6 del Protocolo no son vinculantes,[49] pero, a la vez, en el mismo informe recomendó que "[l]os derechos humanos de las víctimas de la trata de personas deberían constituir la prioridad de todos los esfuerzos por prevenir y combatir la trata y por proteger, asistir y proporcionar reparación a las víctimas".[50]

La ausencia de protección a las víctimas de trata en el Protocolo de Palermo puede ser superada por el amplio catálogo de obligaciones estatales desarrollado por los órganos del Sistema Interamericano. Dicho catálogo de obligaciones establece como punto de partida la necesidad de abordar el fenómeno de la trata de personas desde la mirada de los derechos humanos. En consecuencia, la aplicación del principio *pro persona* resulta clave para asegurar la garantía de los derechos humanos de las personas migrantes víctimas de trata.[51]

---

45 Stoyanova, Vladislava, *op. cit.,* p. 382. De manera similar, véase, O'Connell Davidson, Julia, "The right to Locomotion? Trafficking, Slavery and the State", en Kotiswaran, Prabha (ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, *op. cit.,* p. 170.

46 Goździak, Elżbieta M. y Vogel, Kathleen M., "Palermo at 20: A Retrospective and Prospective", *Journal of Human Trafficking*, vol. 6, núm. 2, 2020, p. 111.

47 Piotrowicz, Ryszard, *op. cit*., p. 283.

48 Briddick, Catherine y Stoyanova, Vladislava, *op. cit.,* p. 557.

49 Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 17 de julio de 2020, *cit.,* párr. 4.

50 *Ibid*., párr. 66.

51 CIDH. Resolución 04/19, *cit*., Principio 3.

2.2.1. Obligación de protección sin discriminación y desde un enfoque interseccional

La trata de personas migrantes exige un enfoque interseccional que tenga en consideración las distintas situaciones de vulnerabilidad de las víctimas. En el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, la Corte IDH recordó que "toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos".[52] Por ello, en esos casos, existe una obligación estatal de realizar acciones positivas de protección acorde a "las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre".[53] Dicho estándar fue destacado por la Comisión Interamericana en su Informe sobre Movilidad humana, al afirmar que "[e]n el contexto de la migración, las víctimas de trata de personas conforman otro grupo en situación de extrema vulnerabilidad".[54]

La CIDH afirma que "[e]n 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 [...]".[55] Los estándares del Sistema Interamericano obligan a los Estados a hacer frente a las situaciones de violencia de género, y a abordar la pobreza y desigualdad estructural que generan que las personas estén en condición de vulnerabilidad y puedan ser víctimas de trata.[56]

---

52 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 337.

53 *Idem*.

54 CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, *op. cit*., párr. 66.

55 *Idem*.

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

Sobre el particular, la CIDH aseguró que la discriminación y violencia en razón del género a la que son sometidas las mujeres y niñas las pone en una situación de "mayor exposición" a ser víctimas de trata de personas.[57] Dentro de este grupo, las mujeres migrantes indocumentadas están en una posición de mayor vulnerabilidad de ser explotadas.[58] Los Estados deben tener en cuenta que las mujeres migrantes se confrontan a una doble discriminación: la discriminación por razón de su género y la discriminación por ser una persona migrante. Es en este marco que la violencia sufrida por las personas migrantes, incluyendo la trata de personas, "debe ser analizad[a] desde una perspectiva de derechos humanos y de género y con enfoque diferenciado".[59]

En un informe sobre la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, el Comité CEDAW señaló que las mujeres y las niñas sujetas a tráfico ilícito de migrantes se encuentran en especial vulnerabilidad de convertirse en víctimas de la trata.[60] De manera específica, el Comité destacó que

> [u]n análisis de género del delito revela que sus causas fundamentales radican en la discriminación por razón de sexo, que incluye la inacción frente a las estructuras económicas y patriarcales imperantes y las consecuencias negativas y diferenciadas en función del género de los regímenes de trabajo, migración y asilo de los Estados partes que crean las situaciones de vulnerabilidad conducentes a la trata de mujeres y niñas.[61]

En similar sentido, el Comité CEDAW concluyó que la mayoría de las víctimas de trata son mujeres y niñas debido a que aún "no se comprenden las dimensiones de género de la trata en general y de la trata de mujeres y niñas en particular".[62] Es evidente

---

57 CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, *op. cit*., p. 23.

58 Stoyanova, Vladislava, *op. cit*., p. 393.

59 CIDH. Resolución 04/19, *cit*., Principio 16.

60 Comité CEDAW, Recomendación General núm. 38 relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, U.N. Doc CEDAW/C/GC/38, de 20 de noviembre de 2020, párr. 5.

61 *Ibid*., párr. 2.

62 *Ibid*., párrs. 1 y 2.

que las mujeres sufren violaciones específicas que las hacen más vulnerables a ser víctimas de trata, por ejemplo, la violencia de género y la discriminación que sufren en sus comunidades,[63] y el acceso inequitativo a la educación, que puede desencadenar tener menos acceso a información sobre cómo migrar, aumentando así su vulnerabilidad a ser víctimas de trata.[64]

Otro factor de vulnerabilidad en el contexto de la migración, además del género, está dado por la condición migratoria irregular, factor que fue reconocido por la Corte IDH como un elemento de vulnerabilidad en sí mismo.[65] Una persona migrante en situación irregular[66] o una persona que fue sujeta a tráfico ilícito es más vulnerable a ser luego sometida a trata de personas.[67] Es de poner de relieve que las víctimas de trata de personas migrantes suelen violar la normativa local de inmigración, por ejemplo, debido a que sus tratantes les sustrajeron el pasaporte o sus documentos,[68] o por haber cruzado en un paso transfronterizo irregular. Esto genera que sean, a su vez, migrantes irregulares, ubicándolas en una posición de mayor vulnerabilidad.[69] Evidentemente, el factor de migración irregular se encuentra relacionado con el delito de trata: las personas migrantes en situación irregular son

63 Chuang, Janie, "Article 6", en Chinkin, Christine *et al.* (eds.), *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Reino Unido, OUP, 2012, p. 172.

64 *Ibid.*, p. 181.

65 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. 98.

66 Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro, U.N. Doc. A/70/260, de 3 de agosto de 2015, párr. 21.

67 CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, *op. cit*., párr. 406; UNODC. Global Study on Smuggling of Migrants, 2018, p. 41, *https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf*

68 Rodda, Patricia y Smith, Charles Anthony, "Challenges in protection: Stateless Refugees and Victims of Human Trafficking in the European Union", en Smith-Cannoy, Heather, *Emerging threats to human rights*, Filadelfia, Temple University Press, 2019, p. 205.

69 Piotrowicz, Ryszard, *op. cit*., p. 276.

más vulnerables a ser víctimas de trata; y las víctimas de trata suelen ser, asimismo, migrantes en situación irregular.

La vulnerabilidad en función de la edad, es decir, cuando se es una niña o un niño, representa otro factor a considerar. La Corte IDH ha establecido que las niñas y niños migrantes no acompañados están en una situación de vulnerabilidad de ser sometidos a trata infantil.[70] Recientemente, en el año 2021, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) llegó a la misma conclusión en un caso en el que una de las víctimas de trata era migrante y menor de edad, y aseveró que los niños y niñas son un grupo de especial vulnerabilidad frente a la trata de personas.[71]

La pobreza constituye, igualmente, un factor de vulnerabilidad, dado que las personas en situación de pobreza suelen ser más vulnerables a la trata de personas.[72] Así lo reconoció la Corte IDH en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*.[73] Los 85 trabajadores de la Hacienda se encontraban en situación de pobreza, condición que los tornaba más vulnerables a ser víctimas de trata, e incluso, generaba que la persona tratante pudiera mantenerlos en condiciones inhumanas y de pobreza para poder perpetuar la condición de explotación. En su informe *Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*, la CIDH advierte que "las personas en situación de pobreza suelen ser mucho más vulnerables a ser víctimas de trata de personas".[74]

Todos los factores de vulnerabilidad que se constatan en las víctimas de trata de personas migrantes deben ser tomados en cuenta al momento de otorgarles asistencia y protección. La Corte IDH y la CIDH han desarrollado estándares para asegurar que

---

70 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 91.

71 TEDH. *V.C.L. y A.N. vs. Reino Unido*. Sentencia de 16 de febrero de 2021, párrs. 135 y 161.

72 CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, *op. cit*., párr. 66; CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, *op. cit*., párr. 407.

73 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 337.

74 CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, *op. cit*., párr. 407.

los casos de trata de personas migrantes sean abordados desde la interseccionalidad, permitiendo analizar las raíces que generaron las vulnerabilidades, evitar repeticiones y asegurar que la asistencia otorgada corresponda a las necesidades específicas de la persona migrante.

2.2.2. Obligación de debida diligencia: la obligación de prevención

La debida diligencia es otra obligación relevante frente a la trata de personas. Específicamente, la obligación de debida diligencia implica "contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias [de trata de personas]".[75] Esta obligación es reforzada en casos de niños y niñas.[76]

La obligación de prevención exige "garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de[l] derecho inalienable [a la prohibición a no ser sometido a esclavitud]".[77] Esta obligación no solo supone "prevenir los factores de riesgo"[78] sino, además, "adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinados grupos de personas pueden ser víctimas de trata o de esclavitud".[79] Esta última obligación es una obligación reforzada según la Corte IDH.[80] Por lo tanto, la prevención implicará atender los riesgos específicos de grupos vulnerables, como los mencionados anteriormente, en razón del género, la situación migratoria irregular, la edad, la pobreza y la desigualdad estructural, entre otros.

---

75 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 320; Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala*, *cit*., párr. 316.

76 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala*, *cit*., párr. 316.

77 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 317.

78 *Ibid*., párr. 320.

79 *Idem*.

80 *Idem*.

La obligación de adecuar el derecho interno, establecida en el artículo 2 de la CADH, exige: "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 garantías".[81] Respecto de la trata de personas, implicará tipificar el delito y eliminar la legislación que tolere dicha práctica. Adicionalmente, y considerando que la prohibición de la esclavitud tiene carácter de norma de *ius cogens,*[82] el delito de esclavitud no puede estar sujeto a prescripción.[83] Ello implica que en un caso de trata de personas con fines de esclavitud donde la finalidad se consumó (es decir, donde la víctima de trata de personas fue efectivamente sometida a esclavitud), el delito tampoco puede ser prescriptible.[84]

2.2.3. Obligación de investigar ex officio y de identificar a las víctimas

En el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH detalló la obligación de "iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que personas sujetas a su jurisdicción se encuentren sometidas a [esclavitud o servidumbre, trata de personas o trabajo forzoso u obligatorio]"[85] y "adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas".[86] En consecuencia, la investigación no debe depender de una denuncia, sino que debe iniciarse una vez que las autoridades tomen conocimiento de la

81 CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, *op. cit*., párr. 179.

82 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 412.

83 *Idem*.

84 Al respecto, véase, Barraco María, "Is Human Trafficking a Crime that Should Not be Subject to Any Statute of Limitations", *American University Human Rights Brief*, vol. 24, núm. 2, 2020, pp. 62 y 63.

85 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 319.

86 *Idem*.

situación.[87] La Corte IDH, citando un caso del TEDH, estableció que "cuando existe la posibilidad de rescatar a las personas de la situación denunciada, la investigación debe ser emprendida con urgencia".[88] Así, al identificar a una persona migrante en situación irregular, sea en frontera o ya dentro del país, el Estado deberá ser diligente para detectar si dicha persona es víctima de trata de personas y, en su caso, otorgar la protección y asistencia adecuadas.

La Corte Interamericana, ya en la Opinión Consultiva OC-21/14, señaló que "los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos".[89] Para ello, los Estados "deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños".[90]

En la misma línea, la CIDH estableció en los Principios Interamericanos algunos estándares sobre cómo debe ser la investigación, a saber: adecuada y en un plazo razonable, la persona migrante debe ser informada respecto de la investigación, y debe poder acceder al respectivo proceso.[91] Respecto de la identificación de situaciones de riesgo, la CIDH concluyó que "[l]os Estados deben monitorear, prevenir, identificar y abordar las situaciones de riesgo en zonas fronterizas con respecto a la trata de personas, el tráfico de migrantes y reclutamiento forzado de migrantes por redes criminales, especialmente en puntos de ingreso irregular a los países, con un criterio diferenciado y consideración especial de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados".[92]

87 *Ibid*., párr. 364.

88 *Idem*. TEDH. *Caso Rantsev vs. Chipre y Rusia*. Sentencia de 7 de enero de 2010, párr. 288, y TEDH. *Caso C.N. vs. Reino Unido*. Sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 69.

89 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 92.

90 *Idem*.

91 CIDH. Resolución 04/19, *cit*., Principio 41.

92 *Ibid*., Principio 56.

2.2.4. Obligación de brindar asistencia y protección a las víctimas de trata

Como corolario de la identificación correcta de las víctimas de trata de migrantes se desprende que se les debe otorgar asistencia y protección adecuadas como una de las obligaciones del Estado según la Corte IDH.[93] Entre otros, los Principios Interamericanos de la CIDH brindan lineamientos sobre cómo debe ser esa asistencia. Así, en el Principio 41, la CIDH subrayó que aquellas personas migrantes que hayan sido víctimas de delitos tienen derecho a "asistencia jurídica, psicológica, social, médica y protección". En lo concerniente a las víctimas de trata, el Principio 42 agrega el derecho a que se reserve su identidad y a que se les otorgue oportunidades de educación y/o capacitaciones. La CIDH ha resaltado las obligaciones detalladas en el artículo 6 del Protocolo de Palermo, tales como la protección de la privacidad e identidad de las víctimas, y el otorgamiento de alojamiento y asistencia médica y psicológica.[94]

La obligación de identificar y asistir correctamente a las víctimas frecuentemente se ve obstaculizada por la criminalización que ejercen los Estados respecto de la migración irregular. La ex Relatora de la ONU, Maria Grazia Giammarinaro, enfatiza que la criminalización de la migración irregular tiene un impacto negativo en la trata de personas.[95] Frente a esta realidad, el Sistema Interamericano ha gestado un acervo de estándares vinculados a la obligación de respetar y garantizar los derechos a la luz del principio de igualdad y no discriminación, norma con carácter de *ius cogens*.[96] En el marco de la migración, esta obligación implica que la condición migratoria es uno de los motivos prohibidos de

---

93 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 319.

94 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, de 30 de diciembre de 2013, párr. 371.

95 Giammarinaro, Maria Grazia, "Human Trafficking and Victims' Rights", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 16, 2011, p. 250.

96 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 101.

discriminación[97] y, por ende, la situación migratoria de la víctima de trata no puede ser un obstáculo para su correcta identificación, asistencia y protección.

No cabe duda de que en el contexto de la pandemia de COVID-19, la obligación de asistencia y protección requiere la adopción de medidas específicas para proteger a las personas migrantes y víctimas de trata, entre ellas, la no obstaculización de la movilidad de las personas y la prevención de la xenofobia y la estigmatización.[98]

2.2.5. Obligación de reparar a las víctimas de trata de migrantes

Las reparaciones, sobre todo aquellas con vocación de no repetición, permitirán cambiar las situaciones estructurales de violación de derechos humanos de personas víctimas de trata.[99] En el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, si bien la Corte no consideró violado el artículo 6 de la Convención, ordenó como medida de satisfacción y garantía de no repetición que el Estado elabore un material audiovisual sobre la trata de niñas y niños con fines de adopción ilegal, y que sea proyectado en un canal de televisión de difusión nacional.[100]

En el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH ordenó como garantía de no repetición que Brasil garantice la imprescriptibilidad del delito de esclavitud. La Corte no ordenó políticas públicas, ya que consideró que las existentes en Brasil relativas a la trata de personas y al trabajo esclavo (tal como la creación del Grupo Interministerial para Erradicar el Trabajo forzoso coordinado por el Ministerio de Trabajo)

97 CIDH. Resolución 04/19, *cit.,* Principio 12; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 118.

98 CIDH. Resolución 1/2020, "Pandemia y derechos humanos en las Américas", de 10 de abril de 2020.

99 Correa, Christian, "Artículo 63", en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 829.

100 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 401.

eran suficientes. De todas maneras, la Corte IDH instó al Estado a "continuar incrementando la eficacia de sus políticas y la interacción entre los varios órganos vinculados al combate de la esclavitud en Brasil, sin permitir ninguna regresión en la materia".[101] En su voto razonado a la sentencia, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor se refirió a la importancia de hacer frente a la pobreza y discriminación estructurales, a través de reparaciones con un rol transformador.[102]

La CIDH ha focalizado la necesidad de que las reparaciones atiendan problemas más estructurales. En su informe vinculado a la esclavitud sufrida por los pueblos indígenas en el Chaco de Bolivia, la Comisión Interamericana puntualizó 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".[103]

3. El camino por recorrer: los principales desafíos para avanzar hacia la interamericanización

A partir de la configuración de estándares emergentes de los órganos del Sistema Interamericano sobre la trata de personas migrantes, corresponde examinar si existe —o no— un proceso de interamericanización de dichos estándares en los Estados de la región de América Latina que contribuya a sistematizar un *Ius Constitutionale Commune* (ICCAL) en materia de trata de per-

101 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 470.

102 Véase, Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 22 y 73. Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*.

103 CIDH. Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, de 24 diciembre 2009, párr. 216.

sonas. Si en la lectura del constitucionalismo regional transformador,[104] el ICCAL "[a]punta a la transformación de la realidad política y social de América Latina para crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos",[105] es preciso mostrar tendencias del proceso de interamericanización[106] en tanto los ordenamientos jurídicos nacionales se estén transformando mediante la adopción de los estándares y la jurisprudencia del Sistema Interamericano en aras de la protección de las personas migrantes víctimas de trata.

Conforme ha sido señalado, la trata de personas es un fenómeno particularmente presente en la región, que tiene como víctimas a personas de los sectores más vulnerables de la sociedad, incluidas las personas migrantes, problemática agravada en el contexto de la pandemia del COVID-19 debido a que las vulnerabilidades se han profundizado y, a su vez, los Estados se han enfrentado a diversas barreras para combatir de manera adecuada este delito. Pese a ello, es posible mencionar ejemplos en la región —tanto previos como durante el actual contexto de pandemia— que pueden ser considerados como buenas prácticas en la materia.

En primer lugar, todos los Estados Parte de la CADH, salvo Surinam y Granada, han tipificado el delito de trata de personas.[107] Si bien el análisis de la respectiva legislación excede el

104 Bogdandy, Armin von, "A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 19.

105 Bogdandy, Armin von, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, nº 34, enero-junio de 2015, p. 9.

106 Morales Antoniazzi, Mariela, "Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, *op. cit*., p. 417.

107 Esta afirmación no incluye a los países de Granada y Surinam, ya que no se ha encontrado información oficial al respecto. Para mayor información respecto de las legislaciones, véase, Barraco, María, *op. cit*., pp. 6-17.

propósito de este artículo, destacamos la importancia de la vigencia de un marco jurídico que tipifica la trata de personas en la región.

Estado	Legislación
Argentina	Art. 145 bis y ter Código Penal[108]
Barbados	Trafficking in Persons Prevention Act[109]
Bolivia	Art. 281 bis Código Penal[110]
Brasil	Art. 149 A Código Penal[111]
Chile	Art. 411 ter, *quater* y *quinquies* Código Penal[112]
Colombia	Art. 188 A Código Penal[113]
Costa Rica	Art. 172 Código Penal[114]
Dominica	Art. 8 Transnational Organized Crime Act[115]
Ecuador	Art. 91 y 92 Código Penal[116]

108 Código Penal de Argentina, *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm*

109 Trafficking in Persons Prevention Act de Barbados, *https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102713/124283/F-630313955/BRB102713.pdf*

110 Código Penal de Bolivia, *https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf*

111 Código Penal Brasil, *https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Codigo%20Penal%20Brasil%20vigente%20Ley%2013964%20de%202019.pdf*

112 Código Penal de Chile, *https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984*

113 Código Penal de Colombia, *https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf*

114 Código Penal de Costa Rica, *https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/cri/1970/codigo_penal__html/Codigo_Penal.pdf; https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/cdigo-penal-actualizado-en-2018_html/Codigo_Penal_Actualizado_en_2018.pdf*

115 Transnational Organized Crime de Dominica, *https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/93708/109652/F-1644431634/DMA93708.pdf*

116 Código Penal de Ecuador, *https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf*

Estado	Legislación
El Salvador	Ley Especial contra la Trata de Personas[117]
Guatemala	Art. 202 ter Código Penal[118]
Haití	Ley CL 2014-0010[119]
Honduras	Art. 219 Código Penal[120]
Jamaica	Trafficking in Persons Act[121]
México	Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos[122]
Nicaragua	Art. 182 Código Penal[123]
Panamá	Art. 456-A Código Penal[124]
Paraguay	Ley 4788/2012[125]
Perú	Art. 129 Código Penal[126]

117 Ley Especial contra la Trata de Personas de El Salvador, *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10431.pdf*

118 Código Penal de Guatemala, *http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20Leyes%20Penales/expedientes/01_CodigoPenal.pdf*

119 Ley CL 2014-0010 de Haití, *https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/110897/138097/F244712657/HTI-110897.pdf*

120 Código Penal de Honduras, *https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoPenalNo.130-2017(actualizadojulio2020).pdf*

121 Trafficking in Persons Act de Jamaica, *https://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Trafficking%20in%20Persons%20%28Prevention%2C%20Suppression%20and%20Punishment%29%20Act_0.pdf*

122 Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos de México, *https://www.senado.gob.mx/comisiones/trata_personas/docs/LGPSEDMTP.pdf*

123 Código Penal de Nicaragua, *http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_codigo_penal.pdf*

124 Código Penal de Panamá, *http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf*

125 Ley 4788/2012 de Paraguay, *https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_pry_ley4788.pdf*

126 Código Penal de Perú, *https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/*

Estado	Legislación
República Dominicana	Art. 3 Ley 137-03[127]
Uruguay	Ley 19.643[128]

Argentina ha implementado algunas medidas para proteger y brindar asistencia a las víctimas de trata de personas migrantes. Cabe poner de relieve el artículo 23 de la Ley 25.871 (según la modificación del Decreto 616/2010), que permite a las personas migrantes que hayan sido víctimas de trata solicitar residencia temporaria.[129] Sin embargo, de los debates de dicha ley no surge referencia alguna a los estándares del Sistema Interamericano. Vinculado al derecho a obtener reparaciones, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba dictó en 2019 una condena por un caso de trata de personas con fines de explotación laboral, cuyas víctimas eran migrantes. En dicho caso, el Tribunal reconoció la especial vulnerabilidad de las víctimas por su condición de migrantes, citando lo establecido por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-18/03.[130]

127 Ley 137-03 de República Dominicana, *https://www.oas.org/dil/esp/Ley%20N%C2%B0%20137-03%20Sobre%20Tr%C3%A1fico%20Il%C3%ADcito%20de%20Migrantes%20y%20Trata%20de%20Personas%20Republica%20Dominicana.pdf*

128 Ley 19.643-Ley de Prevención y Combate de la Trata de Personas, *http://www.impo.com.uy/bases/leyes/19643-2018*

129 Ley 25.871 - Ley de migraciones, *http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/campana_grafica/pdf/Libro_Ley_25.871.pdf* Este derecho a una residencia (temporal) existe en varios Estados europeos. No obstante, en la práctica, muchas veces este derecho y los demás derechos de protección de la víctima dependen de la voluntad de ésta a declararse dispuesta a participar como testigo en el proceso contra los tratantes, a fin de facilitar la condena de los responsables. Ello instrumentaliza a la víctima y causa una falta de transparencia y seguridad jurídica. El problema central es que el enfoque se mantiene en la prosecución penal de los autores del delito y no en los derechos humanos de la víctima. Follmar-Otto, Petra y Rabe, Heike, *Menschenhandel in Deutschland, Die Menschenrechte der Betroffenen stärken*, Bonn, German Institute for Human Rights, 2009, pp. 14 y 24.

130 Un resumen de la causa puede obtenerse en, *https://www.fiscales.gob.ar/trata/ocho-anos-de-prision-y-reparacion-economica-a-cada-victima-en-un-caso-de-trata-laboral-en-una-ladrillera-de-cordoba/*

En Brasil, el artículo 30 de la Ley 13.445 de 2017,[131] de modo semejante, reconoce el permiso de residencia a las personas migrantes víctimas de trata. Dicha Ley fue resaltada por la CIDH como una medida positiva en su informe sobre la *Situación de Derechos Humanos en Brasil* de 2021,[132] en la medida en que "consolida las garantías y las protecciones necesarias para que las personas inmigrantes y sus familias no sean vulnerables a la trata de personas y al trabajo forzado",[133] entre otros motivos, por posibilitar "la obtención del permiso de residencia para aquellas personas que hayan sido víctimas de trata de personas".[134] Asimismo, el Decreto 9440/2018 aprueba el tercer Plan Nacional de Combate contra la Trata de Personas y dispone como uno de sus objetivos proveer material de capacitación en cuestiones de trata de personas, migración y refugio.[135]

La Corte Constitucional de Colombia dictó en 2021 la sentencia T-236/21,[136] sobre una mujer migrante venezolana que se trasladó a Colombia por una oferta laboral que resultó ser un engaño.[137] Una vez en el país, los tratantes le informaron que iba a ser sometida a explotación sexual, por lo que escapó y efectuó

131 Ley 13.445-Ley de migración, *https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/107187/131851/F218956677/LEY%2013445%20BRASIL.pdf*

132 CIDH. Situación de Derechos Humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 9, de 12 de febrero de 2021, párr. 148.

133 *Idem*.

134 *Idem*.

135 Decreto 9440/2018, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9440.htm*

136 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-236/21, de 23 de julio de 2021, *https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-236-21.htm#_ftnref72*

137 En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoció la importancia de analizar el delito de trata de personas desde un enfoque de derechos humanos. Así, afirmó que al momento de calificar a una persona como víctima de este delito se debe tener en cuenta "el enfoque de derechos humanos e interseccionalidad, sin dar prevalencia a la investigación penal pues, de lo contrario, estarían desconociendo las obligaciones internacionales que asumió el Estado en lo relacionado con la lucha contra el delito de trata de personas". *Ibid*., párr. 92.

una denuncia policial. En su oportunidad, la mujer no fue correctamente identificada como víctima de trata de personas, por lo que tampoco pudo acceder a la protección y asistencia acordes a su caso. La Corte Constitucional reconoció que el delito de trata de personas viola derechos humanos, que sus víctimas son vulnerables y que el caso debía ser analizado desde la interseccionalidad.[138] Además, afirmó que "las víctimas del delito de trata de personas sufren la afectación de innumerables derechos, lo que las impacta física, psicológica y socialmente y, frente a lo cual, se hace necesario brindarles una protección integral".[139] La Corte Constitucional concluyó que "la población migrante de Venezuela está expuesta a un riesgo mayor de ser víctima del delito de trata, pues padece unas condiciones de pobreza extrema, abandono estatal y condiciones migratorias irregulares que la expone a padecer situaciones de explotación".[140]

La Corte Constitucional, junto con la determinación de la violación a diversos derechos de la mujer víctima, ordenó una serie de medidas de reparación estructural muy novedosas, tales como el diseño de un protocolo para identificar correctamente a las víctimas,[141] y el diseño de un programa de capacitación sobre investigación y persecución del delito.[142] Este tipo de reparaciones resulta esencial para superar las barreras estructurales que dificultan la correcta identificación de los casos de trata de personas migrantes. En el procedimiento de dicho caso, una de las organizaciones que fue convocada a dar su opinión técnica, la Pontificia Universidad Católica del Perú, hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en el *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*.[143]

---

138 *Ibid*., párrs. 25-33.

139 *Ibid*., párr. 25.

140 *Ibid*., párr. 76.

141 Además de ordenar la creación de este protocolo, la Corte ordenó que el mismo incluya "propuestas para brindar protección a las víctimas en un contexto de migración masiva". *Ibid*., párr. 95.

142 *Ibid*., párr. 96.

143 Sobre la Corte Constitucional de Colombia y su limitada referencia a la jurisprudencia interamericana en caso de personas migrantes, véase, Góngora, Manuel, "Influencia de los estándares universales e interamericanos en

En Colombia, el Decreto 1818/20, que fija la Estrategia Nacional para Luchar contra la trata de personas 2020-2024,[144] establece como uno de los enfoques de la estrategia la "necesidad de una atención diferenciada, tanto en las fronteras del país como en el territorio nacional, para abordar la atención de los flujos migratorios mixtos, con el fin de que la implementación de esta Estrategia se corresponda con las condiciones y características propias de los territorios y de las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes regulares e irregulares".[145] Se nota incluso que tal enfoque es complementado con un enfoque de género, étnico e interseccional. Gracias a estas perspectivas, los casos de trata de personas migrantes, examinados a la luz de la interseccionalidad, muestran convergencia con los aportes del Sistema Interamericano.

En México, mediante Acuerdo A/024/08 de 2008,[146] se creó la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas. En sus fundamentos, el Acuerdo cita la CADH, así como la Convención de Belém do Pará y la CEDAW, en las que se establece la obligación de "vigilar el respeto a los derechos y libertades de las mujeres, en especial a garantizar el derecho a una vida libre de violencia". En su informe de país sobre México de 2015, la CIDH resaltó de manera positiva la creación de dicho organismo.[147] No obstante, destacó su preocupación por la información recibida sobre "personas migrantes

---

la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana relativa a los derechos de personas en situación de movilidad", en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Góngora Mera, Manuel (eds.), Ius Commune *en migración y constitucionalismo transformador en Colombia. Un enfoque de derechos para la movilidad humana*, Colombia, Universidad del Norte/MPIL/IECEQ, 2022, pp. 269-319.

144 Decreto 1818/20, que fija la Estrategia Nacional para Luchar contra la trata de personas 2020-2024, *http://centrodedocumentacion.prosperidadsocial.gov.co/2020/Normativa/Decretos/DECRETO-1818-DEL-31-DE-DICIEMBRE-DE-2020-TRATA-DE-PERSONAS.pdf*

145 *Ibid*., p. 12.

146 Acuerdo A/024/08 de 29 de enero de 2008, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5029276&fecha=31/01/2008*

147 CIDH. Situación de Derechos Humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, de 31 de diciembre de 2015, párr. 283.

centroamericanas, en especial mujeres, [que] estarían siendo objeto de patrón de discriminación y criminalización por parte de las autoridades del Ministerio Público de Chiapas al momento de investigar la comisión de delitos de trata de personas, aprovechándose de la situación de extrema vulnerabilidad en la que suelen encontrase estas personas".[148] Al respecto, la Comisión remarcó, una vez más, la necesidad de respetar la obligación de realizar una investigación adecuada según los estándares interamericanos.[149] En el Informe Anual de 2016, la CIDH destacó nuevamente el trabajo de dicha Fiscalía en la formación de funcionarios públicos respecto del tratamiento de denuncias vinculadas al delito de trata de personas.[150]

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) de México emitió en 2018 la Recomendación No. 14VG/2018 sobre las graves violaciones sufridas por un grupo de 536 víctimas sometidas a trata de personas, incluyendo niños, niñas y adolescentes, en un albergue llamado "Casa Hogar".[151] En este instrumento se citan estándares desarrollados por la Corte IDH en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* vinculados a la vulnerabilidad de las víctimas[152] y a las obligaciones estatales en materia de trata de personas (tal como "la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones").[153] Si bien las víctimas del caso no eran migrantes, la recomendación es importante en la medida en que incluye estándares del Sistema Interamericano en materia de trata de personas que pueden ser tomados en cuenta para la conste-

148 *Idem*.

149 *Ibid*., párr. 284.

150 CIDH. Informe Anual 2016. Capítulo V. México, 2016, párr. 153.

151 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Recomendación No. 14VG/2018 2018 sobre violaciones graves a los derechos humanos en agravio de 536 personas víctimas de delito, entre ellas niñas, niños y adolescentes, en situación de extrema vulnerabilidad, que fueron localizados en una casa hogar en Zamora, Michoacán, de 31 de octubre de 2018, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG_014.pdf*

152 *Ibid*., párr. 108.

153 *Ibid*., párr. 400.

lación de personas migrantes. El Diagnóstico sobre la Situación de la Trata de Personas en México de 2019, elaborado por la misma CNDH, dialoga con la recomendación dictada por la CIDH en el Informe sobre la "Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación" de 2003, sobre la mejora en la detección y el registro de casos de violencia de género.[154] Ello es relevante como factor de vulnerabilidad, como se expuso previamente.

En Paraguay, una medida de prevención valorada positivamente ante la pandemia de COVID-19 fue la campaña de prevención de casos de trata de personas, implementada por el Ministerio de la Mujer, a través de una conversación de WhatsApp.[155] El Ministerio tuvo en cuenta el rol de la red social en la captación de víctimas, así como en la prevención de casos, y la CIDH abarcó esta medida en su Informe Anual 2021 como una medida que mitiga "los efectos sociales y económicos ocasionados por el COVID-19".[156]

Perú reconoce la "Calidad Migratoria Humanitaria" a aquellas personas que han sido víctimas de trata de personas y/o tráfico ilícito de migrantes, en aplicación del artículo 91 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350 de 2017.[157] Anteriormente, desde 2013, se lleva a cabo la campaña de sensibilización "El Perú unido contra la Trata de Personas", como medida de prevención, promovida por organismos estatales —entre ellos la Superintendencia Nacional de Migraciones— junto con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).[158] Perú aprobó recientemente el

154 CNDH. Diagnóstico sobre la Situación de la Trata de Personas en México 2019, pp. 24 y 25, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/Diagnostico-Informes.pdf*

155 Ministerio de la Mujer de Paraguay, "Lanzan campaña comunicacional contra la Trata de Personas", s/f, *http://www.mujer.gov.py/index.php/noticias/lanzan-campana-comunicacional-contra-la-trata-de-personas#:~:text=El%20Ministerio%20de%20la%20Mujer,y%20el%20Grupo%20Luna%20Nueva*

156 CIDH. Informe Anual 2020. Capítulo IV.A, párr. 595.

157 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones de 2017, *https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-del-decreto-legislativo-n-1350-decreto-legislat-anexo-ds-n-007-2017-in-1502810-4/*

158 Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Prevención y lucha contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, *https://*

"III Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso 2019-2022", mediante el Decreto Supremo N° 015-2019-TR,[159] que incorpora a la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales. Este decreto, que menciona las obligaciones del artículo 6 de la CADH, reconoce que la trata de personas es uno de los medios por los cuales se puede llegar a una situación de trabajos forzosos y afirma que uno de los factores de riesgo es la condición de migrante. La CIDH consideró que la aprobación del III Plan Nacional es una medida para combatir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, y saludó el hecho de que "toma en consideración la especial situación de vulnerabilidad de las personas migrantes".[160]

A nivel regional, otro ejemplo fundamental está dado por el "Protocolo de Cooperación interinstitucional para fortalecer la investigación, atención y protección a víctimas del delito de Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Ministerios Públicos Iberoamericanos AIAMP" de 2017, acordado por los fiscales miembros de la Red Iberoamericana de Fiscales Especializados en Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes (REDTRAM).[161] Comprende un compromiso de los fiscales de respetar los derechos de asistencia a las personas víctimas de trata de migrantes, tales como regularizar su situación migratoria, no criminalizarlos y garantizar una reparación integral. Aunque el Protocolo de Cooperación no hace alusión a los estándares del Sistema Interamericano, en las Conclusiones del Encuentro en el que se acordó,[162] los fiscales se pronunciaron acerca de la

peru.iom.int/es/prevencion-y-lucha-contra-la-trata-de-personas-y-trafico-ilicito-de-migrantes

159 Decreto Supremo N° 015-2019-TR, que aprueba el III Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso 2019-2022, de 18 de septiembre de 2019, *https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/362693/Decreto_Supremo_que_aprueba_el_III_Plan_Nacional_para_la_Lucha_contra_el_Trabajo_Forzoso_2019_-_2022.pdf*

160 CIDH. Informe Anual 2019, Capítulo IV.A, párr. 515.

161 La REDTRAM está conformada por representantes de los Ministerios Públicos de Argentina, Andorra, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay.

162 Conclusiones IV Encuentro Red Trata, Buenos Aires, Argentina, septiembre 2018, *https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-trata-de-personas/documentos/conclusiones-iv-encuentro-red-trata*

importancia de redactar un documento con criterios de abordaje para la trata laboral, con la finalidad, entre otros, "de poner en práctica los estándares dictados en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil".[163]

Finalmente, los fiscales de la REDTRAM dictaron la "Declaración de REDTRAM sobre problemas y desafíos durante la pandemia por COVID-19" de 2020,[164] en la que llaman la atención sobre la especial vulnerabilidad de las personas migrantes y víctimas de trata y la necesidad de brindar una protección de conformidad con los estándares vigentes. Se propone, entre otras medidas, el compromiso de brindar un acceso a la justicia adecuado y de "ampliar automáticamente todos los permisos temporales y visas transitorias de personas que puedan ser víctimas de estos delitos y garantizar que se pueda expedir la documentación correspondiente para las y los migrantes que puedan necesitarlos durante la pandemia".[165] Son ejemplos paradigmáticos de diálogos multidimensionales que pueden ser indicadores de la tendencia nacional, regional y *más allá* (Iberoamérica) en la configuración de un *ius commune* que salvaguarda los derechos de las personas migrantes víctimas de trata.

La interamericanización puede catalogarse como un proceso *in crescendo*, pero de ningún modo acabado ni exento de críticas. Ciertos ejemplos estatales de protección de los derechos humanos de las personas migrantes víctimas de trata de personas se manifiestan en legislaciones, así como en políticas públicas, pero no necesariamente se encuentran motivados por los estándares del Sistema Interamericano. La tarea pendiente es incluir progresiva, cuantitativa y cualitativamente el acervo de los estándares en la legislación, políticas y prácticas de los Estados de la región como expresión del mandato del control de convenciona-

163 *Ibid*., tercera conclusión.

164 REDTRAM, Declaración de REDTRAM sobre problemas y desafíos durante la pandemia por COVID-19, de julio de 2020, *https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-trata-de-personas/documentos/declaracion-de-redtram-sobre-problemas-y-desafios-durante-la-pandemia-por-covid-19*

165 *Ibid*., p. 4.

lidad. Precisamente en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, la Corte IDH recordó, una vez más, que los Estados tienen la obligación de ejercer *ex officio* dicho control de convencionalidad, entre sus normas y prácticas internas y la Convención Americana y jurisprudencia de la Corte, y que tal obligación "vincula a todos sus poderes y órganos estatales en su conjunto",[166] evidentemente "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[167] El control de convencionalidad facilita el fomento del diálogo en sentido estricto entre las autoridades nacionales y los órganos interamericanos.[168]

En paralelo, la CIDH, mediante el monitoreo de buenas prácticas de los Estados en sus informes en torno a la protección de personas migrantes víctimas de trata, coadyuva en el proceso de interamericanización, en tanto da visibilidad a los estándares adoptados, aunque no citen expresamente las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano, pero sí incorporen los contenidos esenciales de las garantías en el marco del constitucionalismo transformador. En perspectiva comparada se cuenta con mecanismos *ad hoc* para vigilar la implementación de los instrumentos de derechos humanos sobre la lucha contra la trata de seres humanos,[169] experiencia que podría ser replicada por la

166 Corte IDH. *Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*., párr. 408.

167 *Idem*.

168 Góngora Mera, Manuel Eduardo, "Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de un diálogo interamericano", en Bogdandy, Armin von *et al*. (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, *op. cit*., p. 328. En dicho texto, el autor explica la definición de diálogo en sentido estricto de la siguiente manera: "se emplea como metáfora de análisis de formas de interacción trasnacional entre jueces en situaciones de pluralismo constitucional, en las que los jueces pertenecen a una misma comunidad de derecho e interpretan normas comunes y no hay una última instancia que centralice jerárquicamente la solución de controversias, sino tantos centros como jurisdicciones involucradas".

169 En el Sistema Europeo se ha establecido un órgano que vigila la implementación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos por los Estados miembros (el Mecanismo GRETA). Un

Comisión Interamericana como una tarea pendiente para pavimentar la interamericanización. Otra palanca para impulsar la interamericanización puede provenir de la propia Corte IDH, bien a través de las sentencias, bien emitiendo una opinión consultiva que sistematice los estándares específicos sobre trata de personas migrantes. La interamericanización a nivel doméstico permite articular el *Ius Constitutionale Commune* en materia de migración.

4. Reflexiones finales

Este capítulo ha presentado un mapeo, *grosso modo*, de los estándares que la Comisión y la Corte IDH han desarrollado para la protección de las personas migrantes víctimas de trata. Primeramente, se ha identificado un catálogo de obligaciones de los Estados frente a la trata de personas migrantes, que cumplen una función esencial en suplir las deficiencias del Protocolo de Palermo, tanto en la definición del delito de trata de personas y en las medidas de asistencia y protección otorgadas a las víctimas, como en el necesario enfoque diferenciado e interseccional que tome en cuenta las distintas situaciones de vulnerabilidad de las víctimas.

Un segundo hallazgo consiste en dimensionar determinadas buenas prácticas de los Estados de la región de América Latina que dan cuenta del compromiso en el cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de las personas migrantes víctimas de trata. Sin perjuicio de ello, actualmente no es posible afirmar la existencia de un proceso de interamericanización consolidado, ya que aún faltan las citas expresas de forma constante por parte de las autoridades de los Estados de los estándares del Sistema Interamericano en la materia.

Siendo el delito de trata de personas —y específicamente de trata de migrantes— una problemática regional, resulta impostergable la tarea de profundizar la aplicación de los estándares interamericanos, con la finalidad de expandir la interamericaniza-

mecanismo de monitoreo independiente que no solo dependa del compromiso de los Estados miembros sino que paralelamente pueda promover la eficacia de los derechos de las víctimas.

ción de los ordenamientos estatales. En palabras de Ana Carolina Barbosa Pereira, es primordial la convivencia de los planos internacional y doméstico en pro de los derechos de las personas, dejando de lado las jerarquías y conformando un círculo virtuoso de interacciones.[170] En clave de *ius commune*, concierne al conjunto de normas internacionales (Protocolo de Palermo), interamericanas (Sistema Interamericano) y normas domésticas tendentes a asegurar las interacciones pertinentes para la vigencia del enfoque de derechos humanos en el campo de la trata de migrantes.

Insistir en la dinámica del diálogo[171] parecería de Perogrullo, pero emerge como el paradigma de referencia y es recomendable que fluya desde la Comisión y la Corte IDH hacia los Estados Parte y, viceversa, que la Comisión y la Corte Interamericanas se hagan eco de los avances nacionales para la debida protección de derechos de las personas migrantes víctimas de trata. A nivel global, el diálogo con el TEDH y los órganos de derechos humanos del sistema universal (por ejemplo, con el/la Relator/a Especial sobre la Trata de Personas de Naciones Unidas, el/la Relator/a Especial sobre personas migrantes), con los mecanismos de monitoreo y, en general, con toda la comunidad de práctica de derechos humanos en América Latina, puede enriquecer el acervo multinivel.[172]

Desde una perspectiva académica, con independencia de los desafíos pendientes, el catálogo de definiciones y obligaciones gestado por el Sistema Interamericano representa un faro para guiar

---

170 Barbosa Pereira, Ana Carolina, "Controle legislativo de convencionalidade das leis: a oportunidade de construção do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados", en Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flávia y Perrone Campos Mello, Patrícia, *Revista Brasileira de Políticas Públicas – UniCEUB*, vol. 11, N° 2, agosto 2021, p. 394.

171 Acosta, Paola Andrea, "*Ius Commune* interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, *op. cit*., p. 382.

172 Hay ejemplos positivos, entre otros, véase, Morales Antoniazzi, Mariela y Barraco, María, "Aproximación al *ius commune*: Interamericanización en los derechos de participación y defensa del medio ambiente", en Jiménez Guanipa, Henry *et al.* (coords.), *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, Colombia, Fundación Heinrich Böll, 2020, p. 18.

a los Estados en su actuación frente a la trata de personas migrantes. La implementación de dichos estándares es esencial para las víctimas de trata de personas migrantes (y, en general, para todas las víctimas de trata), por su dimensión garantista de una correcta prevención del delito y su posterior investigación, así como la identificación, asistencia y reparación a las víctimas, siempre cumpliendo con el principio de igualdad y no discriminación, adoptando el enfoque interseccional y de derechos humanos.

Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en normas, políticas públicas y jurisprudencia nacional sobre personas en el contexto de la movilidad humana

*Álvaro Botero Navarro**

1. Introducción

La protección de los derechos humanos de las personas en el contexto de la movilidad humana ha sido una constante a lo largo de la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A nivel normativo, esto se ha visto reflejado en los derechos humanos que los Estados han reconocido a las personas migrantes, refugiadas y otras en el contexto de la movilidad humana en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y demás instrumentos interamericanos, pero también a través de la prácti-

* Profesor Adjunto del Washington College of Law de la American University; *Senior Fellow* del Diálogo Interamericano; Asociado *Senior* de Investigación de la Refugee Law Initiative (RLI) de la University of London y consultor de diversas organizaciones internacionales. Abogado por la Universidad del Norte de Colombia con una Maestría en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Previamente se desempeñó como Coordinador de Monitoreo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la que también fue Especialista *Senior* de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes. Fue vicepresidente del Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

ca de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Teniendo en cuenta que las personas en contextos de movilidad humana tienen necesidades especiales de protección —sobre todo aquellas en situación migratoria irregular— y que esto exige una interpretación armónica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con otros regímenes del derecho internacional, la CIDH y la Corte IDH han desarrollado, de manera progresiva, un marco de estándares garantistas de protección para todas las personas en movilidad humana sin discriminación, en atención a los principios de interpretación evolutiva[1] y *pro persona*.[2]

En la actuación de los órganos interamericanos ha primado un enfoque que reconoce a las personas migrantes como sujetos de derechos humanos, independientemente de su situación migratoria, en contraposición al enfoque centrado en la soberanía estatal y la seguridad nacional —para regular la entrada, permanencia y salida de no nacionales del territorio del Estado—,[3] que sometía a las personas migrantes a un alto grado de discrecionalidad y arbitrariedad por parte de las autoridades nacionales. Si bien estos enfoques no se encuentran plenamente superados en el continente americano, es indudable que las contribuciones

[1] La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". 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. 55 y 137.

[2] La Corte IDH ha señalado que el principio *pro persona* implica "que ninguna disposición de [la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)] puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". *Ibid.*, párrs. 54 y 136.

[3] Véase, Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans Become Migrants*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

del Sistema Interamericano en el monitoreo y desarrollo de estándares de protección de derechos humanos de las personas en contextos de movilidad humana han permitido poner límites a la actuación de dichas autoridades. La apertura de la mayoría de los Estados latinoamericanos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la obligación estatal de aplicar el control de convencionalidad[4] favorecen la incorporación de los estándares interamericanos a nivel interno.

Este capítulo tiene como objetivo principal evidenciar cuál ha sido el rol que los órganos del Sistema Interamericano han tenido en la protección de los derechos humanos de las personas en el contexto de la movilidad humana, e identificar si estos órganos han respondido a las situaciones de violación de sus derechos humanos y de qué mecanismos se han valido para ello. En este sentido, el capítulo brinda ejemplos en los que el accionar de los órganos interamericanos y los estándares desarrollados por estos han tenido un impacto transformador en la protección de los derechos de las personas en movilidad humana en los Estados de la región.

2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: desarrollo y consolidación de los estándares de protección de las personas en contextos de movilidad humana

Desde su creación en 1959, la CIDH ha monitoreado múltiples situaciones relativas a personas en el contexto de la movilidad

[4] En virtud de dicho control, toda autoridad pública de los Estados Parte de la CADH —no sólo las que realizan labores jurisdiccionales— tienen el deber de ejercer *ex officio* un análisis de adecuación entre las normas, prácticas y jurisprudencia internas y la CADH, para lo cual, deben tener en cuenta tanto el texto de este instrumento como la interpretación que realiza la Corte IDH sobre su contenido y alcances. 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. 287, y Corte IDH. *Caso 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. 311.

humana en el continente americano. Tal como ha sido sostenido por Stefanie Grant, "a medida que se identificaron necesidades de protección específicas y se crearon nuevos regímenes de derechos humanos, surgieron una serie de subcategorías, definidas en gran parte por la vulnerabilidad: refugiado, apátrida, trabajador migrante, víctima de trata y tráfico de migrantes. Más recientemente, los migrantes en situación irregular son cada vez más reconocidos como una categoría distinta con vulnerabilidades y necesidades de protección específicas".[5]

En atención a la situación que se vivía en la región a finales de la década de los cincuenta, durante sus primeros años, la Comisión Interamericana prestó especial atención a las personas exiliadas y refugiadas, tal como sucedió con el éxodo masivo de refugiados procedentes del Caribe en la década de los sesenta, sobre todo de cubanos que intentaban huir tras la Revolución Cubana de 1959. Durante la década de los setenta, las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos perpetradas por las dictaduras militares en los países del Cono Sur también generaron el exilio de decenas de miles de personas. Para aquel entonces la Comisión empezó a documentar casos de disidentes políticos que eran expulsados y se les prohibía regresar a sus países.[6] Las guerras civiles y las dictaduras militares que se dieron

5 Grant, Stefanie, "The recognition of migrant's rights within the UN human rights system: the first 60 year", en Dembour, Marie-Bénédicte y Kelly, Tobias (eds.), *Are human rights for migrants? Critical reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, Londres/Nueva York, Routledge, 2011.

6 En 1978, la CIDH resolvió su primer caso relativo al exilio y la prohibición de reingreso al país del señor Hipólito Solari Yrigoyen, exsenador y defensor de presos políticos durante la dictadura argentina. Mediante Resolución No. 18/78, la CIDH determinó que, como consecuencia de la falta de garantías para la integridad y seguridad de su persona, el señor Solari Yrigoyen se vio forzado a abandonar su país con prohibición de regresar, y que tales hechos constituían una violación a su derecho de residencia y tránsito, reconocido en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A partir de la mencionada resolución y durante la siguiente década, la CIDH resolvió 42 casos relativos a exilio y prohibición de reingreso al país con relación a países como Argentina (2), Bolivia (6), Chile (25), Guatemala (2), Haití (1), Panamá (2), Paraguay (3) y Uruguay (1). Véase, CIDH. Movilidad humana. Estándares in-

entre la década de los setenta y principios de los noventa en Centroamérica probaron la capacidad de respuesta de la CIDH con relación a la situación de las personas desplazadas forzosamente en y desde estos países.

A principios de la década de los noventa, la Comisión comenzó a prestar mayor atención a la situación de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias a raíz de las diversas violaciones a los derechos humanos que estas personas enfrentaban en la República Dominicana. A partir de la visita *in loco* realizada a República Dominicana en 1991, la CIDH empezó a monitorear más de cerca las condiciones laborales y de vida que enfrentaban los braceros haitianos en los bateyes, la situación de indocumentación e irregularidad migratoria en la que eran mantenidos por décadas los trabajadores migrantes haitianos en dicho país, los efectos que esto tenía en la falta de reconocimiento de la nacionalidad dominicana de los hijos de estas personas, así como los riesgos que enfrentaban de ser deportadas de manera sumaria a través de expulsiones colectivas.[7]

El año 1996 fue crucial para la CIDH, en la medida en que empezó a establecer institucionalidad a través de la creación de relatorías con mandatos específicos para la protección de los derechos humanos de grupos de personas en contextos de movilidad humana, como las personas desplazadas internas y los trabajadores migrantes y sus familias. En el marco de su 91° período ordinario de sesiones, la CIDH decidió crear la Relatoría sobre Desplazados Internos en respuesta a la grave situación que enfrentaban las personas desplazadas internas en varios países del continente.[8] Posteriormente, durante su 92° Período Extraordinario de Sesiones, decidió iniciar la consideración del tema de los trabajadores migrantes y sus familias en el hemisferio, con vistas

---

teramericanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/15, de 31 de diciembre de 2015, párrs. 271 y 272.

7 CIDH. Informe Anual 1991, OEA/Ser.L/V/II.81.Doc.6 rev. 1, de 14 de febrero de 1992, p. 292.

8 El 91° Período Ordinario de Sesiones de la CIDH se llevó a cabo en Washington, D.C., del 21 de febrero al 8 de marzo de 1996. Véase, CIDH. Mandato de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, de 30 de marzo de 2012.

a la preparación de un informe enfocado en la situación de estas personas, pero sin entrar en el análisis de otras problemáticas como las que enfrentan las "personas desplazadas en el ámbito interno", los "refugiados" o los "apátridas".[9] Asimismo, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1996, en virtud del párrafo 20 de la Resolución AG/RES. 1404 (XXVI-O/96), recomendó a la Comisión Interamericana "que incluya en su próximo informe anual una evaluación sobre la situación de los trabajadores migrantes y sus familias en el Hemisferio".[10] Aquí se encuentran los antecedentes que dieron lugar a la creación de la Relatoría sobre los derechos de los trabajadores migratorios de la CIDH.

La importancia del tema migratorio y de la labor realizada por la CIDH en la materia a nivel regional se vio reflejada un par de años después en el Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas, en la que los Jefes de Estado y de Gobierno acordaron que los Estados apoyarían las actividades de la Comisión Interamericana "con respecto a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, particularmente por medio del Relator Especial para Trabajadores Migrantes".[11]

La creación de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios propició que la Comisión contase con una institucionalidad especializada encargada de monitorear y dar visibilidad a la situación de los trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio. Para tal fin, la Relatoría se valió de un variado conjunto de mecanismos, como solicitudes de información a los Estados, visitas a países, informes temáticos y de país, así como participación en reuniones y foros especializados en los que daba cuenta de la situación de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. Con el paso de los años, la Relatoría fue incrementando el uso de esos y otros mecanismos, como las

9 CIDH. Informe Anual 1996. Capítulo VI: Informe de Progreso sobre la Situación de los Trabajadores Migrantes y sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.95.Doc.7 rev., de 14 de marzo de 1997, párr. 2.

10 *Ibid*., párr. 1.

11 Cumbre de las Américas, Plan de Acción suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Segunda Cumbre de las Américas, Santiago de Chile, Chile, 18 y 19 de abril de 1998.

audiencias temáticas, las reuniones de trabajo, los comunicados de prensa y el involucramiento en el procesamiento de peticiones, casos, soluciones amistosas y medidas cautelares relativas a trabajadores migrantes.

En respuesta a los múltiples desafíos que estaban ocasionando los movimientos migratorios mixtos y otras dinámicas de la movilidad humana en la región, el 30 de marzo de 2012, en el marco de su 144° Período de Sesiones, la CIDH decidió ampliar el mandato de la Relatoría y pasó a llamarse Relatoría sobre Derechos de los Migrantes. El nuevo mandato está enfocado 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 movilidad humana.[12] Esto ha representado un abordaje más holístico e integral por parte de la CIDH respecto de la situación de los derechos humanos de las diferentes subcategorías de personas en el contexto de la movilidad humana.

2.1. La evolución de la protección de los refugiados

El informe de 1965 sobre "Los refugiados políticos en América" fue el primer estudio de la Comisión sobre las personas refugiadas. Previamente, en el informe de país de Cuba de 1962, la CIDH ya se había referido sobre el derecho al asilo, pero este análisis se centró en las Convenciones sobre Asilo de La Habana (1928), Montevideo (1933) y Caracas (1959), y en la negativa del Gobierno cubano de otorgar salvoconductos para abandonar el país a las personas asiladas en las misiones diplomáticas en La Habana tras la Revolución Cubana.[13] La elaboración del informe de 1965 fue encomendada a la Secretaría de la CIDH, en respuesta a la preocupación que generó la situación de los refugiados en las Américas en el séptimo período de sesiones de la Comisión, en octubre de 1963. Para ese año, los miembros de la Comisión no-

[12] CIDH. Mandato de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, *cit*.

[13] CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Cuba, OEA/Ser.L/V/II.4.Doc.2, de 20 de marzo de 1962.

taron que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ya contaba con un organismo encargado de prestar ayuda a las personas refugiadas, pero que esta ayuda estaba principalmente dirigida a los refugiados europeos, por lo tanto, era tarea de la Comisión estudiar "el problema de los refugiados políticos en América".[14]

En su octavo período de sesiones, en abril de 1964, la CIDH observó que si bien la OEA había prestado atención a la problemática de los refugiados, ningún organismo del Sistema Interamericano había realizado un estudio sobre la situación de los refugiados después de la obtención del asilo.[15] Para iniciar el estudio, la CIDH recomendó a la Secretaría que tuviera en cuenta la relación directa entre la situación de las personas refugiadas y la violación de derechos humanos en las Américas, y la distinción entre el "asilado diplomático" y los "refugiados políticos".[16]

A partir de ello, la Secretaría de la CIDH estudió dos cuestiones principales: la tradición latinoamericana de conceder asilo a exiliados políticos, y la situación de derechos humanos de las personas exiliadas de los años sesenta. En ese sentido, el informe de la CIDH señaló que, pese a que existían convenciones regionales que habían fomentado la tradición y normativa del asilo diplomático y el asilo territorial en América, estos instrumentos no eran adecuados para garantizar el asilo de los nuevos exiliados de países como Cuba, Haití, Paraguay, Bolivia, República Dominicana, Nicaragua, Honduras y otros Estados de la región. De acuerdo con la Secretaría de la CIDH, los éxodos de personas que huían de dictaduras y gobiernos autoritarios durante la década de los sesenta habían desafiado la premisa sobre la facilidad de brindar atención y protección a los "refugiados políticos".[17] Para la CIDH, la problemática de los refugiados en América había cambiado fundamentalmente porque:

---

14 CIDH. Informe sobre la labor desarrollada durante su octavo período de sesiones, OEA/Ser.L/V/ll.9.Doc.24, de 10 de agosto de 1964, párr. 57.

15 CIDH. Informe sobre las labores desarrolladas durante su noveno período de sesiones, OEA/Ser.L/V/I1.10.Doc.21, de 16 de febrero de 1965, párr. 55.

16 *Ibid*., párr. 62.

17 *Ibid*., párr. 63.

> Ya no se trata de los refugiados de antaño, los que por lo general eran pocos en números y constituidos fundamentalmente por dirigentes que gozaban de medios de fortuna. En la actualidad el problema radica en que, como resultado de los movimientos políticos acaecidos en la mayoría de los países americanos y la falta de estabilidad democrática en algunos de ellos, gran cantidad de personas, la mayoría de ellas sin bienes de ninguna especie, se trasladan al territorio de otras Repúblicas americanas a causa de las persecuciones de que son objeto.[18]

Aunque la Comisión Interamericana se refería a estos nuevos éxodos como "refugiados políticos", utilizando aún el lenguaje de las Convenciones sobre Asilo, en el informe de 1965 identificó la necesidad de contar con una convención interamericana que contemplara y regulara la situación de los refugiados, ya que las legislaciones internas de la época no abordaban adecuadamente la situación de los refugiados en materia de acceso al trabajo, asistencia y documentación.[19] Estas conclusiones contribuyeron al cambio del paradigma sobre el asilo en las Américas, y comenzó a debatirse el asilo como un derecho humano y su relación con la garantía de otros derechos.

La publicación del informe de la CIDH de 1965 incidió en que en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria se encomendase al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Convención sobre Refugiados. El Comité consideró que la elaboración de una Convención Interamericana sobre Refugiados era necesaria porque los otros instrumentos internacionales, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, contenía en aquel entonces limitaciones geográficas y temporales para abordar la problemática de los refugiados en las Américas.[20] Para abril de 1966, el Comité Jurídico Interamericano ya contaba con un anteproyecto de Convención

---

18 CIDH. Informe Anual 1981-1982. Capítulo VI: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.57.Doc.6 rev.1, de 20 septiembre de 1982, p. 3.

19 *Ibid*., p. 4.

20 *Idem*.

Interamericana sobre Refugiados, no obstante, ningún órgano político de la OEA volvió a considerar el tema, por lo que el proyecto encomendado nunca prosperó.[21] En los años siguientes, la CIDH continuó refiriéndose al derecho al asilo en los informes de país de República Dominicana (1966), Chile (1974) y Argentina (1980).

2.2. El rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena

A principios de la década de los ochenta, la violencia que se evidenciaba en múltiples países de la región como consecuencia de las dictaduras y los conflictos armados volvía a colocar la problemática del desplazamiento forzado en el centro de la atención de la CIDH. En su Informe Anual de 1980-1981, la CIDH señaló:

> Esa epidemia de violencia ha producido también un efecto secundario, que por su magnitud es verdaderamente alarmante. El fenómeno del desplazamiento masivo de personas ha convertido el diez por ciento de la población de un país en refugiados. En otros, la falta de participación política ha acarreado masivas huidas en botes y barcos (*boat people*) de miles de personas. Tales impresionantes migraciones masivas están constituyendo un desafío para los países del Continente que no se encuentran preparados para asimilar a tantas personas en forma permanente.
>
> La Organización de los Estados Americanos tiene la obligación de contribuir a la solución de los problemas derivados del desplazamiento de personas e identificarse en el cumplimiento de principios legales internacionales que, como el de la no-devolución e incluyendo dentro de éste, la prohibición del rechazo en las fronteras, ha sido reconocido como fundamental por diversos instrumentos internacionales y recientemente reiterado por el Coloquio que so-

[21] Véase, CIDH. Informe Anual 1981-1982. Capítulo VI: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, *cit*., Sección B. Los refugiados y el Sistema Interamericano, párr. 4.

> bre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina se celebró en México del 11 al 15 de mayo de 1981.[22]

En este contexto, y con el propósito de responder a las dinámicas de la migración forzada durante aquellos años, en su Informe Anual de 1981-1982, la CIDH propuso a la Asamblea General de la OEA una serie de medidas vanguardistas para aquel entonces con la finalidad de aliviar la situación de cientos de miles de refugiados latinoamericanos en la región. Una de las principales recomendaciones formuladas por la CIDH a la Asamblea General de la OEA fue "[q]ue la definición de refugiados en la región reconozca a las personas que huyen de sus países porque sus vidas han sido amenazadas por la violencia, agresión, ocupación extranjera, violación masiva de los derechos humanos, y otras circunstancias que destruyen el orden público normal y para las cuales no existen recursos internos".[23]

Un par de años después, en el marco del "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, se adoptó la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, la cual reitera en su conclusión tercera:

> [...] 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

---

22 CIDH. Informe Anual 1980-1981. Capítulo V: Situación general de los derechos humanos en los estados miembros de la OEA y campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.54.Doc.9 rev.1, de 16 de octubre de 1981.

23 CIDH. Informe Anual 1981-1982, Capítulo VI: Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Sección B. Los refugiados y el Sistema Interamericano, *cit*., párr. 11.d. Véase también, 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.

> 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 violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.[24]

De esta forma la doctrina desarrollada por la CIDH en sus informes resultó determinante para el surgimiento de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984.[25] Tiempo después, en la Opinión Consultiva OC-21/14,[26] sobre los derechos y garantías de la niñez en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, y recientemente, en la Opinión Consultiva OC-25/18, sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano, la Corte IDH se ha pronunciado sobre la definición ampliada de refugiado y ha reafirmado que:

> [...] el derecho a recibir significa que el Estado debe otorgar la protección siempre que se cumplan los requisitos y condiciones para que ésta pueda ser brindada. En esta línea y en el marco del derecho a recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, la Corte ha determinado que es obligación del Estado de acogida otorgar la

---

24 Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, Conclusión III.

25 Véase, Murillo González, Juan Carlos, "El fortalecimiento de la protección internacional de los refugiados a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Organización de los Estados Americanos (OEA), *XXXV Curso de Derecho Internacional,* Washington, D.C., 2008, p. 323, y Botero Navarro, Álvaro, "Against the current: Protecting asylum seekers, refugees and other persons in need of international protection under the Inter-American Human Rights System", en Lyra Jubilut, Liliana; Vera Espinoza, Marcia y Mezzanotti, Gabriela (eds.), *Latin America and Refugee Protection: Regimes, Logics and Challenges*, Nueva York/Oxford, Berghahn Books, 2021, p. 132.

26 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*., párr. 79.

> protección internacional cuando la persona califique para ello, sea bajo los criterios de la definición tradicional o la ampliada de Cartagena según corresponda, y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.[27]

En la actualidad, la definición ampliada de refugiado ha sido incorporada en la legislación interna de 16 países del continente. Al respecto, Juan Ignacio Mondelli ha sostenido que esta definición regional ha llegado a un nivel de consolidación que representa una norma de derecho internacional consuetudinario particular o debe ser considerada costumbre regional y, como tal, tiene carácter obligatorio para los países latinoamericanos.[28] Esto demuestra el importante rol que ha tenido la CIDH en el desarrollo e impulso de parámetros para la protección de las personas refugiadas a través de políticas públicas y legislación a nivel regional.

2.3. Los mecanismos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la protección de los derechos de las personas en movilidad humana

Los mecanismos de la Comisión Interamericana para la protección de los derechos de las personas en movilidad humana pueden clasificarse en los de monitoreo y los de naturaleza cuasijurisdiccional.

---

27 Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 123, citando 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. 225, y Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit.*, párr. 81.

28 Véase, Mondelli, Juan Ignacio, *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)*, San José, 2018, p. 111.

2.3.1. Los mecanismos de monitoreo

Entre los mecanismos de monitoreo de la CIDH, destacamos el impacto de las visitas *in loco*, los informes de país y temáticos, los comunicados de prensa y las resoluciones en la protección de los derechos de las personas en el contexto de la movilidad humana.

a) Visitas *in loco*[29]

Las visitas de la CIDH, así como aquellas que han sido realizadas por la Relatoría, han sido una herramienta fundamental para documentar y visibilizar las violaciones a los derechos humanos que enfrentan las personas en situación de movilidad humana en la región.[30] Dentro de las visitas realizadas por la CIDH, la visita de la Relatoría a México en 2011 fue una medida crucial para poner en evidencia las graves violaciones a los derechos humanos que estaban enfrentando las personas migrantes en su tránsito por México, así como otras situaciones que afectaban a personas en el contexto de la movilidad humana en dicho Estado, como la de los desplazados internos.[31] La principal preocupación de la delegación de la Comisión fue la situación de seguridad de las personas migrantes durante su tránsito por México, ya que para aquel momento se registraba un alarmante aumento de los asesinatos, desapariciones, secuestros y violaciones sexuales.[32]

---

29 Véase, arts. 39, 53, 55 y 56 del Reglamento de la CIDH.

30 Véase, CIDH. Visitas a Países, *https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/actividades/visitas.asp*

31 Esta visita se llevó a cabo a través de la metodología estandarizada por la CIDH para esta clase de actividades. En ese sentido, la delegación de la CIDH sostuvo reuniones con autoridades federales, estaduales y municipales así como con organizaciones de la sociedad civil, organismos internacionales que trabajan en México y testimonios de personas migrantes que fueron víctimas de secuestro, testigos de matanzas, así como de familiares de personas migrantes desaparecidas. Durante la visita, la CIDH visitó los Estados de Oaxaca, Chiapas, Veracruz, Tamaulipas y Ciudad de México. CIDH. Comunicado de Prensa No. 82/11, "La Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos culmina su visita a México", de 2 de agosto de 2011, y CIDH. Anexo al Comunicado de Prensa No. 82/11, pp. 1 y 8.

32 CIDH. Comunicado de Prensa No. 82/11, *cit*.

La información recabada durante la visita se consolidó en las *Observaciones Preliminares de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH a México*, que se hicieron públicas el último día de la visita y estuvieron enfocadas en exhortar al Estado a adoptar medidas para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes.[33] El monitoreo realizado de manera previa, durante y con posterioridad a la visita de 2011, fue la base para la elaboración del informe de la CIDH sobre *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México* de 2013, que permitió constatar las graves vulneraciones a los derechos humanos de las que eran víctimas las personas migrantes durante su tránsito por México.[34]

Tras esta visita, y a pocos meses de la presentación del Informe de 2013 sobre la situación de las personas migrantes en México, las condiciones de las personas en situación de movilidad humana estaban atravesando un momento crítico en la frontera sur de Estados Unidos de América. En la visita *in loco* de 2014,[35] la CIDH observó la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes provenientes de Centroamérica y México, y obtuvo información sobre deportaciones sin debido proceso y en contravención del principio de *non refoulement*. Una de las conclusiones más significativas de esta visita fue el rechazo de la CIDH a "la utilización generalizada de la detención migratoria", argumentando que Estados Unidos de América había implementado la política de la denominada detención automática, a lo que se sumaban graves barreras en el acceso al derecho a recibir representación legal gratuita o de bajo costo.[36]

La crisis de derechos humanos derivada de la detención de familias y niñez migrante aumentó dramáticamente en el mismo

---

33 CIDH. Anexo al Comunicado de Prensa No. 82/11, *cit*.

34 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, de 30 de diciembre de 2013.

35 La visita se realizó entre el 29 de septiembre y el 2 de octubre de 2014 en las zonas de Hidalgo, McAllen, Harlingen, Karnes City y San Antonio. CIDH. Comunicado de Prensa No. 110/14, "CIDH culmina su visita en los Estados Unidos de América", de 2 de octubre de 2014.

36 *Idem*.

año de la visita. Denise Gilman, Directora de la Clínica de Inmigración de la Universidad de Texas en Austin, quien fue testigo directo de la crisis de 2014, mencionó que la visita de la CIDH "se hizo muy pronto. Por lo general toma bastante más y eso ayudó porque sirvió para abordar la crisis cuando todavía estaba comenzando".[37] En consecuencia, la visita demostró cómo este mecanismo de la CIDH puede convertirse en una herramienta para visibilizar y posicionar una situación específica de derechos humanos, y el rol que puede representar para los diferentes actores involucrados (las víctimas de violaciones de derechos humanos, el Estado, las organizaciones de la sociedad civil, otros organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados —ACNUR—, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos —OACNUDH—, la Organización Internacional para las Migraciones —OIM—, los medios de comunicación y la sociedad en general). Además, las visitas permiten a la CIDH acercarse y ver de primera mano las violaciones a los derechos humanos de las que están siendo víctimas personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, entre ellos, las personas migrantes.

Pese a que la CIDH, y en particular la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Migrantes, cuenta con una larga trayectoria en sus labores de documentar y visibilizar la situación de derechos humanos de las personas en movilidad humana en el continente, en los años recientes han ido surgiendo críticas desde organizaciones de la sociedad civil con relación al debilitamiento de los mecanismos de monitoreo, por ejemplo, en el caso de las visitas. De acuerdo con representantes de las organizaciones, este tipo de debilitamiento se evidenció de forma especial en 2020, con la visita virtual realizada por la Relatoría a México, como consecuencia de la pandemia del COVID-19, para monitorear la situación de derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas en ese país.[38] Estaba prevista una primera visita

[37] Entrevista a Denisse Gilman, Directora de la Clínica de Inmigración de la Universidad de Texas en Austin, de julio de 2022.

[38] CIDH. Comunicado de Prensa No. 033/21, "CIDH concluye visita de trabajo virtual a México sobre personas en situación de movilidad humana, y presenta sus Observaciones Preliminares", de 12 de febrero de 2021.

virtual por parte de la CIDH que sería complementada por una visita en el terreno a México en meses posteriores, una vez que las condiciones de la pandemia del COVID-19 lo permitieran. No obstante, dos años después de la visita virtual, la visita presencial a México no se ha materializado.[39]

b) Informes de país y temáticos[40]

La CIDH ha emitido múltiples informes sobre los derechos de las personas en situación de movilidad humana, dentro de los cuales destacan: el Informe "Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos";[41] el Informe "Migración forzada de personas Nicaragüenses a Costa Rica",[42] y el Informe "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México"[43].

En primer lugar, el *Informe sobre Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos* desarrolla y recopila por primera vez los estándares del Sistema Interamericano sobre movilidad humana, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y el trabajo de monitoreo realizado por la CIDH por medio de sus distintos mecanismos, de conformidad con las obligaciones contempladas en la Convención Americana, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos interamericanos e internacionales que se refieren a los derechos de las personas en situación de movilidad humana.[44]

Este informe ha brindado una herramienta fundamental para el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la

---

39 Entrevistas con miembros de organizaciones de la sociedad civil de México.

40 Véase, art. 60 del Reglamento de la CIDH.

41 CIDH. Movilidad Humana. Estándares interamericanos, *cit*.

42 CIDH. Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, OAS/Ser.L/V/II.Doc. 150, de 8 de septiembre de 2019.

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

44 CIDH. Movilidad Humana. Estándares interamericanos, *cit*., párrs. 11 a 15.

defensa de los derechos de las personas en situación de movilidad humana y se ha constituido en una de las principales fuentes utilizadas por altos tribunales nacionales para fundamentar sus decisiones. Un caso que ejemplifica el impacto de este informe es el fallo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (Amparo 411-2017). Este caso es paradigmático porque la Sala reconoció por primera vez el fenómeno del desplazamiento forzado interno dentro de El Salvador.[45] Para adoptar esta decisión, la Corte Suprema de Justicia acudió expresamente al informe de la CIDH en el que ésta reconoció la existencia del desplazamiento forzado interno como consecuencia de los actos de violencia cometidos por miembros del crimen organizado.[46]

Esta decisión de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador no solo representó un avance histórico para los derechos de las víctimas del desplazamiento interno en el país, sino que además impulsó la creación de un régimen jurídico especial que regulara ese fenómeno. Por esa razón, en 2020, fue promulgada la *Ley Especial para la Atención y Protección Integral de Personas en Condición de Desplazamiento Forzado Interno en El Salvador.*[47]

Por otra parte, el Informe sobre *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México* materializó una labor de investigación y documentación por parte de la CIDH, ya que se fundamentó principalmente en la información recabada por la Relatoría durante su visita *in loco* de 2011 y constituyó una oportunidad para que la Comisión proporcionara a todos los Estados de la región, estándares novedosos y adecuados en materia de protección de los derechos de las personas migrantes.[48] Este informe desarrolló por primera vez

45 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, Amparo 411-2017, de 13 de julio de 2018, *https://www.jurisprudencia.gob.sv/PDF/411-2017.PDF*

46 *Ibid*., p. 18. CIDH. Movilidad humana. Estándares interamericanos, *cit*., párrs. 45 y 46.

47 Ley Especial para la Atención y Protección Integral de Personas en Condición de Desplazamiento Forzado Interno en El Salvador, de 9 de enero de 2020, *https://www.refworld.org.es/pdfid/5e691b974.pdf*

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

estándares legales a la luz de las obligaciones derivadas del Sistema Interamericano, que han guiado la labor de otros órganos de Naciones Unidas, como el Comité de Trabajadores Migrantes, el Comité contra la Desaparición Forzada, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, la Relatora Especial sobre Ejecuciones Sumarias y Arbitrarias y el trabajo realizado por las organizaciones de la sociedad civil.

El informe final presentado en 2013 se enfocó en documentar y visibilizar la desaparición de personas migrantes en México a lo largo de las rutas migratorias hacia Estados Unidos de América, pues la Comisión evidenció que la desaparición de personas migrantes se había convertido "en una práctica común", ejecutada principalmente por grupos del crimen organizado dedicados a secuestrar personas vulnerables —como las personas migrantes— con fines de explotación sexual y laboral, asesinato y desaparición. Además, la Comisión fue pionera en llamar la atención sobre el caso de las 47 fosas comunes localizadas en el municipio de San Fernando (Tamaulipas) y los asesinatos cometidos en Cadereyta (Nuevo León), cuyas víctimas eran personas migrantes en tránsito, así como sobre las múltiples barreras en el acceso a la justicia en casos que involucran a personas migrantes, más aún cuando sus familiares se encuentran en otros países de origen.[49]

Adicionalmente, en este informe, la Comisión fue enfática al denunciar las falencias y vacíos presentes en los procesos de investigación de los casos de desaparición forzada de personas migrantes, pues a pesar de haberse verificado la existencia de indicios sobre la participación de funcionarios públicos en estos actos, el Estado no había tomado medidas adecuadas para lograr el esclarecimiento de los hechos.[50] Por esta razón, la Comisión solicitó al Estado que adoptara las medidas necesarias para garantizar la coordinación entre autoridades del orden federal, estatal y municipal, e incluso con autoridades de otros Estados, para asegurar el derecho a la justicia en casos de secuestros, homicidios y desapariciones de personas migrantes.[51]

---

49 *Ibid*., párrs. 156 a 164.

50 *Idem*.

51 *Ibid*., párr. 242.

Como resultado de este informe, así como del Informe de *Observaciones Preliminares de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH,* emitido luego de la visita *in loco* de 2011, organizaciones de la sociedad civil de México emprendieron procesos de incidencia que exigían al Estado mexicano la adopción de medidas concretas para dar cumplimiento a las recomendaciones de la CIDH con la finalidad de esclarecer los hechos que dieron lugar a las graves violaciones a los derechos humanos registrados en San Fernando (Tamaulipas) y Cadereyta (Nuevo León). Esto derivó en la creación de la Comisión Forense para la Identificación de Restos en 2013, mecanismo pionero a nivel mundial para la identificación de migrantes desaparecidos y no identificados, y en el establecimiento de la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes y del Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación en 2015.[52]

Hasta la fecha, de los cerca de 190 restos recibidos, la Comisión Forense ha logrado identificar 86 migrantes y continúa trabajando para conseguir la identificación de los demás restos. La Comisión Forense ha sido ampliamente reconocida en el Sistema Interamericano —y en el Sistema Universal de Derechos Humanos— como uno de los primeros esfuerzos regionales de articulación entre Gobierno, familias y sociedad civil para la identificación de restos de personas migrantes desaparecidas. El trabajo que se ha llevado a cabo a lo largo de estos años para la búsqueda e identificación de restos de personas migrantes desaparecidas y no identificadas en México, así como la repatriación y entrega de sus restos a sus familiares en sus países de origen, representa una práctica sin precedentes a nivel mundial, que ha permitido poner punto final a la incertidumbre de 86 familias que no tenían certeza sobre la suerte ni el paradero de sus seres queridos.

En 2019, la CIDH publicó el informe sobre *Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica*. Este informe fue el resultado de la visita de trabajo efectuada por la CIDH entre el 14 y el 18 de octubre de 2018, en la que logró realizar 259 entrevistas y

[52] Gobierno de México, Lineamientos de operación del mecanismo de apoyo exterior mexicano de búsqueda e investigación, de 13 de septiembre de 2016, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/242697/Lineamientos_de_apoyo_exterior__publicados_.pdf*

obtener 152 testimonios de personas nicaragüenses solicitantes de la condición de refugiado y con necesidades de protección internacional. En este informe, la Comisión Interamericana documentó y visibilizó los múltiples abusos a los que fueron sometidas las personas opositoras al régimen impuesto por Daniel Ortega, y permitió desarrollar estándares mucho más amplios y novedosos sobre los derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y personas con necesidad de protección internacional. La CIDH también determinó que personas y grupos de población se desplazaron forzosamente a lo interno e internacionalmente como consecuencia de las diversas formas de persecución de las que habían sido víctimas por parte de agentes estatales y no estatales cercanos al Gobierno en Nicaragua.[53]

Un tema que la CIDH abordó en este informe fue el contenido y alcance de la figura de la protección complementaria. Esto fue posible porque en la elaboración del informe se verificó que "habría personas que podrían no encuadrar en la definición de persona refugiada, pero que no podrían ser devueltas a Nicaragua y que requerirían protección complementaria".[54] En consecuencia, la CIDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la figura de protección complementaria, estableciendo que esta se debe entender como una expresión del derecho a la no devolución, establecido en el artículo 22.8 de la CADH, un derecho que protege a las personas en riesgo de ser víctimas de tortura o de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes en caso de ser devueltas.[55]

Posteriormente, en línea con la recomendación hecha por la Comisión en su informe de 2019 —y haciendo reenvío a otros informes de la CIDH—, la Dirección General de Migración y Extranjería de Costa Rica adoptó la Resolución N° DJUR-0164-10-

[53] CIDH. Comunicado de Prensa No. 234/19, "CIDH presenta el Informe sobre Migración Forzada de Personas Nicaragüenses a Costa Rica", de 20 de septiembre de 2019; y CIDH. Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, OAS/Ser.L/V/II.Doc.150, de 8 de septiembre de 2019, párrs. 43 a 70.

[54] CIDH. Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, *cit*., párr. 183.

[55] *Ibid*., párr. 211.

2020-JM, mediante la cual se creó la categoría especial temporal de protección complementaria para personas venezolanas, nicaragüenses y cubanas a quienes se les hubiese negado su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiados. Al respecto, Allan Rodríguez, Subdirector de la Dirección General de Migración y Extranjería de Costa Rica, señaló:

> En 2020, Costa Rica, a pesar de encontrarse en un contexto de pandemia, decidió incursionar en la implementación de un primer piloto de la implementación de una medida de protección complementaria para nacionales de Cuba, Venezuela y Nicaragua que hubiesen recibido una denegatoria a su solicitud del refugio. Es así como utilizando la figura de una resolución administrativa emitida por la Dirección General de Migración, fundamenta dicho acto administrativo en una fuente de derecho válido y eficaz como lo son las recomendaciones y estándares vertidos por la CIDH, que no solamente constituyen un elemento orientador de las políticas migratorias de los Estados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino que además ofrecen esos estándares mínimos bajo los cuales deben implementarse las políticas nacionales.[56]

De acuerdo con cifras de la Dirección General de Migración y Extranjería, entre febrero de 2021 y el 31 de enero de 2022, se recibieron 3,613 solicitudes de protección complementaria y dicha protección fue otorgada a 3,195 personas, lo que representó una tasa de aprobación del 99.3%.

c) Comunicados de prensa

En los últimos años, los comunicados de prensa de la Comisión Interamericana han trascendido de su naturaleza informativa y han comenzado a impactar directamente en fallos emitidos por tribunales nacionales. Este fenómeno podría demostrar la importancia que las autoridades judiciales otorgan a las consideraciones de la CIDH a pesar de ser desarrolladas en comunicados de prensa que, por su naturaleza, suelen ser pronunciamientos más breves, pero también más inmediatos y oportunos.

Un ejemplo de la utilidad de los comunicados de prensa de la CIDH como mecanismo de monitoreo, pero también como

[56] Entrevista a Allan Rodríguez, Subdirector de la Dirección General de Migración y Extranjería de Costa Rica, de julio de 2022.

medio para reafirmar estándares y hacer recomendaciones, se evidenció con el comunicado de prensa emitido respecto de la situación de las personas venezolanas que intentaban ingresar a Ecuador a través del paso peatonal del Puente Internacional Rumichaca y a quienes se les impedía su ingreso en virtud de los acuerdos ministeriales emitidos por el Gobierno entre agosto de 2018 y febrero de 2019. Estos acuerdos establecían que las personas provenientes de Venezuela debían presentar documentos de identificación previo al ingreso al territorio ecuatoriano. La CIDH emitió un comunicado de prensa el 27 de febrero de 2019, tan sólo una semana después de tener conocimiento de la situación que se estaba presentando en la frontera entre Colombia y Ecuador. La CIDH criticó estas medidas al considerar que podrían impedir que las personas migrantes en situación de vulnerabilidad y con necesidades de protección pudieran recibir un trato adecuado, y expresó que este tipo de medidas habrían propiciado rechazos en frontera, expulsiones colectivas y migración irregular por zonas peligrosas.[57]

Por estas razones, la Comisión hizo un llamado al Estado de Ecuador para "garantizar los derechos de las personas venezolanas, en especial los derechos a buscar y recibir asilo, a la no devolución y a la igualdad y no discriminación, así como adoptar medidas en línea con su Resolución 2/18 sobre Migración forzada de personas venezolanas". Adicionalmente, la CIDH aprovechó la oportunidad para hacer un llamado a todos los Estados de la región para "cumplir con los acuerdos establecidos en el Plan de Acción de Quito y la Declaración de Quito sobre Movilidad Humana de ciudadanos venezolanos en la región", sobre todo, en cuanto a no restringir el ingreso al territorio por la falta de documentos y a la prohibición de la xenofobia.[58]

En respuesta a estos hechos, la Defensora del Pueblo de Ecuador y otros actores presentaron una acción pública de inconstitucionalidad en contra de cuatro acuerdos ministeriales emitidos

[57] CIDH. Comunicado de Prensa No. 047/19, "CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador", de 27 de febrero de 2019.

[58] *Idem*.

por el Gobierno entre agosto de 2018 y febrero de 2019.[59] Según los demandantes, los acuerdos ministeriales vulneraban el principio de igualdad y no discriminación, el principio de presunción de inocencia, el principio de reserva de la ley, el derecho a la seguridad jurídica, el principio del interés superior de la niña y el niño, la unidad familiar, el derecho a migrar, a la libre circulación, el derecho a solicitar asilo y el principio de no devolución, por cuanto prohibieron —y criminalizaron— la migración irregular de personas venezolanas. Esto, a criterio de los demandantes, violaba derechos consagrados en la Constitución de la República, la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.[60] Asimismo, estos acuerdos ministeriales fueron ampliamente criticados por los demandantes por su fundamento xenófobo, al limitarse a los casos de migración de personas venezolanas.[61]

La sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador, que resolvió la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los acuerdos ministeriales, fue emitida el 27 de marzo de 2019, es decir, un mes después del comunicado de prensa de la CIDH y, a efectos de resolver la solicitud:

> tom[ó] nota del reciente comunicado de prensa de 27 de febrero de 2019 de la Comisión Interamericana, a través del cual expresó su preocupación por las nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador, consistentes en la exigencia de documentos apostillados o legalizados, así como el establecimiento de controles policiales y migratorios en el Puente Internacional Rumichaca, en la frontera con Colombia. En consecuencia, la CIDH urgió al Estado ecuatoriano a garantizar los derechos de las personas venezolanas, en especial los derechos a buscar y recibir asilo, a la no devolución y a la igualdad y no discrimina-

59 Corte Constitucional de Ecuador. *Benavides Llerena y otros vs. Ecuador*. Sentencia N°. 0014-19-IN, Jueza ponente: Daniela Salazar Marín, Sala de Admisión de la Corte Constitucional.- Quito D.M.-, de 27 de marzo de 2019, párrs. 1 y 2, *https://www.refworld.org.es/pdfid/5ca3a96c4.pdf*

60 *Ibid*., párrs. 5 a 12.

61 *Ibid*., párr. 6.

ción, así como adoptar medidas en línea con su Resolución 2/18 sobre Migración forzada de personas venezolanas.[62]

Esta sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador demuestra cómo los estándares y las recomendaciones expresadas por la CIDH por medio de un comunicado de prensa pueden servir como argumentos centrales en la decisión de un alto tribunal nacional. Asimismo, da cuenta de la importancia que pueden tener los comunicados de la CIDH en la protección de los derechos de las personas en contextos de movilidad humana en la región cuando este organismo actúa de forma pronta, diligente y proactiva. Además, permite superar la idea tradicional de que los efectos prácticos del Sistema Interamericano dependen únicamente de las decisiones vinculantes de la Corte IDH, pues incluso un comunicado de prensa emitido en el momento oportuno puede tener un impacto mucho más concreto, eficaz y rápido que un caso individual resuelto por la CIDH o la Corte IDH.

d) Resoluciones

Las resoluciones son un mecanismo que la Comisión Interamericana ha implementado desde 2000, principalmente con la finalidad de abordar de manera más expedita temáticas o situaciones de derechos humanos, desarrollar estándares y formular recomendaciones a los Estados. En lo que concierne a la protección de los derechos humanos de personas en contextos de movilidad humana, la CIDH ha adoptado cuatro resoluciones: la Resolución s/n sobre el asilo y su relación en crímenes internacionales;[63] la Resolución 03/08 sobre derechos humanos de los migrantes;[64] la Resolución 04/19 sobre Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas,[65] y

62 *Ibid*., párr. 29.

63 CIDH. Resolución s/n, El asilo y su relación en crímenes internacionales, de 20 de octubre de 2000.

64 CIDH. Resolución 03/08, Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno, de 2008.

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

la Resolución 2/2021 sobre protección de las personas haitianas en movilidad humana[66].

La primera resolución, denominada "El asilo y su relación en crímenes internacionales", se dio en el contexto de la solicitud de asilo presentada en Panamá por Vladimiro Montesinos, exdirector del Servicio Nacional de Inteligencia del Perú (SIN) y ex asesor del expresidente Alberto Fujimori. En dicha resolución la CIDH aclaró que:

> [...] constituye una total desnaturalización de la institución del asilo el otorgar tal protección a personas que abandonen su país para eludir la determinación de su responsabilidad como autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales. La institución del asilo supone que la persona que pide protección es perseguida en su Estado de origen, y no que es apoyada por éste en su solicitud.

La resolución de la CIDH contribuyó a evitar que se concediera asilo a Montesinos en Panamá. En términos más amplios, permitió dar contenido y alcance a la "tradición latinoamericana del asilo", a la luz de las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos interamericanos en materia de investigación, sanción y juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos. Además, como explica Juan Carlos Murillo, en un contexto en el que la práctica estatal se basaba en el abuso de las convenciones regionales sobre asilo para promover la impunidad, el pronunciamiento de la CIDH contribuyó a reiterar el propósito y la naturaleza del asilo como una institución de protección.[67]

La Resolución No. 04/19, que adopta los "Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas", merece una mención especial. Estos Principios fueron elaborados con el objetivo de sistematizar las directrices y estándares sobre los derechos de las personas en situación de movilidad humana desarrollados por la CIDH y la Corte IDH, así como de

[66] CIDH. Resolución 2/2021, Protección de las personas haitianas en movilidad humana: Solidaridad interamericana, de 24 de octubre de 2021.

[67] Murillo González, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 344.

contribuir a la labor de los Estados a la hora de crear leyes y políticas públicas sobre la materia.[68] En ese sentido, los Principios representan una labor precursora de la CIDH en el desarrollo de garantías específicas y de un enfoque diferenciado frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mayoría de personas en contextos de movilidad humana.[69]

Por esta razón, los Principios Interamericanos representan un instrumento fundamental que provee lineamientos orientadores a los países de la región para el cumplimiento de los objetivos migratorios propuestos a nivel mundial a través de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 de las Naciones Unidas y del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018.[70] Al respecto, compartimos con Ian Kysel la afirmación según la cual los Principios Interamericanos representan "la articulación más completa de los derechos de todos los migrantes jamás adoptada por un organismo internacional".[71]

2.3.2. Mecanismos cuasi-jurisdiccionales

Entre los mecanismos cuasi-jurisdiccionales de la CIDH, destacamos el impacto de las soluciones amistosas y las medidas cautelares en la protección de los derechos de las personas en el contexto de la movilidad humana.

---

68 CIDH. Resolución 04/19, *cit*.

69 Por ejemplo, entre los desarrollos en materia de acceso a la justicia y protección judicial, se encuentran los principios sobre derecho a la justicia transfronteriza (comúnmente conocido como "justicia portable"), el derecho a la verdad y el derecho a la reparación integral para las personas en contextos de movilidad humana. *Ibid*., Principios 44 a 46.

70 Rioseco, Valentina *et al*., "Integration and Inclusion of Migrants in Latin America: The Contribution of the SDGs, GCM and 2019 Inter-American Principles and the Relevance of Indicators", en García, Soledad; Egil, Hans y Kania, Marta (eds.), *Why Latin America Matters*, Edimburgo, Centre for Contemporary Latin American Studies, 2021, pp. 295-308.

71 Kysel, Ian, *How International Law Can Protect Migrants*, Cornell University, Migrations, s/f (traducción propia).

a) Soluciones amistosas[72]

La solución amistosa es un mecanismo diseñado para el arreglo pacífico y consensuado de las controversias que se encuentran en conocimiento de la CIDH. Las partes —peticionarios y Estado— pueden acordar iniciar el proceso de negociación de una solución amistosa antes de que la CIDH emita su informe de fondo.[73] El caso de Juan Carlos de la Torre (Argentina) es un ejemplo de la utilidad de los acuerdos de solución amistosa para lograr derogar leyes nacionales que restringen los derechos humanos de las personas migrantes. En 1999, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) comenzó el litigio en contra de la Ley 12.439 —llamada Ley Videla— ante la CIDH, ley que había sido promulgada durante la dictadura militar encabezada por Videla y que se basaba en la doctrina de seguridad nacional e incluía categorías de personas migrantes como "ilegales".[74] Con el caso de Juan Carlos de la Torre, un migrante uruguayo que fue expulsado de Argentina después de vivir 24 años en el país, el CELS denunció ante el Sistema Interamericano la arbitrariedad y las deportaciones sumarias que permitía la Ley 12.439.

En el marco de la etapa de negociación entre las organizaciones peticionarias y el Estado, el 20 de enero de 2004, Argentina promulgó su nueva ley migratoria, la Ley 25.871. Esta nueva ley no sólo derogó la Ley Videla, sino que por primera vez en una ley de un país de América se reconoció el derecho a la migración (artículo 4).[75] Posteriormente, y sin que se hubiera llegado a un acuerdo en el caso de Juan Carlos de la Torre, en la agenda de discusión se encontraba la ratificación de la Convención Interna-

[72] Véase, CIDH. Impacto del procedimiento de solución amistosa, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13, de 18 de diciembre de 2013, párr. 61; CIDH. Guía práctica sobre el uso del mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos ante la CIDH, OEA/Ser.L/V/I.3, de 23 de junio de 2017, p. 8.

[73] Véase, art. 37.4 del Reglamento de la CIDH.

[74] Zayat, Demián, "Y para (algunos de) los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. El retroceso en la política migratoria", *Ab-Revista de Abogacía,* año I, nº 1, mayo de 2017.

[75] Ley 25871 de 17 de diciembre de 2003, *https://www.oas.org/dil/esp/ley_de_migraciones_argentina.pdf*

cional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, instrumento internacional que fue ratificado en junio de 2006 por el Estado de Argentina.

El proceso de solución amistosa también incidió en la implementación de un mecanismo de consultas con distintas organizaciones a efectos del dictado de la reglamentación de la nueva ley migratoria; la suspensión de las inspecciones migratorias y sus secuelas de retenciones, detenciones y expulsiones; la adopción del Decreto 836/04 que reglamentó la normalización documentaria para todas las personas del MERCOSUR, Chile, Bolivia y Perú; la adopción del Decreto 1169/04 que reglamentó la normalización de personas nacionales de otros Estados, y la inclusión de un capítulo dedicado a las personas migrantes y refugiadas en el Plan Nacional contra la Discriminación.[76]

El 4 de noviembre de 2009, los peticionarios y el Estado llegaron a un acuerdo. En el informe publicado por la CIDH, las partes "ratifica[ron] una vez más el alto valor y potencialidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, y particularmente de la institución de la solución amistosa, como legítimo mecanismo de alerta temprana y para la instrumentación efectiva de medidas tendientes al mejoramiento institucional del Estado".[77] Al 31 de diciembre de 2021, la CIDH reportaba que existía un 33% de avance en el cumplimiento del acuerdo de solución amistosa del caso Juan Carlos de la Torre.[78]

b) Medidas cautelares

Las medidas cautelares de la CIDH también han tenido impactos concretos respecto a la situación de personas o grupos en situaciones de riesgo de daños irreparables a sus derechos humanos como consecuencia de la acción u omisión por parte de autoridades estatales. En este sentido, son múltiples las medidas cautelares que han tenido efectos positivos, incluso con relación a países como Esta-

[76] *Ibid*., p. 3.

[77] *Ibid*., p. 4.

[78] CIDH. Informe Anual 2021. Estado de cumplimiento de los acuerdos de solución amistosa a 31 de diciembre de 2021, Caso 12.306, Informe No. 85/11, Juan Carlos de la Torre (Argentina), p. 220.

dos Unidos de América, que suele cuestionar la competencia de la CIDH. Por ejemplo, las medidas cautelares MC 5/11, relativas a la deportación de personas haitianas a Haití después del terremoto de 2010, contribuyeron a que la Agencia de Inmigración y Aduanas (ICE, por sus siglas en inglés) adoptara la denominada *April 1st Policy,* mediante la cual se estableció formalmente la política para reanudar las deportaciones y los correspondientes criterios para llevarlas a cabo. Si bien esta política no detuvo completamente las deportaciones en aquel momento, permitió establecer criterios y consideraciones humanitarias que podrían prevenir las deportaciones de individuos que encajasen dentro de los requisitos de dicha política. De esta manera, limitó la arbitrariedad con la que se realizaban las deportaciones hasta ese momento.

También cabe destacar la medida cautelar MC 297-16 - E.G.S. y A.E.S.G. (Estados Unidos),[79] relativa a una madre y su hija salvadoreña que huyeron de su país buscando asilo en Estados Unidos de América y al momento de solicitar las medidas cautelares se encontraban en detención migratoria en los Estados Unidos, a la espera de ser deportadas a pesar de los riesgos que enfrentaban para su vida e integridad en caso de volver a El Salvador. Mediante Resolución No. 30/16, la CIDH otorgó medidas cautelares para prevenir su deportación.[80] En ambos casos, la difusión del otorgamiento de las medidas cautelares por parte de la CIDH en medios de comunicación de amplia circulación fueron cruciales para ejercer presión sobre las autoridades estadounidenses.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: desarrollo y consolidación de estándares de protección de las personas en contextos de movilidad humana

El desarrollo y consolidación de los estándares de derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y apátridas por par-

[79] CIDH. MC 297-16, E.G.S. y A.E.S.G. (Estados Unidos), de 11 de mayo de 2016.

[80] Véase, Reuters, Salvadoran jailed in U.S. appeals deportation to international body, de 15 de marzo de 2016; The Guardian, Human rights body makes rare bid to halt Salvadorian woman's deportation, de 12 de mayo de 2016.

te de la Corte IDH se ha dado de forma progresiva y escalonada, a través de opiniones consultivas, sentencias en casos individuales, medidas provisionales y, recientemente, mediante una declaración.[81]

La Opinión Consultiva OC-16/99, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular de las personas extranjeras,[82] representó una de las primeras y más decididas acciones de la Corte IDH en el desarrollo de esta línea jurisprudencial. En esta opinión consultiva, la Corte estableció que el derecho a la información sobre la asistencia consular previsto en el artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares tiene una naturaleza individual y constituye un precepto necesario para la garantía del debido proceso de personas extranjeras.[83] Esta opinión consultiva abrió el camino para que la Corte IDH empezara a construir el marco de protección de los derechos de las personas migrantes en su jurisprudencia.

El proceso de desarrollo y consolidación de estándares continuó con la Opinión Consultiva OC-18/03, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.[84] Esta opinión se caracterizó por sentar una posición progresista y humana por parte de la Corte IDH, dado que reconoce explícitamente la

---

81 Al respecto, pocas semanas después de que la Organización Mundial de la Salud declarase la pandemia del COVID-19, la Corte IDH adoptó una declaración en la que resaltaba la necesidad de que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales fuesen garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos de personas afectadas de forma desproporcionada dada su situación de mayor vulnerabilidad, entre las que destacó a las personas migrantes, refugiadas y apátridas. Véase, Corte IDH. Declaración No. 1/20, Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, de 9 de abril de 2020, p. 2.

82 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.

83 *Ibid*., párr. 124.

84 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.

obligación de los Estados de garantizar todos los derechos reconocidos en la CADH y demás instrumentos internacionales a todas las personas, sin distinción en razón de su situación migratoria. Incluso, la Corte IDH fue más allá y determinó que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens.* Adicionalmente, la Corte se refirió por primera vez a la situación de especial vulnerabilidad de los trabajadores migrantes en la región, y exhortó a los Estados a velar por los derechos humanos laborales de toda persona, independientemente de su situación migratoria.[85]

Con estos fundamentos, en 2005, la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre el deber del Estado de prevenir, evitar y reducir la apatridia en la sentencia del caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*.[86] Si bien la problemática central que planteaba el caso todavía persiste en República Dominicana, el hecho de que el Estado dominicano haya reconocido la nacionalidad de las dos niñas en el marco del proceso ante la CIDH evidencia el impacto que tan solo el trámite interamericano puede generar frente a violaciones a los derechos humanos de las víctimas individuales.[87]

Posteriormente, entre 2010 y 2014, la Corte Interamericana experimentó una etapa de progreso para los derechos de las personas migrantes, refugiadas y apátridas, ya que en ese corto periodo de tiempo emitió cuatro sentencias icónicas sobre movilidad humana. La primera, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, en la que se refirió a la detención por razones migratorias de un ciudadano ecuatoriano que había ingresado a Panamá de forma irregular. En esta sentencia la Corte IDH estableció la prohibición de la detención migratoria como mecanismo punitivo para responder a la migración irregular, afirmando que "serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares".[88]

---

85 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. 107 a 111 y 131 a 134.

86 *Ibid.,* párr.142.

87 Corte IDH. Caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 25 y 144.

88 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párrs. 166 y 171.

La sentencia del caso *Vélez Loor* es paradigmática con relación a la protección al derecho a la libertad personal de las personas migrantes a nivel internacional. Incluso, años después de la decisión, el proceso de seguimiento de esta sentencia ha dado lugar a la adopción de medidas provisionales por parte de la Corte IDH a favor de las personas migrantes detenidas en estaciones migratorias de Panamá al inicio de la pandemia del COVID-19. En 2020, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) solicitó a la Corte Interamericana emitir medidas provisionales para ampliar la protección de las personas migrantes privadas de la libertad en el contexto de la pandemia del COVID-19. Para fundamentar la solicitud, el CEJIL argumentó que los hechos guardaban estrecha relación con la garantía de no repetición ordenada en la sentencia del caso *Vélez Loor* (párrafo 272), por la que el Estado panameño debía adoptar medidas para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas migrantes cuya detención sea necesaria y proporcional. Tres elementos sobresalieron a lo largo de las decisiones que se dieron en el marco de las medidas provisionales:[89] la utilización de las medidas de reparación de carácter estructural para proteger a más personas, más allá de la víctima del caso; la adopción de medidas de protección diferenciadas para la atención de las personas migrantes detenidas, y la utilidad de las medidas provisionales para promover cambios en un tiempo corto y en contextos excepcionales como una pandemia.

Por otro lado, en 2012, en la sentencia del caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, la Corte IDH estableció que el uso de la fuerza en contra de las personas migrantes no puede considerarse legítimo, ya que la situación irregular *per se* no habilita el uso de la fuerza, menos aún si se trata de fuerza letal.[90] Posteriormente, en 2013, la Corte IDH emitió la sentencia *Fa-*

[89] El proceso de medidas provisionales contó con cuatro resoluciones: una de adopción de medidas urgentes, una de resolución de adopción de medidas provisionales, una resolución de seguimiento y una resolución de levantamiento de las medidas provisionales. Las medidas ordenadas por la Corte IDH estuvieron vigentes casi dos años.

[90] Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrs. 82 a 91.

milia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, que constituye el primer caso decidido por la Corte sobre el derecho a buscar y recibir asilo en el Sistema Interamericano. En este caso, destacan la interpretación de la Corte IDH sobre el derecho a la unidad familiar, el derecho a la no devolución y la prohibición de devolución indirecta o devolución en cadena.[91] Finalmente, en 2014, el caso de las *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* desarrolló la prohibición de expulsiones colectivas y el deber de efectuar análisis individualizados de la situación de cada persona migrante a fin de determinar las necesidades de protección que requieren.[92]

Tras haber emitido sentencias hito sobre personas migrantes, refugiadas y apátridas, la Corte IDH tuvo la oportunidad de continuar con el desarrollo jurisprudencial en la materia a través de la Opinión Consultiva OC-21/14, sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y con necesidades de protección internacional.[93] Esta opinión consultiva fue icónica porque, además de ser solicitada conjuntamente por los Estados del MERCOSUR, consagró tres ejes centrales: el derecho de la niñez migrante, sola o acompañada, a buscar y solicitar asilo; el deber de los Estados de diseñar, adoptar e implementar políticas migratorias desde una perspectiva que contemple el interés superior de la niñez, y el deber de adoptar una ruta de atención prioritaria para atender de forma oportuna y urgente a los niños, niñas y adolescentes migrantes más vulnerables y satisfacer sus necesidades de protección.[94] El impacto de los estándares establecidos en la Opinión Consultiva OC-21/14 se ha evidenciado en múltiples procesos normativos y en la jurisprudencia de cortes nacionales de varios Estados de la región. Así por ejemplo, en 2021, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la Sentencia No. 2120-19-JP/21, sobre tres hermanos

91 Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párrs. 151 a 155 y 216 a 229.

92 Corte IDH. *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párrs. 381 a 383 y 438.

93 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*.

94 *Ibid*., párrs. 68, 83 y 253.

venezolanos —dos de ellos menores de 18 años— que emprendieron su ruta migratoria rumbo a Ecuador con el propósito de reencontrarse con su madre en Quito, y a quienes se les impidió el ingreso al territorio ecuatoriano por su situación irregular debido a la falta de documentos. En su sentencia, la Corte Constitucional se refirió, entre otros, al derecho a migrar del que son titulares los niños, niñas y adolescentes; determinó su contenido y alcance, y acudió a los parámetros de la Opinión Consultiva OC-21/14 para reconocer el derecho de la niñez a migrar, incluso si se trata de niñas y niños separados o no acompañados.[95]

En 2018, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva OC-25/18, que profundiza el contenido y alcance del derecho humano al asilo.[96]

4. Conclusiones

Desde su creación, los órganos del Sistema Interamericano han desempeñado un rol fundamental en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas, apátridas, desplazadas internas y las víctimas de la trata de personas. La CIDH ha asumido este rol a través de sus diferentes mecanismos (de monitoreo y cuasi-jurisdiccionales), y la Corte IDH mediante su competencia contenciosa y consultiva, así como su facultad de ordenar medidas provisionales.

El trabajo realizado por ambos órganos interamericanos en materia migratoria no se ha dado en el vacío. El contexto predominante en el cual ha tenido lugar el trabajo de la Comisión y la Corte Interamericanas en materia de movilidad humana ha sido uno altamente controversial, más aún en tiempos recientes, con

---

95 Corte Constitucional del Ecuador. Revisión de garantías (JP), *Caso de los niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad humana, solos, no acompañados o separados*, Sentencia No. 2120-19-JP/21 de 2021, de 22 de septiembre de 2021, párrs. 25 y ss. y 37 a 42, *https://www.defensoria.gob.ec/wp-content/uploads/2021/09/oficio_corte_constitucional_07336-0725-e.pdf*

96 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18, *cit*., párrs. 120, 121 y 132.

el auge del nacionalismo y el populismo. En la región, las luchas por los derechos de las personas migrantes, refugiadas, apátridas y, en general, extranjeras se han dado en lo que Stephen Meili ha denominado "entornos hostiles".[97] Al ser confrontados por el tratamiento a personas migrantes y refugiadas, la defensa clásica de muchos Estados de la región ha sido que su soberanía implica una discrecionalidad absoluta respecto a qué personas pueden ingresar, permanecer, salir o ser expulsadas de su territorio, y esto ha conllevado a innumerables violaciones a los derechos humanos de las personas en contextos de movilidad humana, al incumplimiento de las respectivas obligaciones del Estado, así como a una amplia situación de impunidad. De esta manera, el desarrollo de estándares de protección de las personas en contextos de movilidad humana por la CIDH y la Corte IDH ha permitido crear todo un marco de salvaguardas sustantivas y procesales en temáticas en las que antes primaba la soberanía estatal absoluta, la discrecionalidad y la arbitrariedad.

Entre los derechos de naturaleza sustantiva y procesal que han sido permeados por los estándares interamericanos, cabe destacar la garantía de debido proceso frente a procedimientos administrativos; la no discriminación por irregularidad migratoria; las restricciones frente a la detención migratoria y la no criminalización; el derecho al asilo y la no detención de niños, niñas y adolescentes y sus familias. Todos estos estándares, al reconocer la situación de vulnerabilidad y las circunstancias en las que se encuentran la mayoría de personas en contexto de movilidad humana, han permitido la incorporación de adecuaciones procesales, la incidencia en políticas públicas y legislación in-

[97] Stephen Meili ha denominado como "entornos hostiles" a aquellos que se caracterizan por la falta de poder político, xenofobia; el aumento de la retórica que vincula la migración con amenazas a la seguridad nacional, leyes y políticas nacionales más estrictas en materia de refugiados; pocos derechos constitucionales reservados exclusivamente a los solicitantes de asilo; organismos administrativos y/o fondos insuficientes encargados de hacer cumplir la legislación en materia de refugiados; jueces que ignoran el derecho de los refugiados o interpretan los derechos de los refugiados de manera restrictiva. Véase, Meili, Stephen, *The Constitutionalization of Human Rights Law: Implications for Refugees*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. 188 y 189.

terna, la protección y garantía de derechos en casos específicos y, bajo ciertas circunstancias, la extensión de derechos a nivel constitucional y legal. El actual escenario regional, con procesos reformistas constitucionales, donde los tratados empiezan a ser jerarquizados e integrados constitucionalmente —en mayor o menor medida dependiendo del país—, permite posicionar temas que previamente no estaban incorporados a nivel constitucional ni legal, como los relativos a personas migrantes, refugiadas y apátridas.

En otros casos, el trabajo del Sistema Interamericano ha tenido un impacto indirecto en procesos de fortalecimiento de los derechos humanos de las personas en movilidad humana, brindando argumentos al trabajo que venían realizando otra multiplicidad de actores, a nivel nacional, regional e internacional. Incluso en entornos hostiles, las herramientas del Sistema Interamericano han posibilitado avances y un grado importante de incidencia frente a situaciones más generales, a través de la revisión de políticas migratorias; el impulso de procesos de reforma y la visibilización de graves problemáticas, que terminan por guiar líneas de acción que adoptan las instituciones a nivel interno.

La política de regularización de la población migrante venezolana en Colombia a la luz de los estándares interamericanos

*Ivonne Garza Garza**
*Silvia Serrano Guzmán***

1. Introducción

Colombia, país vecino de Venezuela que a partir de la creciente migración venezolana en la región y su posición geográfica se ha visto llamado a atender las necesidades de la población que llega a su territorio, ha dejado de ser un Estado de origen para posicionarse como el primer país receptor de migrantes en América Latina.[1] La transformación en la forma de relacionarse frente a

* Abogada mexicana egresada de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Cuenta con una Maestría en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown, una Maestría en Acción Humanitaria y Asuntos Internacionales de la Universidad de Sciences Po y una Maestría en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Actualmente se desempeña como Asociada en el Instituto O'Neill para el Derecho de Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown. Previamente trabajó como Especialista en Derechos Humanos de la Relatoría sobre Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y como consultora de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

** Abogada colombiana. Máster en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad

los ciclos migratorios y una realidad social sin precedentes en la región, ha cambiado al país de manera significativa en esta materia desde 2017, año en el que el flujo migratorio desde Venezuela creció exponencialmente[2] y se empezaron a adoptar políticas para la regularización de personas migrantes venezolanas en Colombia.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha sido ajeno a la necesidad de concretar las obligaciones internacionales de los Estados frente a los derechos de las personas migrantes en la región, y con especial énfasis en los últimos años, los de las personas venezolanas. Por ello, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dentro de sus respectivas facultades y mandatos, se han pronunciado sobre el alcance de dichas obligaciones y han adoptado una serie de parámetros y criterios para viabilizar su cumplimiento. Este grupo de pronunciamientos constituyen una base robusta para la generación de soluciones que integren una perspectiva de derechos humanos, que sean efectivas para enfrentar los desafíos reales de la migración actual

de Alicante. Actualmente se desempeña como Directora Asociada en el Instituto O'Neill para el Derecho de Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown, donde también es Profesora Adjunta. Previamente, se desempeñó por 14 años como especialista en derechos humanos de la CIDH, donde tuvo diversos cargos, particularmente como Coordinadora de la Relatoría de los Derechos de la Niñez y Coordinadora de la Sección de Casos a cargo de la gestión de los asuntos en etapa de fondo y del litigio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1 Según el informe más reciente del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Colombia ocupa el segundo lugar a nivel mundial y el primero en la región latinoamericana en recepción de personas migrantes, con un aproximado de 1.7 millones de personas en el país. El primer lugar lo ocupa Turquía, país que acoge a un aproximado de 3.7 millones de personas en su territorio. Véase, ACNUR, Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2020, de julio 2021, p. 2.

2 Según cifras de Migración Colombia, en 2016 un total de 56,747 personas venezolanas se encontraban en Colombia. Para 2017, la cifra se incrementó a un total de 403,702 personas venezolanas en el país, representando un incremento total de 651% respecto del año anterior. Véase, República de Colombia, Migración Colombia, Distribución de Venezolanos en Colombia 2021, de 31 de agosto de 2021.

y, ante todo, que forjen los cimientos para una migración ordenada, segura y duradera. Así, el Sistema Interamericano ha entendido que la regularización es uno de los elementos esenciales para hacer posible, en la práctica, el ejercicio de los derechos por parte de todas las personas migrantes.

El objetivo del presente texto es evaluar el desarrollo y evolución de la política migratoria para la regularización de personas migrantes en Colombia. Para ello, recapitularemos en un primer apartado los estándares interamericanos en materia de regularización de personas migrantes. Posteriormente, presentaremos el contexto que llevó a que Colombia sea hoy uno de los principales países receptores de personas migrantes. En esa sección analizaremos las políticas migratorias de regularización que han sido adoptadas por el Estado de Colombia para generar soluciones duraderas a la llegada de personas venezolanas al país. Finalmente, identificaremos los puntos de preocupación que persisten y en los cuales la política migratoria en Colombia puede mejorar en los próximos años a la luz de los estándares interamericanos.

2. Estándares interamericanos relevantes sobre regularización de personas migrantes

La Corte IDH ha reconocido que, al mismo tiempo que "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",[3] las políticas migratorias que adopten deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).[4] Específicamente, ha indicado que los migrantes indocumentados o en situación irregular constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad "y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus

[3] 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.

[4] *Idem*.

derechos y 'diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes]'".[5] Igualmente, ha señalado que "los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad".[6]

La CIDH y la Corte IDH han conocido una diversidad de casos y han adoptado una serie de pronunciamientos sobre los derechos humanos de las personas en situación de movilidad a la luz del marco jurídico interamericano, tanto de fuentes convencionales como de otros instrumentos de derecho blando que sirven de parámetro de interpretación de las obligaciones internacionales de los Estados en la materia. Sin embargo, en esta sección destacaremos los principales desarrollos y recomendaciones de ambos órganos que resultan relevantes para las temáticas abordadas en el artículo y que informan la valoración y mirada crítica a las políticas de regularización adoptadas por Colombia respecto de la migración venezolana.

Específicamente, nos concentraremos en la relevancia de los procesos de regularización; la no renuncia a la protección internacional; la asistencia humanitaria y el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA); la prohibición de la estigmatización y la xenofobia, y las medidas frente a los riesgos de apatridia.

2.1. La relevancia de los procesos de regularización

La CIDH ha destacado la importancia de los programas de regularización para enfrentar crisis migratorias, en particular con referencia a la migración venezolana. En palabras de la CIDH:

> Ante la falta de canales legales, regulares y seguros para migrar, muchas personas no han tenido otra opción que recurrir a canales

[5] *Ibid*., párr. 98.

[6] *Idem*.

> clandestinos que provee la migración irregular, a través de riesgosas rutas terrestres y marítimas. En muchas ocasiones, estas personas desconocen sus derechos o condición como personas sujetas de protección internacional. Adicionalmente, muchas de estas personas se encuentran en situaciones de especial [...] vulnerabilidad, las cuales requieren ser abordadas desde un enfoque diferenciado y la adopción de medidas de protección especial.
>
> La CIDH reconoce la importancia de las medidas que han adoptado varios Estados de la región para abordar la situación, entre las que destacan la regularización de la situación migratoria a través de distintas visas y permisos de permanencia temporal, el reconocimiento como refugiadas en los términos de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y la protección a disidentes políticos en algunas embajadas en Caracas.[7]

Pero más allá de reconocer los programas de regularización, la CIDH ha diagnosticado algunas de las principales barreras para que dichos programas cumplan con la finalidad que persiguen. Dentro de dichas barreras o "vacíos de protección", se encuentran prácticas como los "rechazos en frontera, expulsiones o deportaciones colectivas, la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios, pagar los costos de las solicitudes de visas y el acceso igualitario a derechos en los países de destino".[8]

De esta manera, resulta claro que, además de cumplir con los estándares de debido proceso para todo proceso migratorio, delineados por la CIDH en los *Principios Interamericanos sobre Protección de Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas,*[9] los programas de regularización deben ser diseñados e implementados de forma tal que faciliten el acceso a los mismos por parte de quienes lo necesitan, incluyendo la

---

7 CIDH. Resolución 2/18. Migración Forzada de Personas Venezolanas, de 2 de marzo de 2018, p. 2.

8 *Idem*.

9 CIDH. Resolución 4/19, Principios Interamericanos sobre protección de personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, de 7 de diciembre de 2019, Principios 50 y 51.

consideración de la dificultad de los potenciales beneficiarios en la obtención de los documentos que se exigen.

Los Principios Interamericanos 58 y 59 resultan de especial relevancia. Específicamente, el Principio 58 sobre "Garantías en procesos de regularización migratoria" señala que:

> Los Estados deben tomar medidas apropiadas cuando haya migrantes en su territorio que se encuentren en situación irregular, para garantizar que tal circunstancia no persista. Los Estados deben considerar la posibilidad de regularizar la situación de tales personas, tomando en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en el país y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con los intereses superiores de la niñez, su situación familiar, lazos locales y razones humanitarias, incluida, entre otros factores y caso por caso, la garantía de que los procesos sean accesibles, asequibles, no discriminatorios, eficaces y no arbitrarios.[10]

En línea con lo indicado anteriormente, en el Principio 69 la CIDH hace un llamado explícito a la "flexibilización de la documentación", la cual debe operar cuando "el requisito de formalidad respecto de un documento emitido en el extranjero pueda razonablemente comprometer el ejercicio de un derecho humano del migrante".[11]

En efecto, frente a la situación de la migración venezolana, la CIDH ha recomendado a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA):

> Expandir canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la progresiva expansión de la liberalización de visas, así como regímenes de facilitación de visas de fácil acceso y/o medidas, tales como protección complementaria, protección temporal, visas humanitarias, visas para visitantes, reunificación familiar, visas de trabajo, residencia, y visas estudiantiles y para personas jubiladas, así como programas de patrocinio privado. Estos canales deben ser accesibles en términos económicos y jurídicos, lo cual incluye asegurar que sean accesibles también para personas

[10] *Ibid*., Principio 58.

[11] *Ibid*., Principio 69.

venezolanas que por razones ajenas a su voluntad no cuenten con la documentación usualmente requerida para estos trámites.[12]

Este tipo de recomendaciones han sido formuladas por la CIDH también en otros contextos de movilidad. Así, por ejemplo, frente a la situación de personas haitianas, la CIDH ha recomendado "la implementación de medidas como la flexibilización de visas, requisitos migratorios y documentación necesaria exigida para su trámite"[13] y la implementación de "mecanismos de cooperación que tomen en cuenta las dificultades y obstáculos para la obtención de documentos, certificados y declaraciones en el país de origen, y en consecuencia, atiendan la situación de personas que no hubieren podido acceder a ninguna documentación civil previa".[14] Esto se encuentra relacionado tanto con las posibilidades de acceder a mecanismos de regularización, como con los riesgos de apatridia, cuestión que comentaremos más adelante.

2.2. La no renuncia a la protección internacional

La CIDH ha reconocido la importante tradición histórica del continente americano en la garantía del derecho humano a solicitar y recibir asilo, así como el compromiso que la región ha mostrado siempre respecto de personas que requieren protección internacional. La CIDH recordó que esta tradición alcanzó carácter normativo desde finales del siglo XIX y que continuó desarrollándose a nivel internacional a través de tratados fundamentales como la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana de 1969. La Comisión Interamericana ha recordado que "el derecho a solicitar y recibir asilo ha evolucionado en las Américas a partir de la adopción de la Declaración de Cartagena

12 CIDH. Resolución 2/18, *cit*., punto resolutivo 6.

13 CIDH. Resolución 2/2021. Protección de las Personas Haitianas en Movilidad Humana: Solidaridad Interamericana, de 24 de octubre de 2021, punto resolutivo 22.

14 *Ibid*., punto resolutivo 26.

sobre Refugiados de 1984, misma que amplió la definición de refugiado al reconocer como personas refugiadas a quienes han huido de sus países debido a 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".[15] Con base en ello, la CIDH ha recordado "el compromiso y la solidaridad histórica del Estado y el pueblo venezolano, habiendo sido uno de los países más hospitalarios al brindar protección y acogida a cientos de miles de personas refugiadas y migrantes de múltiples países del continente americano y de otros continentes".[16]

Por su parte, la Corte IDH ha recapitulado los siguientes deberes de los Estados derivados de los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana:

> i) obligación de no devolver (*non-refoulement*) y su aplicación extraterritorial; ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera; iii) obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.[17]

15 CIDH. Resolución 2/18, *cit*., p. 3.

16 *Idem*.

17 Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 99.

Lo anterior ha sido referido por la CIDH con el objetivo de recordar a los Estados su obligación de brindar a las personas venezolanas la protección internacional que requieran. En palabras de la CIDH:

> [...] la grave y compleja crisis de la migración forzada de personas venezolanas a otros países tiene un alcance transfronterizo y, como tal, requiere de una respuesta regional e internacional basada en la responsabilidad compartida y el respeto y garantía de los derechos humanos de estas personas. En ese entendido, los Estados Miembros de la OEA y la comunidad internacional deben continuar y fortalecer la asistencia humanitaria para las personas que permanecen en Venezuela, a la vez que deben garantizar que las personas venezolanas que se han visto forzadas a migrar a otros países obtengan la protección que requieren.[18]

De hecho, frente a la situación de la migración venezolana, la CIDH ha recomendado a los Estados de la región garantizar el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas venezolanas que requieran de dicha protección,[19] de lo que se desprende que los programas de regularización migratoria no deberían exigir la renuncia u otro tipo de impedimentos a solicitudes vinculadas con protección internacional. Esto también resulta consistente con los derechos establecidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, y con los Principios Interamericanos 55, 56 y 57 que establecen, respectivamente, la "protección del asilo y refugio", el "acceso a procesos de asilo y al territorio" y la "identificación de personas con necesidad de protección internacional".[20]

2.3. La asistencia humanitaria y el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Tal como ha sido interpretado por la Corte IDH, el derecho a la igualdad y no discriminación, protegido por los artículos 1.1 y 24

[18] CIDH. Resolución 2/18, *cit*., p. 3.

[19] *Ibid*., punto resolutivo 1.

[20] CIDH. Resolución 4/19, *cit*., Principios 55, 56 y 57.

de la Convención Americana, incluye el estatus migratorio como categoría protegida de discriminación.[21] Por su parte, los contenidos de los derechos sociales protegidos por el artículo 26 de la CADH incluyen como una obligación inmediata la del acceso a prestaciones vinculadas con dichos derechos sin discriminación.[22]

La CIDH ha señalado que aun para las personas que acceden a programas de regularización, existen obstáculos en el acceso a asistencia humanitaria, particularmente acceso a vivienda, salud, alimentación, educación y otros servicios básicos.[23] En efecto, en sus Principios Interamericanos la CIDH incluyó parámetros detallados sobre el acceso a los DESCA en estos contextos y las acciones que deberían adoptar los Estados para facilitar dicho acceso. Algunos de los Principios relevantes son 35 (derecho a la salud), 36 (derecho al trabajo), 37 (derecho a la educación), 38 (vivienda) y 39 (derecho a la cultura).[24] Estos principios se complementan con el Principio 62 relativo a la "asistencia humanitaria", independientemente de la condición migratoria de la persona y con el fin de asegurar su dignidad. Dicha asistencia humanitaria incluye, entre otros, la satisfacción básica de ciertos derechos sociales.[25]

En similar sentido, recientemente la CIDH formuló una recomendación respecto de la situación de las personas haitianas en contexto de movilidad: "Los Estados deben tomar medidas positivas para garantizar en igualdad de condiciones con las demás personas, la accesibilidad, disponibilidad, y calidad de los bienes y servicios esenciales para garantizar la inclusión social y la protección integral de los derechos humanos de las personas haitianas y sus familiares en contexto de movilidad".[26]

---

21 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. 106.

22 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 104.

23 CIDH. Resolución 2/18, *cit*., p. 2.

24 CIDH. Resolución 4/19, *cit*., Principios 35, 36, 37, 38 y 39.

25 *Ibid*., Principio 62.

26 CIDH. Resolución 2/2021, *cit*., punto resolutivo 3.

2.4. La prohibición de la estigmatización y la xenofobia

La CIDH ha expresado preocupación por "graves prácticas xenófobas y discriminatorias en contra de personas venezolanas en países de tránsito y destino, entre las que destacan insultos, abusos de autoridades y particulares, extorsión, así como discursos que estigmatizan y criminalizan las personas venezolanas al culparlas de aumentar los índices de violencia en sus países y quitar empleos a los nacionales".[27] Con base en ello, y de conformidad con los Principios Interamericanos 13 y 63 que establecen el "derecho a la prevención y protección contra la estigmatización, el racismo, la xenofobia y formas conexas de intolerancia" y las "garantías de inclusión social"[28] la Comisión recomendó:

> No criminalizar la migración de personas venezolanas, para lo cual deben abstenerse de adoptar medidas tales como el cierre de fronteras, la penalización por ingreso o presencia irregular, la necesidad de presentar un pasaporte para obtener ayuda y protección internacional, la detención migratoria; y discursos de odio. Asimismo, deben abstenerse de criminalizar o sancionar a personas que brindan ayuda y asistencia humanitaria a personas venezolanas. A efectos de prevenir la discriminación y la xenofobia contra las personas venezolanas, los Estados deben implementar medidas positivas como campañas educativas y de sensibilización dirigidas a promover sociedades multiculturales y a luchar en contra de la discriminación y la xenofobia.[29]

En similar sentido la CIDH recomendó, respecto de la situación de personas haitianas en movilidad, que los Estados deben redoblar "sus esfuerzos para la prevención de la xenofobia, la discriminación, y formas conexas de intolerancia basadas en el origen étnico-racial, género, orientación sexual, discapacidad, lengua o idioma, situación socioeconómica, así como en la situación de movilidad humana".[30] En dicha ocasión, la CIDH destacó que

[27] CIDH. Resolución 2/18, *cit*., p. 2.

[28] CIDH. Resolución 4/19, *cit*., Principios 13 y 63.

[29] CIDH. Resolución 2/18, *cit*., punto resolutivo 11.

[30] CIDH. Resolución 2/2021, *cit*., punto resolutivo 37.

los Estados deben "abstenerse y evitar cualquier acción que promueva, directa o indirectamente, la discriminación, o que sean permisivos a las violencias contra las personas en contexto de movilidad humana, tales como discursos que alienten al odio, o divulgación de imágenes o narrativas estereotipadas [...]".[31]

2.5. Las medidas frente a los riesgos de apatridia

La Comisión Interamericana ha llamado la atención sobre el riesgo de apatridia que enfrentan las hijas e hijos de personas venezolanas que han ingresado de forma irregular al territorio de otros países. Específicamente, y en línea con el Principio Interamericano 27 sobre "erradicación de la apatridia",[32] la CIDH ha formulado las siguientes recomendaciones a los Estados de la región ante la situación venezolana y haitiana:

> Garantizar el acceso al derecho a la nacionalidad a personas apátridas, así como para hijas e hijos de personas venezolanas nacidos en el extranjero que estén en riesgo de ser apátridas en los términos del artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. Para lo anterior resulta fundamental garantizar y facilitar el registro de todos los nacimientos de manera oportuna o tardía, y asegurar el acceso a la nacionalidad. Asimismo, se debe garantizar la existencia de procedimientos para la determinación de la condición de apatridia y garantizar el otorgamiento de la documentación que pruebe la nacionalidad.[33]
>
> [...]
>
> En relación con la prevención de los riesgos de apatridia, los Estados deben registrar inmediatamente todos los nacimientos ocurridos en sus territorios y expedir documentación que acredite la identidad del niño o niña, con independencia de la condición migratoria de la

31 *Ibid*., punto resolutivo 38.

32 CIDH. Resolución 4/19, *cit*., Principio 27.

33 CIDH. Resolución 2/18, *cit*., punto resolutivo 9.

madre y/o padre haitiano en ese país. Los Estados deben tener en consideración que, cuando el niño o niña naciera en el territorio y, de otro modo, fuere apátrida, tiene derecho a obtener automáticamente la nacionalidad del Estado en que nació.[34]

3. Colombia como un país receptor de personas migrantes: el desarrollo de políticas migratorias de regularización en el país

La reciente migración venezolana hacia Colombia tuvo sus inicios desde 2014, año en que un total de 23,573 personas llegaron al país provenientes de Venezuela. Según cifras oficiales, para el 31 de agosto de 2021, un total de 1,841,390 personas venezolanas se encontraban en Colombia.[35] Ello muestra un incremento del 7,711% en un periodo de 7 años. De dicho total, 344,688 personas (18.71%) de la población migrante venezolana en Colombia se encontraba en situación regular en el país.[36] Por otro lado, un total de 315,643 personas (17.41%) aún permanecían en situación de irregularidad.[37] Una gran mayoría de 1,182,059 de personas (64.19%) se encontraba aún en la etapa de procesamiento del Estatuto Temporal de Protección.[38] Estas cifras muestran la importancia de revisar la política migratoria de regularización de Colombia a la luz de sus obligaciones internacionales y de los estándares que se derivan de las mismas, pues una mayoría significativa de 81.60% de la población migrante venezolana aún carece de solución frente a su situación y ello tiene incidencia directa en el ejercicio de sus derechos humanos.

A lo anterior debe agregarse que, con base en el marco jurídico colombiano y las decisiones de la Corte Constitucional

34 CIDH. Resolución 2/2021, *cit*., punto resolutivo 27.

35 República de Colombia, Migración Colombia, Distribución de Venezolanos en Colombia 2021, *cit*.

36 *Idem*.

37 *Idem*.

38 *Idem*.

de Colombia, las personas migrantes en situación irregular son sujetos de especial protección constitucional por el Estado colombiano.[39] Por ello, además de sus obligaciones internacionales, también conforme al derecho interno, el Estado debe velar por la garantía de un trato igualitario, digno y libre de discriminación a todas las personas migrantes en Colombia, sin importar la situación migratoria en que se encuentren.[40]

A continuación, haremos un breve recorrido cronológico de las políticas migratorias de regularización que han sido adoptadas en Colombia, las cuales categorizaremos en tres etapas: Permiso Especial de Permanencia (en adelante, PEP) y sus ampliaciones; Renovación del Permiso Especial de Permanencia y Permisos complementarios; y Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos.

3.1. Permiso Especial de Permanencia y sus ampliaciones

Como ha sido mencionado, la migración de personas venezolanas hacia Colombia tuvo sus inicios en 2014. Durante ese periodo y los años anteriores, la población migrante que llegó al país se caracterizaba por tener un perfil socioeconómico alto que le permitía acceder a los mecanismos de migración regular previstos por el marco legal vigente en ese momento, así como a los costos para cubrir las diligencias relativas a documentos y procesos para la obtención de categorías migratorias.

Sin embargo, para el año 2015, las características de la población migrante que empezó a llegar a Colombia cambiaron de

[39] Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-956 de 2013, T-295, T-210, T- 500 de 2018 y T-452 de 2019. Véase también, Corte Constitucional de Colombia. Cuadernillo de Jurisprudencia. Derechos de las personas en situación de migración irregular, p. 18, *https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/migracion%202020%20v3%2024%20de%20agosto.pdf*

[40] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-677 de 2017. Véase también, Corte Constitucional de Colombia, Cuadernillo de Jurisprudencia, Derechos de las personas en situación de migración irregular, *op. cit*., p. 18.

manera significativa,[41] principalmente debido a la crisis humanitaria que se generó por la profundización de la compleja situación política, económica, social y de derechos humanos que se vive en Venezuela. En su mayoría, la entrada al territorio colombiano era posible con un permiso de turismo que habilitaba a la persona a acceder al país por hasta 180 días.[42] Tras el cierre de frontera dictado ese mismo año por parte del gobierno venezolano,[43] así como la orden de expulsión de personas colombianas que se encontraban de manera irregular en Venezuela,[44] este elemento contextual resultó en la deportación masiva de personas colombianas hacia su país de origen y la desintegración de familias binacionales. Para ese momento, era común que las personas migrantes venezolanas ingresaran a Colombia con el permiso de turismo y posteriormente se quedaran un tiempo superior a los 180 días inicialmente autorizados, pasando así a situación de irregularidad migratoria. A su vez, este acontecimiento generó la adopción del Decreto 1814 de 2015[45] por parte del gobierno colombiano, con el objetivo de facilitar la nacionalidad a personas venezolanas que eran parte de esas familias binacionales que se vieron afectadas por las deportaciones, para así garantizar la reunificación de dichos núcleos familiares. Si bien dicha medida no constituía propiamente una forma de regularización migratoria sino de naturalización, sentó un primer precedente importante

41 Banco Mundial. Migración desde Venezuela a Colombia: impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo, octubre de 2018, Anexo 1, p. 58.

42 Corte Constitucional de Colombia. Cuadernillo de Jurisprudencia. Derechos de las personas en situación de migración irregular, *op. cit*., p. 35.

43 República de Colombia, Migración Colombia, Distribución de Venezolanos en Colombia 2021, *cit*.

44 CIDH. Comunicado de Prensa No. 109/15, "CIDH culmina su visita a la frontera de Colombia con Venezuela", de 28 de septiembre de 2015, Anexo. Observaciones Preliminares.

45 Decreto 1814 de 2015 por el cual se reglamenta el Decreto 1772 de 2015 "por medio del cual se establecen disposiciones excepcionales para garantizar la reunificación familiar de los nacionales colombianos deportados, expulsados o retornados como consecuencia de la declaratoria del Estado de Excepción efectuada en la República Bolivariana de Venezuela, de 14 de septiembre de 2015, *https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62991*

para los flujos más numerosos de personas venezolanas que posteriormente llegaron al país.

Más tarde, y con base en el Decreto 1067 de 2015,[46] el gobierno colombiano empezó a sentar las bases de un esquema de permisos de ingreso y permanencia de mayor duración. Así, se fue gestando la idea de crear un PEP que fuese específicamente dirigido para la población venezolana en la medida en que el desarrollo y profundización de la crisis en Venezuela permitió vislumbrar la salida de flujos aún más numerosos de personas venezolanas hacia Colombia.

La primera medida que marcó el inicio de los permisos temporales se adoptó en 2017, a través de la Resolución 5797 que creó el primer PEP.[47] La información disponible nos permite inferir que el PEP fue pensado como un mecanismo de regularización expedito y gratuito que hacía posible el acceso a la regularización para una población migrante que no contaba con los recursos y requisitos necesarios para acceder a los mecanismos previstos por el marco jurídico colombiano vigente en ese momento. Sin embargo, el PEP integró un elemento de temporalidad que, al parecer, fue diseñado con la expectativa de que pasado cierto tiempo, las personas migrantes iban a poder acceder a otras vías previstas por el marco jurídico colombiano para permanecer en el país de manera regular. Ello explica entonces que el programa de PEP se abriera por un periodo muy corto de 90 días para solicitarlo[48] y que estableciera una vigencia igual de 90 días, prorrogables por periodos adicionales de 90 días, pero sin la posibilidad de exceder un periodo total de dos años.[49]

---

46 Decreto 1067 de 2015 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores", de 26 de mayo de 2015, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/pasaportes/archivos/decreto_unico_re_.pdf*

47 Resolución 5797 de 2017 por medio de la cual se crea un Permiso Especial de Permanencia, de 25 de julio de 2017, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_5797_2017.htm*

48 *Ibid*., parágrafo 1.

49 *Ibid*., artículo 2.

Estas limitaciones temporales han sido, desde la adopción de este primer programa de PEP, una falencia recurrente en el diseño de medidas que permitan establecer una solución duradera para esta población a mediano y largo plazo. Conforme a los estándares interamericanos previamente mencionados, los mecanismos de regularización, para que cumplan su cometido, deben diseñarse e implementarse de forma tal que no generen un escenario de incertidumbre jurídica para las personas migrantes. Un elemento adicional a la temporalidad, que resulta paradójico de este primer programa, es que el propio PEP establece que si al finalizar su vigencia la persona migrante no ha podido acceder a una visa incurrirá en permanencia irregular, con todas las consecuencias que ello puede implicar,[50] entre ellas, ser sujeto a una sanción administrativa.

Además, las reservas con relación al tema de temporalidad no se limitan al tiempo de duración del PEP, sino que incluyen también el plazo previsto para solicitarlo. De este primer programa de PEP es preocupante que si la persona migrante que se encuentra en situación irregular no solicita el PEP en el plazo previsto en la Resolución o se le vence el permiso sin haber accedido a una visa, la autoridad migratoria se encuentra facultada para iniciar un proceso administrativo sancionatorio que podría resultar en la deportación.[51] Esto no sólo genera una situación de desprotección, sino un círculo vicioso en el cual es probable que esa persona jamás acceda a regularizarse, pues por este motivo podría ser considerada infractora del marco jurídico colombiano y, por ende, no apta para la obtención de una condición migratoria regular. Todo lo anterior confirma que en el diseño de esta medida el Estado colombiano asumió que las personas migrantes venezolanas se estaban movilizando sin intención de permanecer en el país.

A esta observación sobre la temporalidad se suma que el programa de PEP sí reconoció la grave situación que se vivía en Venezuela y que persiste al día de hoy, pero dejó de lado la dificultad de obtención de documentos venezolanos para probar la

[50] *Ibid*., artículo 2.

[51] *Ibid*., artículo 7.

nacionalidad y/o país de origen, pues estableció los siguientes requisitos:[52] (a) encontrarse en el territorio colombiano a la fecha de publicación de la Resolución; (b) haber ingresado al territorio por puesto de control migratorio y con pasaporte; (c) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; y (d) no tener medida de expulsión o deportación vigente.

Con esta regulación, el programa de PEP generó una distinción entre la población migrante irregular que se encontraba en su territorio, generando una vía de acceso sólo para quienes contaban con pasaporte y, a su vez, entre quienes quizás hubiesen ingresado a través de puertos de control migratorio y todas aquellas personas que hubiesen ingresado al territorio fuera de dichos puertos de control. Estas distinciones y la necesidad de presentar un pasaporte también entran en tensión con los estándares interamericanos ya referidos, que insisten en la flexibilización de los requisitos para acceder a mecanismos de regularización y de manera expresa hacen un llamado para eliminar el requisito del pasaporte que, además de costoso, es de muy difícil obtención en Venezuela.

Una observación adicional en torno al PEP creado por la Resolución 5797 es que, aunque es un avance porque formalmente abrió la posibilidad de acceso al sector laboral para quienes accedieron al permiso (al facultar a los beneficiarios para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país),[53] no vino acompañado de medidas positivas para facilitar la inserción laboral en la práctica. Esto resulta de especial relevancia en un contexto como el colombiano con altísimos índices de informalidad laboral que tiende a afectar desproporcionadamente a la población migrante venezolana. En cuanto a otros derechos sociales, se observa que el PEP no integró expresamente cuestiones relativas al acceso a otros derechos como salud y educación, temas que se encuentran presentes en fuentes fragmentadas como decisiones de la Corte Constitucional y otros instrumentos normativos.

Un punto de especial preocupación y que va en contravía de los estándares en materia de debido proceso en este tipo de

[52] *Ibid*., artículo 1, Creación.

[53] *Ibid*., artículo 3.

procedimientos de determinación de derechos, es el relativo a la posibilidad de impugnar la eventual negativa a la solicitud de PEP y/o a contar con alguna forma de revisión judicial de dichas decisiones.

Ante la pérdida de vigencia de los PEP emitidos con base en la Resolución 5797 y la continuidad del flujo migratorio, el gobierno dio inicio a una serie de medidas que ampliaron el acceso al PEP.

La primera de ellas fue la Resolución 740 de 2018,[54] que reconoció el número creciente de personas migrantes venezolanas que continuaban ingresando al territorio y amplió el plazo para acceder al PEP por cuatro meses.[55]

La segunda fue el Decreto 542 de 2018,[56] que creó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (en adelante, RAMV) considerando que no sólo la cantidad de personas ingresando al país seguía creciendo masivamente, sino que el ingreso se daba tanto por los puertos de control fronterizo como también por rutas de acceso irregular al país, lo que había imposibilitado el registro de un número significativo de personas.[57] El Decreto 542 de 2018 fue claro en precisar que el RAMV se diseñaba con fines informativos y no otorgaba categoría migratoria, no autorizaba la permanencia en el territorio, no reemplazaba documentos de viaje, y tenía una vigencia de solo dos meses.

---

54 Resolución 740 de 2018 por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante Resolución número 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia, de 5 de febrero de 2018, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_0740_2018.htm*

55 *Ibid*., artículo 1.

56 Decreto 542 de 2018 por el cual se desarrolla parcialmente el artículo 140 de la Ley 1873 de 2017 y se adoptan medidas para la creación de un registro administrativo de migrantes venezolanos en Colombia que sirva como insumo para el diseño de una política integral de atención humanitaria, de 21 de marzo de 2018, *http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20542%20DEL%2021%20MARZO%20DE%202018.pdf*

57 *Ibid*., considerandos.

La tercera medida fue la Resolución 6370 de 2018,[58] que amplió el acceso al PEP para todas las personas que estuvieran inscritas en el RAMV y que cumplieran adicionalmente los siguientes requisitos:[59] (a) encontrarse en el territorio al momento de adopción de la resolución; (b) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional o internacional; y (c) no tener medida de expulsión o deportación vigente. Puede observarse que esta última Resolución 6370 adoptó cambios favorables al reconocer la necesidad de flexibilizar los requisitos de documentación e ingreso por puerto de control fronterizo, en línea con los estándares interamericanos en la materia, reconociendo así las dificultades a las que se enfrenta la población migrante para su regularización. Otro avance respecto de la Resolución 5797 fue que la Resolución 6370 determinó la naturaleza jurídica del PEP y explicitó el acceso a ciertos derechos, incluyendo trabajo, salud y educación. Al efecto, especificó que el PEP:

> [...] es un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal, quedando autorizados para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas. [...] dada su naturaleza jurídica y temporalidad, está dirigido a autorizar la permanencia de los nacionales venezolanos que se encuentren en el territorio nacional sin la intención de establecerse, razón por la cual no equivale a una visa, ni tiene efectos en el cómputo de tiempo para la Visa de Residencia.[60]

---

58 Resolución 6370 por la cual se reglamenta la expedición del Permiso Especial de Permanencia- PEP, creado mediante Resolución 5797 de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, para su otorgamiento a personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1288 del 25 de julio de 2018, de 1 de agosto de 2018, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_6370_2018.htm*

59 *Ibid*., artículo 1.

60 *Ibid*., artículo 2.

Como se observa, la Resolución 6370 de nuevo reiteró el carácter temporal de la medida, continuando así con la falencia identificada anteriormente cuya corrección es fundamental para ofrecer una solución duradera a la situación que enfrenta la población venezolana migrante. En similar sentido, esta Resolución estableció una vez más, una vigencia corta para los permisos, de 90 días, prorrogables por otros periodos de 90 días sin exceder los dos años.[61] De tal forma, esta Resolución dio continuidad a la posibilidad de que un amplio número de personas en igual situación de necesidad, no pudiesen acceder al PEP para regularizar su situación o que su PEP expirara a pesar de que la situación del país de origen se mantuviera igual.

Frente a esto, el Estado adoptó nuevamente unas medidas para la extensión del plazo para solicitar el PEP: la Resolución 10064[62] y la Resolución 3107,[63] que en conjunto ampliaron el acceso al PEP para personas migrantes inscritas en el RAMV y otorgaron la posibilidad de solicitarlo hasta finales de diciembre de 2018. La última extensión del PEP en esta fase aconteció con la Resolución 10677,[64] que amplió el plazo de solicitud por cuatro meses nuevamente.

---

61 *Ibid*., artículo 3.

62 Resolución 10064 por la cual se modifica el parágrafo 1 del artículo 1 de la Resolución 6370 de 2018, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de 3 de diciembre de 2018, *https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Resolucion/30038145?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0*

63 Resolución 3107 de 2018 por la cual se implementa un nuevo término para que las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV), puedan acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP), establecido mediante Resolución 10064 del 3 de diciembre de 2018, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de 3 de diciembre de 2018, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_uaemc_3107_2018.htm*

64 Resolución 10677 por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia, de 18 de diciembre de 2018, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_10677_2018.htm*

De esta manera, el PEP y sus ampliaciones fueron medidas estatales adoptadas con el objetivo loable de atender la situación de la población venezolana migrante. Sin embargo, han sido medidas fundamentalmente reactivas frente a la urgencia de atender la migración masiva de personas venezolanas que llegaban a Colombia. Consideramos que estas medidas podrían ser idóneas para enfrentar una problemática temporal y no de las complejidades y características de la situación en Venezuela. Esta política estatal reactiva y bajo un entendimiento poco realista de dicha situación, pareciera haber estado influenciada por la posición del gobierno que adoptó la mayoría de estas medidas, esto es, que a la dictadura en Venezuela le quedaban "muy pocas horas".[65]

Ello explica que el diseño del PEP sirviera para atender las necesidades más inmediatas de la población, pero con la falencia de no estar informado por una visión a largo plazo, pues asumió equivocadamente que la población migrante era temporal y no tenía intención de permanecer. Sin dejar de lado la relevancia que los PEP tuvieron en abrir una vía para la regularización, insistimos en que un elemento problemático en el diseño y la continuidad del PEP hasta este momento, fue el requisito de contar con pasaporte sellado en puerto de control migratorio, que estableció las distinciones mencionadas y que resultan irrazonables frente a las realidades que enfrenta la población a la que van dirigidas estas políticas.

En 2019, cuando expiró la vigencia inicial del PEP y sus ampliaciones, se observó que una tasa muy baja de migrantes venezolanos titulares de PEP había podido acceder a una visa, como inicialmente lo planteaba la Resolución 5797. Esto, ya que no contaban con la documentación ni la inserción laboral suficiente que generara los recursos económicos necesarios para poder hacerlo.[66] A pesar de ello, el PEP y sus ampliacio-

[65] Véase, AFP Español, "Le quedan 'muy pocas horas' a 'dictadura' de Venezuela: Duque", de 1 de febrero de 2019, *https://www.youtube.com/watch?v=2JH8IgiCBHI*

[66] Banco Interamericano de Desarrollo, Organización Internacional del Trabajo y Servicio Público de Empleo de la República de Colombia, Inclusión Laboral para la Población Migrante Proveniente de Venezuela en

nes, en conjunto con el RAMV integraron un censo de la población migrante, tanto regular como irregular, que sirvió para entender sus necesidades y perfiles, y a su vez para diseñar las políticas migratorias posteriores, la renovación del PEP y eventualmente, la adopción del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, medidas que abordaremos a continuación.

3.2. Renovación del Permiso Especial de Permanencia y Permisos complementarios

Durante el 2019, el PEP y sus ampliaciones pasaron por un periodo de renovación. Es decir, la población migrante que había accedido al PEP debía tramitar de nuevo la ampliación de sus permisos. Así, la Resolución 2540[67] y la Resolución 2634[68] integraron una primera fase de este proceso de renovación y ampliación. La Resolución 2540 concedió el acceso al PEP para miembros de las Fuerzas Armadas de Venezuela que decidían retirarse, otorgándoles un plazo de 60 días para solicitar el permiso, mismo que recibirían con una vigencia de 90 días prorrogables por periodos similares de 90 días, sin exceder los dos años.[69] Por su parte, la

Colombia. Sistematización del Piloto para la identificación y mitigación de barreras de acceso al mercado laboral del Servicio Público de Empleo 2019, 2020, pp. 29-35.

67 Resolución 2540 de 2019 por la cual se reglamenta la expedición del Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante Resolución 5797 de 2017, en virtud del Memorando de Entendimiento suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 13 de mayo de 2019, de 21 de mayo de 2019, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_2540_2019.htm*

68 Resolución 2634 de 2019 por la cual se establece el procedimiento dirigido a renovar el Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante la Resolución número 5797 de fecha 25 de julio de 2017, otorgado entre el 3 de agosto de 2017 y el 31 de octubre de 2017, de 28 de mayo de 2019, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_2634_2019.htm*

69 Resolución 2540 de 2019, *cit*., artículos 2 y 3.

Resolución 2634 extendió la vigencia de los PEP otorgados por un plazo de dos años más.[70]

Posteriormente, la Resolución 3548[71] de 2019 creó el primer permiso complementario, llamado Permiso Especial Complementario de Permanencia (en adelante, PECP). Este permiso reconoció que la migración venezolana —en las dimensiones en que tenía lugar— hacía necesario que el Estado fijara los mecanismos para garantizar la permanencia en Colombia de manera regular para las personas a las que se les rechaza el PEP o no pueden acceder al reconocimiento de la condición de refugiado tras ser solicitantes de asilo.[72] Para el acceso al PECP se establecieron los siguientes requisitos:[73] (a) haber solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado en Colombia; (b) contar con acto administrativo que rechaza la solicitud o niega la condición de refugiado; (c) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional o internacional; (d) no tener medida de expulsión o deportación vigente; (e) encontrarse en territorio nacional; (f) no ser titular de visa o estar en proceso de solicitarla; y (g) no ser titular de otro permiso especial o estar en proceso de solicitarlo.

Como se observa, la medida estaba diseñada y direccionada para la población migrante venezolana que estaba resultando excluida de las soluciones previamente diseñadas para la regularización, ya sea por no cumplir con la documentación necesaria (pasaporte), por no haber ingresado al territorio por puerto de control fronterizo o por no haber solicitado los permisos especiales dentro de los plazos previstos. Sin embargo, el PECP tampoco corrigió uno de los problemas de fondo del diseño de estas políticas, esto es, asumir su carácter temporal. En efecto, el PECP se otorgó por 90 días, prorrogables por plazos similares, sin exceder los dos años.[74]

---

70 Resolución 2634 de 2019, *cit*., artículo 1.

71 Resolución 3548 de 2019 por medio de la cual se crea un Permiso Especial Complementario de Permanencia (PECP), de 3 de julio de 2019, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_3548_2019.htm*

72 *Ibid*., considerandos.

73 *Ibid*., artículo 1.

74 *Ibid*., artículo 2.

Esto generó que para el 2020, la necesidad de renovación de PEP persistiera como en los años anteriores, por lo que el gobierno emitió la Resolución 240[75] que estableció un plazo de cuatro meses para solicitar el PEP, pero no estableció un plazo de vigencia del permiso, lo cual lo distinguió de sus versiones anteriores. Por otra parte, esta Resolución indica que las personas que ya hubiesen adquirido un PEP en virtud de procesos anteriores, o que cuenten con el reconocimiento de su condición de refugiado, no pueden acceder a través de la ampliación contenida en la Resolución 240.[76]

Adicionalmente, el gobierno colombiano adoptó el Decreto 117,[77] que creó el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (en adelante, PEPFF), un mecanismo pensado para las personas migrantes que se encontraban en situación irregular que a su vez contaran con una oferta laboral a la cual no podían acceder debido a la carencia de documentación necesaria y de regularización en el país. Una de las ventajas que generó el PEPFF fue que hizo posible la regularización de personas migrantes con el requisito de presentación de un contrato laboral o contrato de prestación de servicios, presentando cédula de identidad o pasaporte vencido, sin requerir algún otro documento.[78] Aunado a ello, el PEPFF no estableció un plazo para la solicitud del permiso, y la vigencia la determinó conforme a la duración del contrato laboral o de prestación de servicios, siempre y cuando éste tuviese una duración mínima

---

75 Resolución 240 de 2010 por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia — PEP, creado mediante Resolución 5797 de 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia, de 23 de enero de 2020, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_0240_2020.htm*

76 *Idem*.

77 Decreto 117 por el cual se adiciona la Sección 3 al Capítulo 8 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF), de 28 de enero de 2020, *https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30038763*

78 *Ibid*., artículo 2.2.6.8.3.2.

de dos meses y máxima de dos años,[79] y posibilitó su renovación por hasta cuatro años continuos o discontinuos. Aunque el PEPFF es positivo en la medida en que facilitó el acceso a la regularización de mediano plazo para una parte importante de la población migrante venezolana que contara con un contrato, insistimos en que, sin una política deliberada de inserción laboral, la regularización por una vía como esta resulta sumamente limitada para un grupo y perfil específico de población migrante.

En paralelo a estas dos medidas complementarias (el PECP y el PEPFF), la necesidad de renovar los PEP emitidos anteriormente continuó, por lo que durante 2020 se emitieron otras tres Resoluciones para ampliar su vigencia. La Resolución 1667[80] extendió el plazo por dos años para las personas que hubiesen adquirido el PEP mediante su inscripción en el RAMV. La Resolución 2185[81] también renovó a otro grupo de titulares del PEP por dos años más. Finalmente, la Resolución 2502[82] abrió un nuevo plazo de cuatro meses para solicitar el PEP, pensado para regularizar a las personas migrantes que no habían accedido a este

79 *Ibid*., artículo 2.2.6.8.3.8.

80 Resolución 1667 de 2020 por la cual se establece el procedimiento dirigido a renovar el Permiso Especial de Permanencia (PEP) otorgado a las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, reglamentado mediante Resolución 6370 de 2018 modificada por la Resolución 10064 de 2018 y, otorgado entre el 1 de agosto de 2018 y el 21 de diciembre de 2018, de 3 de julio de 2020, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_1667_2020.htm*

81 Resolución 2185 de 2020 por la cual se establece un nuevo término para la renovación del PEP otorgado entre el 3 de agosto y el 31 de octubre de 2017, y el 7 de febrero de 2018 y el 7 de junio de 2018, y se dictan otras disposiciones sobre la materia, de 28 de agosto de 2020, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_2185_2020.htm*

82 Resolución 2502 de 2020 por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia, de 23 de septiembre de 2020, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_2502_2020.htm*

mecanismo ni a alguna de sus formas complementarias, y que se encontraban en Colombia en situación irregular.

Así, podemos ver que esta segunda fase se enfocó en renovar los permisos existentes y ampliar el alcance a la población migrante venezolana que se había visto impedida de acceder al PEP, a través de medidas complementarias que hicieran posible su regularización en el país.

3.3. Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos

La tercera etapa del proceso de regularización que identificamos se vio marcada por la adopción del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos[83] el 1 de marzo de 2021. Colombia, a través del Decreto 216,[84] adoptó este Estatuto con la idea de generar una forma de protección complementaria, de carácter temporal, que garantice la protección de personas migrantes que no reúnen los requisitos previstos por el PEP, sus ampliaciones y sus formas complementarias.

El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos está compuesto por el Registro Único de Migrantes Venezolanos (en adelante, RUMV) y el Permiso por Protección Temporal (en adelante, PPT).[85] El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos tiene una vigencia de 10 años,[86] con

[83] El 4 de agosto de 2021, se sancionó la Ley 2136, a través de la cual se establecen los lineamientos, definiciones y principios para la reglamentación y orientación de la política integral migratoria del Estado colombiano. El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos se enmarca y convive en conjunto con los principios y lineamientos contenidos en dicha Ley. Véase, Ley 2136 de 4 de agosto de 2021, *https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202136%20DEL%204%20DE%20AGOSTO%20DE%202021.pdf*

[84] Decreto 216 de 2021, Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, de 1 de marzo de 2021, *https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20216%20DEL%201%20DE%20MARZO%20DE%202021.pdf*

[85] *Ibid*., artículo 1.

[86] *Ibid*., artículo 2.

lo cual se corrige la temporalidad que tenían otras políticas como el PEP y sus ampliaciones y permite que una gran parte de la población migrante venezolana en el país pueda regularizarse. Para acceder al Estatuto, una persona debe dar cumplimiento a alguno de los siguientes requisitos:[87] (a) encontrarse en Colombia en situación regular y ser titular de un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), un Permiso Especial de Permanencia (PEP) en cualquiera de sus versiones, o un Permiso Temporal de Permanencia (PTP); (b) encontrarse en territorio colombiano de manera regular, ser solicitante de asilo y ser titular de un salvoconducto en virtud de dicho proceso; (c) encontrarse en territorio colombiano en situación irregular al 31 de enero de 2021; o (d) ingresar al territorio colombiano de manera regular a través de Puerto de Control Migratorio, cumpliendo con lo establecido por el marco normativo colombiano en materia migratoria dentro de los dos primeros años de vigencia del Estatuto.

Para el caso de personas solicitantes de asilo con salvoconducto, el Estatuto detalla que deberán aportar además prueba sumaria e idónea de su permanencia en el territorio nacional. El Decreto 0971 de 2021, que regula la implementación del Estatuto, establece que se pueden considerar como prueba sumaria las siguientes:[88] 1. Cualquier documento expedido por una entidad pública colombiana que haga posible la individualización de los datos personales de la persona migrante venezolana y evidencie su permanencia en Colombia de manera previa a la fecha señalada; 2. Cualquier documento emitido por una persona jurídica, inscrita en Cámara de Comercio o bajo supervisión de autoridad de vigilancia y control de Colombia, a través de su representante legal, que haga posible la individualización de los datos personales de la persona migrante venezolana y evidencie su permanencia en Colombia de manera previa a la fecha señalada; y 3. Cualquier documento emitido por un nacional o persona con Cédula de Extranjería expedida por Colombia, que haga posible la

87 *Ibid*., artículo 4.

88 Resolución 0971 de 2021 por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021, de 28 de abril de 2021, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_uaemc_0971_2021.htm*

individualización de los datos personales de la persona migrante venezolana y evidencie su permanencia en Colombia de manera previa a la fecha señalada.[89]

Sobre este aspecto es importante aclarar que dadas las condiciones en que suelen vivir las personas migrantes y las personas solicitantes de asilo, en las que la documentación y pruebas que tienen no han sido sometidas a procesos para su verificación legal, consideramos que es relevante que este requisito se interprete de manera flexible, de modo que cualquier tipo de prueba que provea información y sea de fácil acceso para las personas migrantes pueda ser entregada y considerada para la aplicabilidad del Estatuto bajo el principio de libertad probatoria y el principio *pro persona*.[90] Consideramos que el estándar de prueba establecido tanto por el Estatuto como por la Resolución que regula su implementación, es muy alto, al grado que puede obstaculizar el cumplimiento de los requisitos para acceder al RUMV y al PPT y, de esta manera, dejar fuera de su cobertura a población que, conforme a los estándares interamericanos, estarían en igual necesidad de recepción y protección. Aunado a ello, la Corte Constitucional colombiana ya determinó en su Sentencia T075-2015,[91] relativa al caso de un niño hijo de persona migrante venezolana que no podía ser registrado debido a la falta de cumplimiento con el estándar de prueba establecido en la ley especial para acceso a la nacionalidad, que para efectos de interpretar domicilio en la ley especial había de interpretarse conforme a lo establecido por el Código Civil, es decir, que bastaba con demostrar el ánimo de permanencia para cumplir el requisito. Consideramos que, en seguimiento a dicho criterio, la interpretación flexible y en favor de la persona en temas proba-

89 *Ibid*., artículo 6.

90 Dejusticia y otros, Comentarios al proyecto de decreto "por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria", de 23 de febrero de 2021, *https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/03/Comentarios-Dejusticia_Borrador-decreto-EPTMV.pdf*

91 Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T075 de 2015, de 20 de febrero de 2015.

torios debe ser aplicable al marco jurídico en materia migratoria en su integralidad.

Como se mencionó anteriormente, el Estatuto tiene dos componentes. El primero es el Registro Único de Migrantes Venezolanos que en la práctica se forma por el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos que actualmente se encuentra desactualizado (debido a la vigencia del Estatuto y este nuevo registro), así como por los nuevos registros que surgen a partir de la vigencia del Estatuto. Para acceder al Registro Único de Migrantes Venezolanos es necesario:[92] 1. Ser elegible conforme al Estatuto; 2. Encontrarse en el territorio; 3. Presentar un documento de identificación vigente o vencido (pasaporte, cédula de identidad venezolana, acta de nacimiento o PEP); 4. Declaración expresa de intención de permanecer en Colombia; y 5. Autorizar la recolección de datos demográficos, biográficos y biométricos. Asimismo, el Estatuto señala que el registro se actualizará en jornadas periódicas y las personas que se inscriban en él tienen la obligación de actualizar sus datos si sus condiciones migratorias en Colombia cambian durante su vigencia.[93]

A ello se agrega que la Resolución 0971 de 2021,[94] a la que ya se ha hecho referencia, establece que el registro de datos biométricos es un requisito que toda persona migrante debe cumplir para acceder al PPT. Sin dicho requisito la persona no puede dar continuidad al proceso de regularización contenido en el Estatuto. Así, el carácter no voluntario de este requisito[95] enfrenta a la persona migrante al dilema de otorgar el consentimiento para el recaudo de los datos biométricos o tomar la decisión de permanecer en condición de irregularidad. Tal y como ha sido apuntado en la sección de estándares interamericanos, la recolección de datos conlleva una responsabilidad estatal considerable, dado

92 Decreto 216 de 2021, *cit.,* artículo 8.

93 *Ibid*., artículo 9.

94 Resolución 0971 de 2021, *cit*., artículos 9 y 15.

95 Dejusticia y Fundación Karisma advierten sobre este requisito que "Los datos biométricos son datos sensibles. Exigirlos no es necesario. Hacer obligatoria su entrega es incompatible con los derechos de *habeas data* y no discriminación". Dejusticia y otras, Comentarios al proyecto de decreto..., *op. cit*., p. 5.

que puede constituir un riesgo al derecho a la vida privada de las personas migrantes, sobre todo si no se adoptan las medidas de seguridad digital necesarias para proteger la información, lo que puede derivar en vulneraciones a la identidad e integridad y, al mismo tiempo, puede contribuir a profundizar la ya grave estigmatización en su contra. Además, sin las debidas salvaguardas, estos requisitos pueden constituir un desincentivo por el temor de que los datos de las personas sean usados luego para iniciar procedimientos que puedan terminar en la deportación.

Ahora bien, en cuanto al segundo componente del Estatuto, el Permiso por Protección Temporal (PPT), es un documento de identificación y un mecanismo de regularización que se concede a las personas migrantes venezolanas en virtud del Estatuto por el término de su vigencia (10 años), sin posibilidad de prórroga.[96] Para acceder al PPT, la persona migrante debe cumplir con los siguientes requisitos: 1. Contar con su registro en el Registro Único de Migrantes Venezolanos; 2. No contar con antecedentes penales, anotaciones o procesos administrativos sancionatorios o judiciales en curso en Colombia o en el extranjero; 3. No tener en curso investigaciones administrativas migratorias; 4. No tener medida de expulsión, deportación o sanción económica vigente; 5. No tener condenas por delitos dolosos; 6. No haber sido reconocido como refugiado o haber obtenido asilo en otro país; y 7. No tener una solicitud vigente de protección internacional en otro país, a excepción de que se le hubiese negado la solicitud.[97]

Un aspecto que es preocupante de la regulación del PPT contenida en el Estatuto es la ausencia de un plazo para que la autoridad administrativa resuelva la solicitud. Esto puede derivar en un riesgo de dilatación injustificada que dejaría a las personas migrantes en situación irregular, con lo cual es necesaria la adopción de plazos claros y breves. Además, esta regulación persiste en la falta de mecanismos para recurrir la decisión que dicha autoridad adopte y/o para acceder a alguna forma de revisión judicial que, como ya se explicó, constituye parte de las garantías de debido proceso en este tipo de determinaciones.

96 Decreto 216 de 2021, *cit*., artículos 10 y 11.

97 *Ibid*., artículo 12.

Por otra parte, cabe observar que los requisitos 6 y 7 son contrarios al derecho a buscar y recibir asilo que, conforme se desarrolló anteriormente, toda persona ostenta con base en los tratados y estándares internacionales en materia de asilo. El acceso a un derecho como el de buscar y recibir asilo no puede verse limitado o puesto en riesgo por la aplicación de una política migratoria específica que no garantiza la regularización y que no brinda las mismas protecciones que se derivan del reconocimiento de la condición de refugiado. También resulta problemático que esta medida puede ser en sí misma un obstáculo a la movilidad de las personas, cuando precisamente uno de sus fines principales es garantizarla. Si bien el Estatuto es acertado en posibilitar que las personas solicitantes de asilo puedan obtener una vía para acceder al PPT, es preocupante que se establezca como requisito hacer una elección *a priori* entre si acceder al Estatuto o acceder a las vías de protección internacional, que deberían ser irrenunciables. En efecto, la Resolución 0971 de 2021 es explícita en establecer la regla de que una vez que les sea otorgado el PPT, las personas solicitantes de asilo deberán escoger si desean quedarse con el PPT o continuar con el trámite de solicitud de asilo.[98] El Estatuto, al ser una forma complementaria de protección internacional, no puede obstaculizar el acceso a las vías tradicionales con todas sus implicaciones.[99]

A pesar de lo anterior, subrayamos la importancia que tiene el Estatuto respecto de la corrección al problema de los límites temporales regulados por el PEP y sus ampliaciones y formas complementarias, pues provee una forma de permanencia de hasta 10 años y unifica las políticas en una sola. En sus disposiciones transitorias el Estatuto renueva las vigencias de los PEP

98 Resolución 0971 de 2021, *cit*., artículo 37.

99 Sobre esto, Dejusticia apuntó que, "[c]onsiderando que el derecho al refugio está consagrado tanto en la Constitución Política (artículo 36), como en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, es clave que su alcance no se vaya a ver menoscabado por una inadecuada interpretación del alcance del Estatuto de Protección Temporal, que es un mecanismo de protección complementario —tal y como lo ha argumentado el gobierno nacional— y por lo tanto no puede reemplazar el procedimiento de refugio". Dejusticia y otros, Comentarios al proyecto de decreto..., *op. cit*., pp. 16 y 17.

por dos años, tiempo en el que todas las personas migrantes podrán sumarse al Estatuto y acceder al RUMV y al PPT. Sin embargo, observamos que la Resolución 0971 de 2021[100] establece plazos que vencen en mayo de 2022 y en noviembre de 2023, según la categoría bajo la cual se acceda al RUMV, para solicitar la inclusión en el RUMV. Asimismo, establece un plazo hasta el 1 de marzo de 2025 para solicitar y acceder al PPT.[101] Ello, como ha sido mencionado, nuevamente refleja un enfoque de recepción y protección de carácter temporal que no parece consistente con la realidad de la situación venezolana.

En este sentido subrayamos que, con el fin de prevenir el riesgo de apatridia y en cumplimiento de los estándares interamericanos que establecen la obligatoriedad de erradicarla y de garantizar que la niñez tenga acceso a la nacionalidad sin importar la situación migratoria de sus padres o madres, en 2019 se adoptó la Resolución 8470[102] de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia, para hacer posible el registro de niños y niñas hijos de padre o madre venezolana nacidos en Colombia. Posteriormente, se adoptó en el mismo sentido la Ley 1997 de 2019,[103] que estableció que se presumirá la residencia y ánimo de permanencia de las personas migrantes venezolanas que se encuentren en situación migratoria regular o irregular en Colombia, y que hayan tenido hijos o hijas nacidos en el país desde

100 Resolución 0971 de 2021, *cit*., artículo 4.

101 *Ibid*., artículo 40.

102 Resolución 8470 de 2019, por la cual se adopta una medida administrativa de carácter temporal y excepcional, para incluir de oficio la nota "Válido para demostrar nacionalidad" en el Registro Civil de Nacimiento de niñas y niños nacidos en Colombia, que se encuentran en riesgo de apatridia, hijos de padres venezolanos, que no cumplen con el requisito de domicilio, de 5 de agosto de 2019, *https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_registraduria_8470_2019.htm*

103 Ley 1997 de 2019 por medio de la cual se establece un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular, o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia, de 16 de septiembre de 2019, *https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201997%20DEL%2016%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202019.pdf*

2015, a efectos de cumplir con los requisitos que la ley establece para el acceso a la nacionalidad colombiana de niños y niñas nacidos en Colombia. Finalmente, en 2020, la Corte Constitucional de Colombia estableció en su sentencia T006 de 2020[104] que debe advertirse el riesgo de apatridia en que se encuentran las personas y garantizar la nacionalidad a través del registro de nacimiento. Con ello, se hizo posible una solución duradera para la niñez migrante venezolana en Colombia. Sin embargo, muchas familias aún quedan en situación compleja pues los padres y madres no cuentan con dichas facilidades.

Por ello, consideramos que el hecho de que todas las personas puedan acceder a una visa antes del fin de la vigencia del Estatuto, establece una política migratoria de mediano y largo plazo que permite regularizar a las personas que se encuentran actualmente en el territorio. Sin embargo, esto no resuelve del todo la vía para la estancia permanente en el país, lo cual se podría lograr de manera más definitiva con una política que incluya la posibilidad de naturalización.

4. Hacia una regularización que haga posible una solución sostenible y duradera

En primer lugar, es importante subrayar que las medidas que se adopten en el marco de la política migratoria colombiana deben estar diseñadas de modo tal que no afecten el acceso a los mecanismos de protección internacional. El derecho a buscar y recibir asilo es el eje central de la protección internacional en el contexto de la movilidad humana y, frente a ello, las políticas migratorias deben facilitar su acceso y garantía, y en su caso, generar los mecanismos complementarios que concedan garantías similares, pero que no sean excluyentes. Asimismo, es necesario enfatizar que la protección internacional que se concede a través del reconocimiento de la condición de refugiado no es de carácter temporal y la gama de derechos que concede es muy amplia. Por tal

[104] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T006 de 2020, de 17 de enero de 2020.

motivo, es relevante que tanto el Estatuto Temporal de Protección a Migrantes Venezolanos como las medidas que se adopten para su implementación sean modificadas de tal manera que el derecho a buscar y recibir asilo no se vea obstaculizado ni le exija a sus beneficiarios elegir entre seguir su proceso de solicitud de asilo u optar por el permiso de permanencia que el Estatuto confiere de manera temporal.

Otro aspecto que debe observarse en las medidas que adopte el Estado de manera posterior a la vigencia del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, es la temporalidad. La falta de medidas que contengan un mecanismo de acceso único a la regularización y que a su vez establezcan el camino a recorrer para consolidar una estancia regular a largo plazo, en conjunto con facilidades para la integración y eventual naturalización de las personas migrantes, derivan en un escenario de desprotección e incertidumbre jurídica, que agrava la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran y las posiciona en condiciones de riesgo de ser víctimas de otras vulneraciones a sus derechos humanos. Por ello, las medidas deben diseñarse con una perspectiva a largo plazo, de modo que otorguen seguridad jurídica a todas las personas migrantes, les facilite su integración en el país de recepción y dé fin a la necesidad de renovar permisos y categorías migratorias de carácter temporal con frecuencia.

En consonancia con lo anterior, los mecanismos que el Estado adopte para facilitar la regularización de la población migrante en Colombia deben tomar en consideración la necesidad de flexibilizar el estándar de prueba y documentos, de modo que sean verdaderamente accesibles para todas las personas migrantes. Entre las medidas que se deben considerar destaca la presentación de documentos aun y cuando se encuentren expirados y copias simples, que sirvan para corroborar los datos de identificación de la persona. La flexibilización de la documentación y prueba necesaria hace posible un mayor acceso a los mecanismos de regularización y a otros derechos. Al mismo tiempo, permite al Estado tener mayor conocimiento de la población migrante y cumplir con sus obligaciones internacionales.

En tercer lugar, reiteramos la importancia de que las decisiones relativas a la procedencia o no de los distintos mecanismos

de regularización, protección complementaria o de solicitud de asilo, cuenten con todas las garantías de debido proceso y protección judicial exigibles en todo proceso de determinación de derechos, con las características específicas que se derivan de la naturaleza particular de estos procesos y la importancia de las necesidades y derechos en juego. Sobre este punto destacamos la importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.[105]

Por otra parte, los mecanismos de regularización deben estar acompañados de una política deliberada que permita la satisfacción de los derechos sociales. De particular relevancia, aunque no exclusivamente, resultan los derechos a condiciones justas y equitativas de trabajo, a la educación y a la salud. Específicamente, el Estado colombiano debe partir de un diagnóstico serio de las realidades que enfrenta la población migrante venezolana en el acceso a estos derechos sin discriminación y con perspectiva de género. Esto incluye la consideración de las dificultades que suelen enfrentar para insertarse en el mercado de trabajo y la consecuente vulnerabilidad frente a situaciones de explotación laboral e incluso de trata de personas.

En quinto lugar, la política migratoria debe incorporar la adopción de medidas para prevenir la profundización de la estigmatización y xenofobia que se ha venido desarrollando en el país frente a la población venezolana. Esta situación debe ser corregida por el Estado colombiano mediante la abstención de discursos oficiales estigmatizantes como los que tuvieron lugar durante 2021 y frente a los cuales la CIDH llamó la atención.[106]

---

105 Véase, Bogdandy, Armin von; Góngora Mera, Manuel; Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), Ius Commune *en Migración y Constitucionalismo Transformador en Colombia. Un enfoque de derechos para la movilidad humana,* México, MPIL/IECEQ, 2022, 470 p.

106 CIDH. Twitter. *"#Colombia @CIDH expresa preocupación sobre el anuncio de creación de un comando de operaciones conjunta para combatir delincuencia de "criminales de población migrante", realizado por la alcaldesa de Bogotá, tras finalizar reunión de Consejo de Seguridad. La @CIDH reitera que mensajes y políticas públicas que califican a #PersonasMigrantes como delincuentes promueven estigmatización y animadversión de esta población, al culparlas de aumento de índices de violencia y criminalidad en los Estados. La @CIDH urge a autoridades de #Colombia a adoptar medidas para prevenir y eliminar*

Además, el Estado debe adoptar otras medidas de concientización sobre las realidades y necesidades de la población migrante, a fin de erradicar progresivamente este problemático contexto que, además de discriminatorio, perjudica el goce efectivo de los derechos sociales y puede generar graves hechos de violencia.

Finalmente, las medidas y mecanismos que se adopten en el marco de una política migratoria de regularización deben estar diseñados a partir de una perspectiva amplia que considere integralmente las condiciones económicas, políticas, sociales en las que la población migrante se ve inmersa. Solo a partir de un abordaje integral, que tome en cuenta esos aspectos y la necesidad de proveer respuestas para la garantía de los derechos humanos, se pueden generar soluciones que cumplan verdaderamente con el objetivo de integrar a las personas migrantes en los países de recepción y proveer la sostenibilidad para que ello sea alcanzable. Por ello, si Colombia desea sostener a largo plazo el rol protagónico que tanto a nivel regional como internacional está teniendo en el diseño de políticas migratorias innovadoras y de alto impacto, un siguiente paso podría ser la consideración de que la política migratoria, corregida a la luz de los planteamientos que hemos esbozado en este artículo y otros similares, sea integrada en una Ley que no dependa de la voluntad política de los gobiernos de turno.

situaciones discriminatorias que perpetúen estigmatización y prácticas de intolerancia y criminalización sobre la base de la situación migratoria. Ello, conforme a su #Res. 04/19", de 18 de agosto de 2021.

Los movimientos migratorios en México: contexto y desafíos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Rogelio Flores Pantoja**

1. Introducción

El 24 de junio de 2019, la foto del salvadoreño Óscar Alberto Martínez Ramírez y su hija Valeria Martínez Ávalos le daba la vuelta al mundo.[1] La imagen de un padre y su hija ahogados al intentar, sin éxito, cruzar el Río Bravo en la frontera entre el estado de Tamaulipas, México, y Texas, Estados Unidos de América, en búsqueda del "sueño americano" conmocionó a millones de personas. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Filippo Grandi, condenó el hecho y señaló que dichas muertes representaban "un fracaso en la respuesta a la violencia y la desesperación que empujan a las personas a emprender viajes peligrosos en busca de una vida digna y segura".[2]

* Director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

1 Ahmed, Azam y Semple, Kirk, "La imagen de un padre y su hija ahogados al cruzar el río Bravo captura la tragedia de quienes arriesgan todo", *The New York Times*, de 26 de junio de 2019, *https://www.nytimes.com/es/2019/06/26/espanol/foto-de-migrantes-ahogados.htm*l

2 Aristegui Noticias, "ACNUR lamenta muertes de padre e hija en Río Bravo", de 26 de junio de 2019, *https://aristeguinoticias.com/undefined/mexico/acnur-lamenta-muertes-de-padre-e-hija-en-rio-bravo/*

Así, padre e hija se sumaron a las 524 personas que murieron en 2019 al intentar cruzar la frontera México-Estados Unidos de América,[3] y a los 3,538 migrantes muertos o desaparecidos registrados en el cruce de dicha frontera desde 2014.[4] Sin embargo, poco o nada se habló de lo esencial: la violación de los derechos humanos de las personas migrantes a lo largo de su ruta migratoria en búsqueda de una vida digna y, sobre todo, de las escasas acciones implementadas por las autoridades de los Estados de origen, tránsito, destino y retorno para evitar que esto siga ocurriendo.

La Organización Internacional para las Migraciones ha identificado seis rutas migratorias en el continente americano: la frontera México-Estados Unidos de América; de Venezuela al Caribe; de República Dominicana a Puerto Rico; el Tapón del Darién (que conecta Panamá y Colombia); de Cuba a Estados Unidos, y de Haití a República Dominicana. La primera de ellas ha sido catalogada como la más mortífera, y los años 2019 y 2021 han sido considerados como aquellos con la mayor cantidad de muertos y desaparecidos. En ese contexto, México, país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, ha sido protagonista de intensos movimientos migratorios —que datan de hace más de 100 años— que lo colocan en el centro de atención frente a una problemática por demás relevante en materia de derechos humanos.

Ciertamente, ante el complejo y cambiante contexto regional, los riesgos vinculados a las personas migrantes se han profundizado en los diferentes Estados del continente, y México no ha sido la excepción. Los retos que hoy se encuentran en la agenda pública migratoria del Estado mexicano son múltiples, entre ellos, el alto riesgo de exposición a la trata y la violencia de género; la extorsión y las redes delictivas; la falta o acceso insuficien-

[3] El Proyecto Migrantes Desaparecidos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) documenta casos de personas migrantes, incluyendo refugiados y solicitantes de asilo, que han fallecido en las fronteras de los Estados o en el proceso migratorio hacia un destino internacional. Proyecto Migrantes Desaparecidos, *https://missingmigrants.iom.int/es/region/las-americas?region_incident=All&route=All*

[4] *Idem*.

te a servicios sanitarios básicos a lo largo de la ruta migratoria; la falta de respuesta coordinada entre los Estados de la región para proteger los derechos de las personas migrantes; la falta de acceso a la justicia; la discriminación; las devoluciones forzadas de niñas y niños no acompañados; la falta de programas de reintegración socioeconómica para retornos seguros y voluntarios; la ausencia de oportunidades para el acceso a un estatus regular en el país de destino y, por supuesto, las causas que promueven la salida de las personas de sus países de origen o residencia.

En estas líneas intentaré analizar, desde una visión crítica y a partir del derecho como herramienta de transformación social, cuál es la situación actual de la protección de los derechos humanos de las personas migrantes en México, a efecto de hacer visibles tanto los aciertos como los pendientes de la toma de decisiones de las autoridades públicas, a la luz de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2. México: un corredor migratorio complejo

México integra el corredor migratorio más transitado en el planeta, puesto que la vecindad con el mayor receptor de personas migrantes (Estados Unidos de América) lo coloca como territorio de origen, tránsito, destino y retorno, tanto de trabajadores migrantes y sus familias como de personas con necesidad de protección internacional que no cuentan con la documentación para su ingreso a dicho país.[5] Principalmente, México es Estado de origen para el flujo hacia Estados Unidos de América y de recepción del flujo proveniente de Centroamérica y El Caribe. Esto quiere decir que aunque México no es catalogado como un país de destino, sino como un punto de tránsito de cientos de miles de migrantes —en situación regular e irregular— hacia el país vecino del norte, lo cierto es que, además de ser un país de paso hacia Estados

[5] Guerrero Galván, Luis René y Solís Medina, Carlos Ernesto, *Guía informativa sobre derechos humanos y migración,* México, IIJ-UNAM, 2020, y Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, *Evolución de solicitudes de la condición de refugiados anual, 2010-2019*, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/ file/474982/INFORME_PRESIDENCIA.pdf*

Unidos, también es el destino de miles de personas, sobre todo centroamericanas, que buscan mejores condiciones de vida.[6]

Ahora bien, a pesar de la notoria trascendencia de la migración, históricamente los derechos de las personas migrantes no han formado parte central del discurso ni de las acciones gubernamentales conjuntas para su atención. Por el contrario, incluso en el discurso político, estructuralmente se han reproducido o asignado estereotipos y estigmas a estas personas, lo que ha generado condiciones sociales adversas para su inclusión y desarrollo.

La tendencia que se observa en las medidas implementadas por las autoridades de México —y también de Estados Unidos de América— se encamina a contener la migración irregular y efectuar expulsiones violatorias de los derechos humanos, exponiendo a las personas migrantes a toda clase de riesgos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha identificado a las personas migrantes indocumentadas o en situación irregular como un grupo en situación de vulnerabilidad, ya que sufren, a consecuencia de sus circunstancias, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado.[7] De acuerdo con la Corte IDH, dicha condición de vulnerabilidad conlleva una dimensión ideológica, tiene lugar en un contexto histórico que es

[6] El Instituto Nacional de Migración (INM) estimó que, entre 2007 y 2010, por la frontera sur de México ingresaron anualmente, en promedio, 171 mil migrantes irregulares que se dirigen a Estados Unidos de América, esto es, 468 cada día. Al respecto, indicó que "[l]os nacionales de Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, constituyen entre 92 y 95% del total de los alojados en las estaciones migratorias (2005-2010), los que representan la mayor parte de la migración de tránsito irregular por México hacia Estados Unidos". Al mismo tiempo, indicó que anualmente, en promedio, ingresaban desde la frontera sur 152 mil visitantes o personas trabajadoras que van a Chiapas u otro estado del sur de México. Centro de Estudios Migratorios del INM, *Apuntes Sobre Migración,* núm. 1, julio de 2011, *http://politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Investigacion/Apuntes1.pdf*

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos (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.

distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades en las leyes) y de *facto* (desigualdades estructurales).[8] De ahí la importancia del cumplimiento de la obligación estatal de no discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de las personas migrantes. El Estado sólo puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando dicho trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos.[9] Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha denunciado tajantemente que

> [...] la situación de vulnerabilidad de los migrantes se ha agravado como consecuencia de que en el abordaje de la migración internacional, en particular de la migración irregular, las políticas adoptadas por muchos Estados han estado más enfocadas en la protección de la seguridad nacional que en la protección de los derechos humanos de las y los migrantes [y] en la criminalización de la migración, [consistente] en las leyes y políticas desarrolladas en la intersección entre la legislación penal y la legislación en materia migratoria.[10]

En efecto, la configuración de las políticas públicas en México se ha traducido en constantes violaciones a derechos humanos, entre otros, a la libertad personal, la nacionalidad, las garantías judiciales y a la protección judicial. Así, para la CIDH,

> [...] los migrantes en situación irregular enfrentan una condición de vulnerabilidad estructural, en la cual es común que [...] sean

---

8 *Ibid.,* párrs. 112 y 113. Los prejuicios culturales acerca de las personas migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, obstaculiza su integración en la sociedad y perpetúa las violaciones a sus derechos humanos, que, en la mayoría de los casos, quedan impunes, justamente por las condiciones en las que se enmarca la mencionada vulnerabilidad.

9 *Ibid.*, párr. 119.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (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, de 30 de diciembre de 2013, párr. 81.

> víctimas de arrestos arbitrarios y ausencia de debido proceso; de expulsiones colectivas; de discriminación en el acceso a servicios públicos y sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención infrahumanas; de apremios ilegítimos por parte de autoridades de migración y policías; de obstáculos en el acceso y procuración de justicia de los delitos de los que son víctimas y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos.[11]

Tal situación se deriva, en parte, de una postura institucional y política migratoria directamente influida por las exigencias de Estados Unidos de América, dado que el elemento común de las vertientes migratorias es el interés económico marcado por la agenda de los Estados Unidos en la relación bilateral mexicano-estadounidense. Por ejemplo, durante la administración de Donald Trump se impuso al Gobierno mexicano el deber de controlar el flujo migratorio, bajo la advertencia de recibir aranceles por parte de los Estados Unidos de América en caso de no cumplir con esa exigencia. Inclusive, esto derivó en el anuncio de un 5% para todas las importaciones estadounidenses provenientes de México, en tanto se resolviera el problema de la inmigración ilegal.[12] Tras la imposición de un plazo de 45 días para contener el flujo migratorio, las exigencias estadounidenses se tradujeron en acciones concretas de México, que desplegó elementos de la Guardia Nacional para contener en la frontera norte del país a las personas migrantes, a fin de que no llegaran a los Estados Unidos de América.[13]

Particularmente, desde el inicio de la actual administración del Gobierno federal —que asumió el cargo el 1 de diciembre de 2018—, el discurso y la gestión de la política migratoria ha transitado de manera inesperada por constantes contradicciones. Lo

---

11 *Ibid*., párr. 82.

12 BBC Mundo, "Trump anuncia aranceles de un 5% para todas las importaciones desde México 'hasta que se resuelva el problema de la inmigración ilegal'", de 30 de mayo de 2019, *https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48455073*

13 Esquivel, Jesús, "AMLO, el muro, la Guardia Nacional y Donald Trump", *Proceso*, de 14 de octubre de 2020, *https://www.proceso.com.mx/internacional/2020/10/14/amlo-el-muro-la-guardia-nacional-donald-trump-250939.html*

que inició como una administración con un clima esperanzador para las personas migrantes, ha quedado en un simple discurso político que dista de coincidir con las decisiones que se ejecutan. México se ha convertido en el país de los contrastes y las contradicciones en esta materia. Un Estado donde se pregona una política migratoria de "brazos abiertos", en la que funcionarios de primer nivel son enviados a otorgar visas humanitarias en un evento solemne, y en el que a pocos metros se divisa una manta colgada en una estación migratoria de la que se puede leer "[Presidente], cumple tu promesa de no detención".[14] México es el país que prometió el rescate, pero opta por la detención; que ofreció alojamiento, pero ordena arrestos; que pregonó el retorno asistido, pero ejecuta deportaciones.

A grandes rasgos, dos temáticas ilustran el estado actual de cosas de la migración en México: la militarización y la criminalización. La Corte Interamericana ha reiterado en su jurisprudencia que los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio, permanencia y de salida con respecto a personas que no sean sus nacionales, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar dichas políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.[15] De esta manera, de acuerdo con la Corte IDH, la privación de libertad por razones migratorias debe ser una medida de *última ratio*.[16] Sin embargo, la

---

14 Narváez Gutiérrez, Juan Carlos y Gandini, Luciana, *De la esperanza a la militarización: agenda política migratoria durante el primer año de la 4T,* México, UNAM, 2021, p. 17. El evento se celebró en el puente Rodolfo Robles de Ciudad Hidalgo, Chiapas. La estación migratoria fue la llamada Siglo xxi.

15 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.

16 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. 355.

actual administración pública federal ha adoptado un tratamiento de la temática migratoria que se dirige más hacia la criminalización de las personas migrantes que a la implementación de programas para la garantía de sus derechos.

Asimismo, la creciente ocupación de puestos relevantes en las instituciones migratorias de México por personas con perfil militar y con formación de defensa o choque, somete a una situación de estrés y riesgo a las personas migrantes, grupo en situación de vulnerabilidad. Esto tiene origen en las presiones arancelarias estadounidenses, por las que los Estados Unidos de América han asignado materialmente o *de facto* la calidad de tercer país seguro a México.[17] Esto ha determinado la obligación para México de frenar el flujo migratorio de Centroamérica y El Caribe y, en consecuencia, el despliegue de elementos de la Guardia Nacional en las fronteras norte y sur del país, bajo la retórica de ofrecer una migración ordenada y segura.[18]

A pesar de que el actual presidente ha sostenido que la política migratoria mexicana se sustenta en el respeto de los derechos humanos y el acompañamiento adecuado de los procesos de retorno y protección, en los hechos continúa la militarización de las fronteras, lo que evidencia una contradicción entre el decir y el hacer. Concretamente, el 1 de diciembre de 2020 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió el comunicado de prensa DGC/363/2020[19] en el que, de manera conjunta con diversas organizaciones civiles, albergues y casas de migrantes,

[17] Este concepto es usado como parte de los procedimientos de asilo para transferir la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo de un país de acogida a otro país que es considerado "seguro" (es decir, capaz de proporcionar protección a los solicitantes de asilo y los refugiados). Esta transferencia de responsabilidad está sujeta a ciertos requisitos que se desprenden del derecho internacional, en particular del principio de no devolución. Narváez Gutiérrez, Juan Carlos y Gandini, Luciana, *op. cit.*, p. 112.

[18] *Ibid.*, p. 23.

[19] Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Comunicado de prensa DGC/363/2020, CNDH, Casas y Albergues para migrantes expresan preocupación por militarización del INM, de 1 de diciembre de 2020, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-12/COM_2020_363.pdf*

expresó su inconformidad y preocupación por el hecho de que se estuvieran ejecutando acciones tendentes a militarizar el Instituto Nacional de Migración. Ello porque, hasta esa fecha, en 18 entidades federativas[20] se habían nombrado personas con perfil militar para representar las oficinas de dicho Instituto. El comunicado señalaba que, "[s]in menoscabo de los méritos militares que pudieran tener las personas nombradas, la conducción de las representaciones del Instituto Nacional de Migración en las entidades federativas del país, debe encausarse hacia una perspectiva de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, más que de seguridad, pues esta perspectiva abona a la idea de la criminalización de los grupos de personas migrantes, lo cual agrava aún más su situación de vulnerabilidad".[21]

Adicionalmente, conforme ha sido advertido por Felipe González, Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, a propósito de la migración venezolana, la militarización de las fronteras como medio para contener la movilidad humana constituye una medida contradictoria e improvisada de la política migratoria de un Estado.[22] En ese sentido, el Relator Especial ha afirmado que "[l]a experiencia comparada, incluso en Latinoamérica, demuestra que el recurso a las Fuerzas Armadas en materia migratoria produce graves violaciones a los derechos humanos de las personas en movilidad y que en modo alguno soluciona el problema, sino que lo acrecienta".[23] La Corte IDH también ha establecido que la introducción del ejército en labores que corresponden a autoridades civiles, ha resultado en violaciones del más alto nivel a la integridad física, psicológica e inclusive a la pérdida de la vida de personas a lo largo de nuestro continente.[24] Las consecuencias de la militarización se

---

20 Estas entidades fueron: Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Puebla, Sinaloa, Sonora, Veracruz, Chiapas y Yucatán.

21 *Idem*.

22 González Morales, Felipe, Cuenta de Twitter, de 4 de febrero de 2021, *https://twitter.com/unsr_migration/status/1357420885922222080*

23 *Idem*.

24 Sobre un caso en el que estuvieron involucrados destacamentos militares en actividades de vigilancia fronteriza, véase, Corte IDH. *Caso Nadege*

agravan cuando las autoridades militares participan e interactúan con personas migrantes. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes las coloca en situación de indefensión frente a la actuación irregular de las autoridades militares. Por tanto, la actividad Estatal debe, a modo de prevención de la vulneración de derechos humanos, adoptar las medidas o acciones positivas necesarias para reducir al mínimo el margen de probabilidad de que este tipo de encuentros y relaciones de sujeción o jerarquía material, se configuren en la realidad.

3. Un marco normativo nacional insuficiente

En México, actualmente, el eje normativo en materia de migración es la Ley de Migración de 2011.[25] Su promulgación, el 24 de mayo de 2011, fue producto, entre otras cosas, del informe de 2004 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares (CMW, por sus siglas en inglés), que plasmó la necesidad de que México tuviera una legislación específica para regular las dinámicas migratorias.[26] Precisamente, previo a la entrada en vigor de dicha ley, la Ley General de Población era la que regulaba el tema de la migración. Sin embargo, esa ley resultaba un tanto limitada, pues abordaba la migración desde una perspectiva eminentemente

Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251: "Los hechos de este caso se relacionan con el alegado uso excesivo de fuerza por parte de militares en contra de un grupo de haitianos, en el cual habrían perdido la vida siete personas y resultado heridas varias más. Los hechos habrían sido puestos en conocimiento directo de la justicia militar la cual habría absuelto a los responsables. Además, algunas de las presuntas víctimas sobrevivientes habrían sido expulsadas de la República Dominicana, sin recibir las garantías debidas en su carácter de migrantes".

25 Ley de Migración, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf*

26 Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención, México, Estados Unidos, 2005, pp. 21 y 22.

demográfica. De ahí la necesidad de contar con un cuerpo normativo que regulara la migración de manera integral.[27]

El proyecto fue ampliamente criticado, e incluso parte de la sociedad civil sostuvo que se trataba de una ley que buscaba penalizar y criminalizar la migración y a quienes brindaban ayuda a los migrantes.[28] Particularmente, se denunciaban los artículos 3 y 26, y se solicitaba que se rechazara su aprobación, toda vez que en ellos se facultaba a la Policía Federal a realizar "revisiones migratorias", a pesar de la vasta evidencia que existía hasta ese momento de la persecución y violencia que ejercían los agentes policiales sobre los migrantes. No obstante la tensión que generó la presión social, la ley se promulgó en los términos en los que fue propuesta. Fue un logro político que pronto se vio nublado por una realidad que superaba una ley nacida a la vida jurídica con muchas promesas por satisfacer.

A modo de ejemplo, el título sexto regulaba de manera general el procedimiento administrativo migratorio,[29] que buscaba el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, pero presentaba "inconsistencias, antinomias y lagunas jurídicas" con los ordenamientos reglamentarios del mismo.[30] En efecto, pese a que el artículo 77 de la Ley de Migración indicaba que el procedimiento administrativo migratorio se regiría por el contenido del título sexto, el Reglamento de la Ley de Migración,[31] las disposiciones administrativas de carácter general que emitía la

---

27 Flor Patiño, Imanol de la, *¿Realidad o discurso? Los derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México*, México, IIJ-UNAM, 2014, p. 142.

28 *Ibid*., p. 143. Asimismo, Peters, María de Jesús, "ONG piden frenar Ley de Migración", *El Universal*, de 24 de mayo de 2011, *https://archivo.eluniversal.com.mx/estados/79654.html*

29 Dicho título se compone por cuatro capítulos que se organizan de la siguiente manera: capítulo I, disposiciones comunes en materia de verificación y regulación migratoria (arts. 77 a 80); capítulo II, del control migratorio (arts. 81 a 91); capítulo III, de la verificación migratoria (arts. 92 a 96), y capítulo IV, de la revisión migratoria (arts. 97 y 98).

30 Flor Patiño, Imanol de la, *op. cit.,* p. 147.

31 Reglamento de la Ley de Migración, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de septiembre de 2012, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf*

Secretaría de Gobernación y, de forma supletoria, la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, estos resultaban insuficientes para lograr el objetivo buscado.

Sin importar las limitaciones que se presentaban para hacer realidad la protección de las personas migrantes, la élite política celebró la publicación de la ley como un progreso jurídico al que se le sumó, el mismo año, la reforma constitucional al artículo 33 que, por primera vez desde 1917, cambiaría su redacción. De sostener que el Ejecutivo de la Unión tenía la facultad exclusiva de "hacer abandonar del territorio nacional", inmediatamente y "sin necesidad de juicio previo a todo extranjero" cuya permanencia juzgara "inconveniente", pasó a exigir ahora "previa audiencia para expulsar extranjeros".[32]

De forma complementaria a la Ley de Migración y su Reglamento, en 2011 se publicó la Ley de Refugiados y Protección Complementaria (actualmente Ley de Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político),[33] así como una serie de disposiciones administrativas que, en su conjunto, representaron un parteaguas en la política migratoria mexicana.

Asimismo, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2014[34] dedica su capítulo décimo noveno a las "Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes", estableciendo, entre otras cosas: las garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a niñas, niños y adolescentes; los principios de unidad y reunificación familiar; las directrices para los espacios de alojamiento de niñas, niños y adolescentes migrantes, así como la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña, niño o ado-

[32] Islas Colin, Alfredo, *Migrantes y refugiados. Protección de derechos humanos*, México, Porrúa, 2018, p. 7.

[33] Ley de Refugiados y Protección Complementaria, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP.pdf*

[34] Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf*

lescente cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en peligro a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, o donde pueda ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.[35]

Sin embargo, más allá del propio contenido de las disposiciones normativas, el tratamiento de la migración como política pública ha transitado por lo que Narváez y Gandini definen en su obra *La esquizofrenia de la política migratoria*, como "la producción de un discurso del bienestar de las personas en contextos migratorios, la seguridad humana, el enfoque de derechos humanos y, al mismo tiempo, [...] una visión que privilegia en la práctica la detención y la privación de la libertad de las personas migrantes en condición de ingreso y estancia irregular en territorio mexicano".[36] En ese contexto, las decisiones arbitrarias e irregulares son una constante.

De esta manera, resulta imperativo que la actuación del Estado mexicano se adecúe a los estándares interamericanos de protección de derechos humanos de las personas migrantes, de modo que sea posible una aplicación de la Ley de Migración y las distintas disposiciones y programas administrativos vigentes, con un enfoque de derechos humanos, diferenciado e interseccional. Sólo así, más temprano que tarde, el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes será una realidad en el país.

4. México y los estándares interamericanos de protección de los derechos humanos de las personas migrantes

Ante un escenario desesperanzador para miles de personas y familias a lo largo y ancho del continente, el trabajo tanto de la CIDH como de la Corte IDH ha resultado fundamental y especialmente relevante para los países de la región americana. A través del ejercicio de sus respectivas competencias, ambos órganos

[35] *Ibid.*, arts. 89 a 97.

[36] Narváez Gutiérrez, Juan Carlos y Gandini, Luciana, *op. cit.*, p. 8.

del Sistema Interamericano han establecido una serie de estándares para el respeto y garantía de los derechos de las personas migrantes en las Américas.

La jurisprudencia desarrollada por ambos órganos para la protección de los derechos humanos de todas las personas migrantes se ha construido a partir del principio de igualdad y no discriminación.[37] Dicho principio debe orientar el cumplimiento de las obligaciones generales que México adquirió al devenir Estado Parte de la Convención Americana, especialmente, aquéllas establecidas en los artículos 1.1 y 2. Al respecto, no sólo destacaremos los estándares interamericanos de protección y su impacto en la política migratoria de México, sino también el rol que ha tenido el propio Estado mexicano en el surgimiento de dichos estándares.

4.1. México como promotor de los estándares interamericanos de protección de las personas migrantes

México ha sido promotor de dos de las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH en materia de protección de los derechos de las personas migrantes: la Opinión Consultiva OC-16/99 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal[38] y la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.[39]

En cuanto a la Opinión Consultiva OC-16/99, la consulta de México se relacionó con "las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las

37 Torres-Marenco, Verónica, "La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Vniversitas*, nº 122, 2011, pp. 53-57.

38 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.

39 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*.

autoridades consulares del Estado de su nacionalidad".[40] México precisó que la consulta tenía como antecedente "las gestiones bilaterales que ha realizado en favor de algunos de sus nacionales, quienes no habrían sido informados oportunamente por el Estado receptor de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habrían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América".[41] En la referida Opinión Consultiva la Corte IDH estableció:

> 1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.
>
> [...]
> 2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.
>
> [...]
> 3. Que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.
>
> [...]
> 4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía.
>
> [...]
> 5. Que los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.
>
> [...]
> 6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consu-

[40] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *cit*., párr. 1.

[41] *Ibid*., párr. 2.

> lares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.
>
> [...]
> 7. Que 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.
>
> [...]
> 8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.[42]

Respecto de la Opinión Consultiva OC-18/03, el Estado mexicano argumentó en su solicitud ante la Corte IDH que "[l]a protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes es [...] un tema de especial interés para México en razón de que existen, aproximadamente, 5.998.500 trabajadores mexicanos fuera del territorio nacional. De ellos, se calcula que 2.490.000 son trabajadores migrantes indocumentados que, al carecer de una situación migratoria regular, 'se convierten en un blanco natural para la explotación humana y laboral, debido a su condición

[42] *Ibid*., opiniones 1 a 8.

especialmente vulnerable'".[43] Esta aseveración evidenciaba no solo la complejidad de la situación que enfrentan los migrantes indocumentados —mexicanos y de otras nacionalidades—, sino también la preocupación de México por abordar dicha situación desde hace decenios.[44] Al respecto, la Corte Interamericana concluyó:

> [...]
> 5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
>
> 6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
>
> 7. 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 comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.
>
> 8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos

---

43 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 47.

44 De acuerdo con México, "[l]os esfuerzos que México y otros Estados de la región han venido realizando en defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, no han podido evitar el recrudecimiento de legislaciones y prácticas discriminatorias contra el extranjero que busca trabajo en un país distinto al suyo, ni la regulación del mercado de trabajo con base en criterios discriminatorios, acompañados de xenofobia, la cual se ampara en la seguridad nacional, el nacionalismo o la preferencia nacional". Esta circunstancia "es aún más grave si se toma en cuenta que la misma situación irregular de los trabajadores indocumentados provoca que éstos sientan temor de acudir a las instancias gubernamentales encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas laborales y, consecuentemente, los empleadores que incurren en estas prácticas no son sancionados. A diferencia de lo que sucede cuando se despide a trabajadores nacionales o residentes legales, resulta económicamente más ventajoso despedir al trabajador indocumentado debido a que el patrono no estará obligado a indemnizar en forma alguna por tales despidos, dándose una 'clara contradicción con el principio de igualdad ante la ley'". *Ibid*., párr. 47.

humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador -trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.[45]

A través de la competencia consultiva de la Corte IDH, México ha promovido la consolidación de la asistencia consular como un derecho humano para garantizar los derechos de las personas detenidas en el extranjero, así como la transversalización del principio de no discriminación en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados y de las correlativas obligaciones del Estado. Las problemáticas que motivaron las solicitudes de opinión consultiva por México, expuestas en las motivaciones del Estado, corresponden, sin embargo, a situaciones que padecen millones de personas detenidas y trabajadoras en diferentes países de la región y el mundo. De ahí la importancia de que todos los Estados, incluido México, asuman como una obligación compartida superar la situación de

[45] *Ibid*., opiniones 5 a 11.

exclusión y violencia que padecen millones de trabajadores[46] y detenidos migrantes.

4.2. México y el control de convencionalidad *erga omnes* respecto de los estándares interamericanos de protección de las personas migrantes

Los estándares interamericanos en materia de protección de las personas migrantes vinculan a México y demás Estados Parte de la Convención Americana en aplicación del control de convencionalidad en su manifestación *erga omnes*. Conforme ha sido destacado por la Corte IDH, por el solo hecho de ser Parte de la Convención Americana, todas las autoridades públicas y todos los órganos de un Estado, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado.[47] Por lo tanto, deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad, tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.[48] En el mismo sentido, tal y

---

46 La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que actualmente hay 244 millones de migrantes en el mundo, y que el 73% de ellos son trabajadores migrantes. Estos contribuyen a la economía de los países de acogida y a desarrollar las economías de sus países de origen, al enviar dinero a sus hogares. Sin embargo, según la OIT, es frecuente que los trabajadores migrantes cuenten con una protección social inadecuada y sean vulnerables a la explotación y a la trata de personas. OIT. "Trabajadores migrantes", *https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/migrant-workers/lang—es/index.htm*

47 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, considerando 69. Asimismo, Ibáñez Rivas, Juana María, *El control de convencionalidad. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, México, IIJ-UNAM-CNDH, 2017, p. 68.

48 *Idem*.

como lo establece la Constitución mexicana, toda autoridad tiene el deber de aplicar la normativa internacional e interamericana en materia de protección de los derechos humanos, de la que el Estado mexicano sea parte.[49]

Los estándares interamericanos que debe aplicar toda autoridad del Estado mexicano frente a normas, prácticas, políticas públicas y jurisprudencia en materia migratoria son aquellos derivados de la competencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH, y de su facultad para ordenar medidas provisionales. De acuerdo con Mariela Morales Antoniazzi y Juana María Ibáñez Rivas,[50] entre dichos estándares interamericanos destacan aquellos sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular;[51] el principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens* transversal al ejercicio de los derechos humanos de los migrantes;[52] el debido proceso legal como derecho que debe ser garantizado a toda persona, con independencia de su

[49] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. El artículo 1 dispone: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

[50] Morales Antoniazzi, Mariela e Ibáñez Rivas, Juana María, "Movilidad humana y COVID-19: una respuesta desde la interamericanización", *Justicia en las Américas. Blog de la Fundación para el Debido Proceso*, publicado el 20 de mayo de 2020, *https://dplfblog.com/2020/05/20/movilidad-humana-y-covid-19-una-respuesta-desde-la-interamericanizacion/*

[51] Véase, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *cit*.; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*. 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.

[52] Véase, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., y Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

estatus migratorio;[53] la no criminalización de la migración irregular;[54] el derecho a la no devolución y expulsión como norma consuetudinaria de derecho internacional;[55] el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores migrantes a pesar de su situación irregular,[56] y los derechos humanos de los niños en los países de origen, tránsito y destino, interpretados a la luz del interés superior de la niñez.[57] En el marco de la pandemia de COVID-19, dichos estándares interamericanos se han extendido a la protección de las personas en situación de movilidad humana, incluidas aquellas en estaciones migratorias.[58]

En México, la actuación del poder judicial, dentro del diseño previsto a partir de la teoría clásica de la división del poder público, se encarga de realizar ejercicios de control respecto de las determinaciones del ejecutivo. En atención a los estándares de protección de las personas migrantes y a la obligación estatal de aplicar el control de convencionalidad, resulta trascendental la labor realizada por el poder judicial federal de México en materia migratoria, no solo a través de su quehacer puramente jurisdiccional, sino también a través de documentos como el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional* de 2021,[59] publicado con el objetivo de "proporcionar

---

53 Véase, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit.;* Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., y Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*.

54 Véase, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit.;* 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, y Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*.

55 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, *cit*.

56 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*.

57 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*.

58 Ibáñez Rivas, Juana María, "Migrantes detenidos y COVID-19: la urgencia de un enfoque de derechos humanos", *Agenda Estado de Derecho*, publicado el 1 de julio de 2020, *https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/migrantes-detenidos-y-covid-19-la-urgencia-de-un-enfoque-de-derechos-humanos*

59 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN). Protocolo para juzgar casos que involucren personas migrantes y sujetas de protección

una herramienta efectiva para fortalecer el acceso a la justicia de las personas migrantes".[60] Para la correcta actuación de las autoridades, esta herramienta "incorporó instrumentos normativos nacionales e internacionales, jurisprudencia emanada de tribunales internacionales y regionales, así como resoluciones y recomendaciones emitidas por organismos internacionales de protección de derechos humanos".[61]

Entre los principios y derechos relevantes, el Protocolo incluye la igualdad y no discriminación; el acceso a la justicia; el debido proceso; la notificación, comunicación y asistencia consular; el trato digno; la libertad personal, de circulación y de residencia; la preservación de la unidad familiar; el incentivo a la regularidad migratoria; el beneficio de la duda y la no devolución.[62] Dicho documento revela así el impacto favorable de los estándares interamericanos en la labor jurisdiccional a nivel estatal.

A modo de ejemplo, el Protocolo reconoce expresamente que el derecho a solicitar y recibir asilo está contemplado en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.[63] De acuerdo con la Corte IDH, el asilo, figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual,[64] impone obligaciones específicas a los Estados, entre ellas, la no devolución; permitir la solicitud de asilo y no rechazar en la frontera; no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; brindar acceso efectivo

internacional, 2021, p. XV, *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-06/Protocolo%20para%20juzgar%20casos%20que%20involucren%20personas%20migrantes.pdf*

60 *Ibid.,* p. XV.

61 *Idem*.

62 *Ibid*., p. XVIII.

63 *Ibid*., p. 13.

64 Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 65.

a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.[65]

En consecuencia, el Protocolo establece que el asilo y el refugio son formas de protección internacional de personas y que las personas que forman parte de una de esas categorías son víctimas recurrentes de violaciones a derechos humanos, al estar en una situación vulnerable desde antes de su ingreso al territorio nacional por alguna circunstancia que ponga en riesgo su vida, libertad, seguridad o integridad personal. Por ello, los estándares jurídicos en materia de migración recogidos en el Protocolo tienen la finalidad de exigir que se tomen en cuenta las particularidades de quienes pertenecen a cada una de esas categorías, y visibilizar las desventajas que obstaculizan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.[66]

En lo que concierne al principio de no devolución, norma consuetudinaria de derecho internacional conforme a la jurisprudencia interamericana, el Protocolo establece que, según el artículo 22.8 de la CADH, en ningún caso las personas pueden ser expulsadas o devueltas a otro país, sea o no el de origen, donde su vida o su libertad personal estén en riesgo a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.[67] Este principio exige que las personas no sean rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Así, cuando una persona alega ante un Estado Parte un riesgo real para su vida y/o integridad personal

65 *Ibid.,* párr. 99.

66 SCJN. Protocolo para juzgar casos que involucren personas migrantes y sujetas de protección internacional, *cit*., pp. XXI y XXII.

67 *Ibid.,* p. 69.

en caso de devolución, las autoridades deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo. De constatarse el riesgo, la persona no debería ser devuelta al país concernido.[68]

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha determinado que, debido a las graves consecuencias que puede tener la inobservancia de la prohibición de no devolución, las autoridades deben establecer los procedimientos necesarios para detectar a las personas que pudieran tener necesidades de protección internacional a través de una evaluación inicial, una orientación adecuada, y la correspondiente referencia a las autoridades competentes de la determinación de su estatus.[69] Por ello, el principio de no devolución es destacado como la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y de las personas solicitantes de asilo.[70]

En ese sentido, resulta particularmente alentador que el propio tribunal supremo de México conjugue la legislación y jurisprudencia nacionales con los instrumentos y decisiones del Sistema Interamericano a fin de construir una herramienta de conocimiento dirigida tanto a juzgadores como a la sociedad en general.

Ahora bien, en la esfera jurisdiccional juegan un papel fundamental la jurisprudencia en materia migratoria emitida por el Poder Judicial Federal a través de la SCJN o bien la de sus Tribunales Colegiados de Circuito. Por supuesto, estos criterios jurisprudenciales se han generado dentro del marco del parámetro de regularidad constitucional y convencional, es decir, a partir de los estándares y alcances desarrollados desde el Sistema Interamericano en materia migratoria. En consecuencia, existen mani-

68 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 129.

69 SCJN. Protocolo para juzgar casos que involucren personas migrantes y sujetas de protección internacional, *cit*., p. 71.

70 *Ibid.*, p. 72.

festaciones concretas de solución de casos en México en los que se observa la influencia del Sistema Interamericano.

4.2.1. Amparo directo 2/2013[71]

La sentencia que recayó en este amparo directo fue dictada por la Primera Sala de la SCJN. El más alto tribunal del país estudió el caso de una persona migrante de origen guatemalteco que fue detenida por agentes federales del Instituto Nacional de Migración en la autopista Oaxaca-Cuacnopalan en un punto donde se realizaban labores de inspección y verificación de vehículos automotores. En el vehículo se trasportaba a un grupo de personas indocumentadas de la misma nacionalidad con fines de tráfico.[72] La persona de nacionalidad guatemalteca involucrada no tuvo oportunidad de contactar a la embajada de su país y fue condenada por la comisión del delito de transporte de personas extranjeras por territorio nacional, sin documentación legal, con fines de tráfico y de ocultarlas para evadir la revisión migratoria, con la agravante de que uno de ellos era menor de edad.

Según la resolución, la discusión versó sobre el sentido y alcance, así como consecuencias y efectos del derecho fundamental del extranjero a la notificación, contacto y asistencia consular en el procedimiento penal.[73] Una vez analizado este derecho a la luz de una interpretación constitucional e internacional en la materia, la Corte Suprema resolvió la violación al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Con-

---

71 SCJN. Primera Sala, Amparo directo 2/2013. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 12 de junio de 2013, *https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=147483*

72 En este punto cabe hacer una aclaración: si bien se emplea el término "tráfico" para hacer referencia al tráfico de las personas que viajaban en el vehículo involucrado, ello no supone que fueran trasladadas contra su voluntad al destino al que se dirigían, sino que la legislación asigna dicha calificación a las manifestaciones de migración ilegal, independientemente de que las personas involucradas hubieran expresado su conformidad para trasladarse al lugar en el que fueron detenidas. *Ibid*., párr. 15.

73 *Ibid*., párr. 14.

sulares y, por tanto, el menoscabo al derecho del quejoso a recibir asistencia consular de su país de origen y poder contar con apoyo para ejercer sus derechos dentro del proceso penal al que fue sujeto.[74] Por ello, la Suprema Corte ordenó reponer el procedimiento.[75]

En la sentencia, la Suprema Corte recordó que, según la Corte IDH, existe un vínculo estrecho entre el derecho de la persona extranjera detenida a ser informada sobre sus prerrogativas al contacto y a la asistencia consular y el derecho a ser informada de los motivos de la detención, en términos del artículo 7.4 de la Convención Americana.[76] También señaló que la Corte IDH ha resuelto en varios casos que, en términos de dicho numeral, los agentes del Estado deben informar a la persona bajo su custodia de los motivos y razones de la detención desde el momento en que ésta se produjo, pues de esta manera se impiden las detenciones ilegales y arbitrarias y se protege el derecho de defensa de la persona detenida.[77] La Suprema Corte estableció asimismo que el agente que realiza la detención debe informar a la persona privada de la libertad y bajo su custodia, en un lenguaje simple y libre de tecnicismos, tanto los hechos como las bases jurídicas en los que se sustenta la detención, es decir, no solo mencionando la base legal, tal como lo determinó la Corte IDH en un caso resuelto contra México.[78]

Igualmente, al resaltar el derecho humano de la persona extranjera detenida a ser informada *sin dilación* acerca de los derechos que reconoce la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Suprema Corte citó la Opinión Consultiva OC-16/99 para deducir el significado del término "sin dilación".[79]

---

74 *Ibid.,* párrs. 32 a 42.

75 *Ibid.,* párr. 124.

76 *Ibid*., párr. 72. Corte IDH. *Caso Nodege Dorzema vs. República Dominicana, cit*., párr. 166.

77 *Ibid*., párr. 74.

78 *Ibid*., párr. 75. Corte IDH. *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. 105.

79 *Ibid*., nota 31. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *cit*., párr. 106.

4.2.2. Amparo indirecto 570/2020[80]

En este amparo se reclamaron diversas omisiones, como no dictar medidas generales en beneficio de los migrantes para contener el contagio del virus COVID-19 en el estado fronterizo de Chihuahua, así como no dictar los protocolos que se debían seguir para la internación de las personas migrantes derivado de la contingencia sanitaria, todo ello en perjuicio de la vida y la salud de estas personas.[81]

En esencia, la sentencia estableció la obligación de diversas autoridades, en el ámbito de su competencia, de garantizar la emisión e implementación de acciones que permitan salvaguardar la salud de las personas migrantes que se encuentran en territorio mexicano, de manera inmediata y eficiente, para prevenir y contener la propagación del virus que provoca la enfermedad del COVID-19.[82] Asimismo, la sentencia amparó a los quejosos para que, en relación con el derecho a la reunificación familiar de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, se obligara a las autoridades a tomar medidas administrativas y legales para que elaboraran un protocolo con plenos efectos jurídicos en el que se plantearan directrices que facilitaran la reunificación de la familia involucrada en Estados Unidos de América.[83]

Esto tuvo impacto en el derecho de acceso a la salud en condiciones de igualdad. Sobre el particular, la Corte Interamericana ha establecido que la atención médica en casos de emergencia debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, de modo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de

---

80 Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Chihuahua, Amparo indirecto 570/220, Juez de distrito: Arturo Alberto González Ferreiro, sentencia dictada el 15 de agosto de 2021, *http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=328/032800002671717601201 16.doc_1&sec=Carlos_Mario_Rasc%C3%B3n_Gonz%C3%A1lez&svp=1*

81 Consejo de la Judicatura Federal, *https://ejusticia.cjf.gob.mx/BuscadorSISE/#/Detalle/26717176*

82 *Idem.*

83 *Idem.*

este grupo en situación de vulnerabilidad.[84] Asimismo, tuvo un impacto en el derecho de acceso a la justicia, pues el hecho mismo de acudir a un tribunal a solicitar la protección de derechos representa un reto para las personas migrantes.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de las personas migrantes quedan muchas veces en impunidad debido a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia.[85] En su tránsito por México, las personas migrantes padecen múltiples problemas como la insuficiencia de asistencia jurídica, el desconocimiento del sistema y sus derechos, la falta de traductores e intérpretes, el temor a ser detenidos y deportados y, por supuesto, la desconfianza en las autoridades. La sentencia reconoce así el derecho de acceso a la justicia para las personas migrantes y el hecho de que estas se encuentran imposibilitadas de acudir de manera directa a los órganos de justicia. De esta manera, abre la puerta para que organizaciones civiles puedan acudir al juicio de amparo vía interés legítimo (sin la necesidad de aducir una afectación personal y directa) para defender los derechos de las personas migrantes.

4.2.3. Amparo en Revisión 275/2019[86]

Esta sentencia, emitida por la Primera Sala de la SCJN, fue galardonada con el "Premio Sentencias 2022. Acceso a la justicia de personas migrantes o sujetas de protección internacional", pro-

[84] Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 108.

[85] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párr. 98.

[86] SCJN. Primera Sala, Amparo en Revisión 275/2019, Ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat. Resuelto en sesión de 18 de mayo de 2022, por mayoría de votos, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-01/AR-275-2019-220106.pdf*

movido por distintos organismos internacionales y asociaciones civiles.[87]

El problema jurídico consistió en determinar si los artículos 16, fracción II, 17, 20, fracción VII, 97, 98, 99, 100 y 121 de la Ley de Migración que contemplan la facultad otorgada a las autoridades migratorias para llevar a cabo tareas de revisión en el interior del territorio nacional, así como presentar y alojar personas, vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho al libre tránsito, y el derecho a la libertad personal.

El caso se refiere a una revisión migratoria efectuada por agentes del Instituto Nacional de Migración a cuatro hermanos, entre ellos una menor, la cual no sabía leer ni escribir, pertenecientes a la comunidad indígena Maya Tzetal, del municipio de Ocoingo, Chiapas, jornaleros agrícolas, con un conocimiento limitado del español. El 4 de septiembre de 2015, cerca de la ciudad de Querétaro, los agentes de migración detuvieron el autobús en el que viajaban los hermanos. Posteriormente les pidieron sus identificaciones y los bajaron del autobús. Ellos, para acreditar su nacionalidad, mostraron su credencial para votar, a excepción de la adolescente, que presentó su acta de nacimiento.

No obstante, los agentes migratorios consideraron que los tres hermanos eran guatemaltecos y, por ende, que los documentos que entregaron eran falsos, por lo que fueron detenidos y puestos a disposición del Subdirector de la Estación Migratoria

[87] El Premio Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional es "una iniciativa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C.; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes; Sin Fronteras, I.A.P.; la Alianza para las Migraciones en Centroamérica y México; y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el marco de una unión de esfuerzos que ha permitido materializar una agenda de trabajo con el poder judicial mexicano, con el objetivo de acercar la justicia a la población migrante y sujeta de protección internacional y visibilizar buenas prácticas de jueces, juezas, cortes y tribunales de todo el continente americano". Sin Fronteras, Acceso a la justicia. Personas migrantes y sujetas de protección internacional, "Premio Regional Sentencias", *https://premiosentencias.sinfronteras.org.mx/premio-regional-sentencias/*

de la Delegación Federal de Querétaro. Ese mismo día se inició el procedimiento administrativo migratorio, se determinó su alojo en calidad de extranjeros, se les tomó comparecencia y se les concedió un término de 10 días para ofrecer pruebas que acreditaran su legal estancia en el país. Entre las pruebas presentadas obra una constancia que destaca que son originarios de Chiapas, sus actas de nacimiento y sus Claves Únicas de Registro de Población. En consecuencia, el 11 de septiembre de 2015, se emitió una resolución definitiva mediante la cual se determinó la salida de la estación migratoria, al haber acreditado que son mexicanos. El 6 de septiembre de 2015, previo a que se determinara la salida, se promovió juicio de amparo indirecto en contra de los actos de los que fueron objeto y, posteriormente, se amplió la demanda para reclamar la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de Migración.[88]

Para definir qué se entiende por política migratoria, la SCJN se remitió a la jurisprudencia de la Corte IDH, al establecer que esta constituye todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices o actos administrativos) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.[89] Asimismo, señaló que la Corte Interamericana ha fijado que es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al 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.[90] Cita, asimismo, el informe de la CIDH sobre México, según el cual, el Estado, con respecto a las personas migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana, está obligado al respeto y garantía de los derechos reconocidos, como los derechos a la libertad y seguridad personal, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al principio de igualdad y no discriminación, el derecho al acceso y a la procuración de justicia, entre otros.[91]

88 SCJN. Amparo en Revisión 275/2019, *cit*., párrs. 2 a 9.

89 *Ibid*., párr. 92. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párr. 163.

90 *Ibid*., párr. 93. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 350.

91 *Ibid*., párr. 100. CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, *cit*., pp. 144 y 145.

En cuanto al derecho a la libre circulación y al tránsito, menciona el artículo 22.3 de la Convención Americana, que prevé que este derecho únicamente puede restringirse 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 público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de las demás personas. Asimismo, hace referencia al artículo 22.5 del mismo instrumento, que dispone que ninguna persona puede ser expulsada del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privada del derecho a ingresar en el mismo. Igualmente señala que los requisitos del artículo 22.3, según la jurisprudencia de la Corte IDH, son los de legalidad, necesidad y proporcionalidad, en la medida indispensable en una sociedad democrática.[92]

En lo que concierne al principio de igualdad y no discriminación, la SCJN citó la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia para definir la "discriminación indirecta" y, con base en la Opinión Consultiva OC-18/03, apuntó que existen prejuicios culturales acerca de las personas migrantes que permiten la reproducción de condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de las personas migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra. Por ello, reconoció la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.[93] En ese sentido, la SCJN señaló que la Corte IDH entiende que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables.[94]

---

92 *Ibid*., párrs. 111 a 113. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 123.

93 *Ibid*., párr. 108. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*., párrs. 114 y 117.

94 *Ibid*., párr. 124. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit*., párr. 235.

En el caso concreto, de acuerdo con la SCJN, los artículos impugnados no contemplan parámetros objetivos que permitan a las autoridades distinguir entre personas mexicanas y extranjeras, lo que genera que al momento en que se aplica la ley se incurra en discriminación motivada por prejuicios raciales. Sobre prejuicios raciales, la SCJN citó el *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, y destacó que la privación de la libertad de las víctimas basada en sus rasgos fenotípicos constituye un actuar irrazonable y arbitrario.[95]

Además, la SCJN se apoyó en la jurisprudencia interamericana para reconocer que la privación de la libertad implica a menudo la afectación del goce de otros derechos humanos, por lo que, tratándose de personas privadas de libertad por cuestiones migratorias, los lugares de detención deben encontrarse diseñados a fin de garantizar un régimen adecuado para su situación legal, con personal debidamente cualificado y evitando la desintegración de los núcleos familiares. De ello deriva la obligación estatal de adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas a garantizar que la privación de la libertad no genere un mayor riesgo de afectación a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes, debiendo ser utilizada solo bajo dos condiciones: que sea por el menor tiempo posible y para la atención de fines legítimos.[96]

Así, con base en los estándares interamericanos, la SCJN declaró inconstitucionales diversos artículos de la Ley de Migración que facultaban a la autoridad migratoria a realizar revisiones (actos de molestia) en cualquier momento y en zonas diferentes a las de ingreso y salida del país, las cuales producían graves violaciones a los derechos humanos, en específico tratándose de grupos vulnerables, como los pueblos indígenas.[97]

---

95 *Ibid*., párrs. 130 y 133.

96 *Ibid*., párrs. 227 a 229. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párrs. 208 y 209.

97 *Ibid*., párr. 233.

5. Conclusiones

La migración constituye un fenómeno transnacional, con problemáticas sociales, económicas, políticas, culturales, y otros enormes desafíos interdisciplinarios. Estos desafíos ponen a prueba la capacidad de los Estados para responder a ellos de manera conjunta y coordinada, dirigiendo sus esfuerzos no solo a garantizar el derecho a la vida de los migrantes, sino todos aquellos de los que son titulares. Estos desafíos incluyen también superar las eventuales situaciones de discriminación estructural que puede enfrentar la población migrante. Abordar el fenómeno migratorio en toda su complejidad exige esfuerzos extraordinarios por parte de todas las autoridades, de todos los Estados de la región, en el ámbito de sus competencias —nacionales, regionales e internacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales—.

Los estándares del Sistema Interamericano —a través de los instrumentos regionales y las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH— deben ser adoptados como el criterio mínimo de protección de los derechos de las personas migrantes en sede interna. Construir una nueva realidad para las personas migrantes exige que cada ley, cada política pública, cada sentencia maximice los derechos de este grupo en situación de vulnerabilidad, promueva su acceso a la justicia y evite las tragedias y el sufrimiento que padecen al abandonar la tierra que conocían como su hogar.

Si bien a través de la solicitud de las Opiniones Consultivas OC-16/99 y OC-18/03, México ha demostrado interés y compromiso por la garantía de los derechos humanos de las personas extranjeras privadas de libertad y los trabajadores migrantes, es claro que existen deudas pendientes para la materialización plena de los estándares interamericanos en la materia. Por ejemplo, la normativa interna y las políticas públicas aún ameritan una mayor interamericanización para responder a la crisis migratoria en las Américas. Las autoridades nacionales tienen la responsabilidad de diseñar leyes conformes a los estándares interamericanos de protección, aplicarlas, vigilar su cumplimiento y controlar su validez.

En este punto juega un papel clave el poder judicial, que se ha erigido como un garante de los derechos humanos de las personas sobre la base de la jurisprudencia y la normativa nacional, interamericana e internacional. Como vimos, para determinar la constitucionalidad de la Ley de Migración, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invocó casos contenciosos y opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, además de la Convención Americana y la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, entre otros instrumentos. Esto ha permitido determinar que el procedimiento de revisión migratoria contemplado en la actual Ley de Migración es inconstitucional, "al ser contrario a los derechos de libre circulación y tránsito dentro del territorio nacional, así como a los de igualdad y no discriminación, debido a que es sobreinclusivo al no distinguir entre personas nacionales y extranjeras, además de generar impactos diferenciados en comunidades indígenas y afromexicanas".[98] Asimismo, advirtió que la falta de parámetros objetivos para llevar a cabo las revisiones permite que estas se lleven a cabo de manera aleatoria, con base en aspectos como el origen étnico, el color de piel o el idioma, lo cual puede derivar en un perjuicio para los sectores más desaventajados.

Los estándares emanados del Sistema Interamericano constituyen un mandato fundamental y obligatorio que impulsa la evolución favorable de la legislación, políticas públicas y jurisprudencia en materia migratoria —y muchas otras—, debiendo ser asumidos y aplicados por cada autoridad estatal, en el ámbito de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Más aún considerando que nos enfrentamos a un problema que debe ser afrontado con la cooperación comprometida y conjunta de todos los Estados de la región.

[98] SCJN. Comunicado de prensa núm. 184/2022, de 19 de mayo de 2022, *https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6906*

Impacto de los estándares interamericanos en materia de migración en el Sistema y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Luis López Guerra**

1. Introducción

En el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, en el marco del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se configura como el órgano de cierre del sistema. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[1] reserva a dicho órgano jurisdiccional la adopción de medidas con carácter vinculante para los respectivos Estados Parte.

Los demás órganos del Consejo de Europa cumplen una función instrumental, de provisión de los recursos materiales y de personal de apoyo al Tribunal y, en el caso del Comité de Ministros, de supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH. Por ello, el impacto práctico de las garantías desarrolladas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el Sistema

* Catedrático en la Universidad Carlos III de Madrid. Juez (2008-2018) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

1 Adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, modificado por los Protocolos nº 11, 14 y 15, completado por el Protocolo Adicional y los Protocolos nº 4, 6, 7, 12, 13 y 16.

Europeo se ha producido a través de las decisiones y sentencias del Tribunal Europeo que los Estados Parte del Convenio se comprometen a acatar. Serán pues estas decisiones y sentencias las que se examinarán en las líneas que siguen.

Valga comenzar señalando, en relación con la protección de las personas migrantes,[2] que el Convenio Europeo contiene escasas referencias a los derechos de los extranjeros (así, artículos 5 y 16) y ningún reconocimiento específico de derechos de los migrantes. Sólo los Protocolos nº 4 y 7 (no ratificados por todos los Estados Parte del Convenio) llevan a cabo un mayor reconocimiento de derechos de personas extranjeras. Por ello ha resultado especialmente relevante en este campo la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que ha llevado a cabo una tarea de extensión de los derechos del Convenio a los no nacionales, y en particular, en los últimos años, en materia de migración.

El carácter sobre todo pretoriano de la protección de los migrantes en el sistema del Convenio, viene a resaltar la importancia de las características de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo al respecto, y las posibles fuentes de inspiración sobre esa jurisprudencia, y entre ellas y señaladamente los estándares del Sistema Interamericano, a través de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

[2] Utilizo el término "migrante" en el sentido amplio empleado en la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: "Para efectos de la presente Opinión Consultiva, la Corte utilizará los siguientes términos con el significado señalado: a) **emigrar o migrar** Dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él. b) **emigrante** Persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él. c) **inmigrar** Llegar a otro Estado con el propósito de residir en él. d) **inmigrante** Persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él. e) **migrante** Término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante". 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. 69.

2. Las formas de proyección de los estándares interamericanos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por lo que se refiere al impacto de los estándares interamericanos en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, cabe apreciar que se ha producido en forma paralela a lo ocurrido en otras materias. Esto es, siguiendo unas pautas según las cuales si bien en un primer momento son la Comisión y la Corte Interamericanas las que recogen y utilizan en sus decisiones la doctrina del Tribunal Europeo, progresivamente éste va teniendo en cuenta la doctrina elaborada por esos órganos, de manera que hoy puede hablarse de una influencia recíproca entre los Sistemas Europeo e Interamericano.[3] Esta influencia recíproca da lugar a que si bien no resulte en ocasiones adecuado afirmar que una determinada interpretación de un derecho se ha originado en el TEDH o en la Corte IDH, en otros casos sí es posible determinar cómo y cuándo se ha iniciado un diálogo entre las dos Cortes y en qué medida la jurisprudencia de una de ellas ha tenido un impacto en la otra, bien para reforzar la interpretación adoptada del contenido y alcance de los derechos garantizados convencionalmente, bien para la misma elaboración de esa interpretación.

En este aspecto, y a la hora de valorar, en forma general, el impacto de los estándares interamericanos en la jurisprudencia

[3] Véase, por ejemplo, Burgorgue-Larsen, Laurence; Montoya Céspedes, Nicolás, "El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos", en López Guerra, Luis; Saiz Arnaiz, Alejandro (dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Lima, Palestra, 2015, pp. 329-359; Cano Palomares, Guillem, "Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Revenga Sánchez, Miguel; Cuenca Gómez, Patricia (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo xx*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 47-72. Para una visión general, véase, García Roca, Javier; Nogueira Alcalá, Humberto; Bustos Gibert, Rafael, "La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo", en García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 66-107.

de Estrasburgo, es conveniente tener en cuenta la estructura de las decisiones del Tribunal Europeo, y el significado y función de cada uno de sus apartados. En las sentencias del Tribunal se distingue, por una parte, una sección de "Hechos" en la que, entre otros aspectos, se hace constar, bajo el epígrafe "Material Internacional" las disposiciones y resoluciones de ese tipo que el TEDH ha tenido en cuenta (lo que puede incluir, entre otros, la normativa del Sistema Interamericano, y las decisiones pertinentes de la Comisión y la Corte Interamericanas); por otra, una sección de "Derecho", en la que figuran las alegaciones de los recurrentes y las aportaciones de terceros intervinientes, así como los razonamientos y conclusiones del Tribunal; finalmente, se adjuntan en su caso, las opiniones particulares (concurrentes o disidentes) de los jueces y las juezas.

Teniendo en cuenta todo ello, es posible señalar, en lo que se refiere a cuestiones de migración en las sentencias del Tribunal Europeo, un creciente impacto, cuantitativo y cualitativo, de los estándares interamericanos. Desde una perspectiva cuantitativa, puede señalarse que en un primer estudio realizado por los servicios del Tribunal sobre las referencias en su jurisprudencia, desde su mismo inicio y hasta 2016, a la Convención Americana y a la Comisión y la Corte Interamericana,[4] se incluyen cinco referencias en materia de migración.[5] Con posterioridad a ese estudio, en los cinco años siguientes (de 2016 a 2021), y según los datos del sistema informativo del Tribunal, esa cifra pasa a ocho referencias.[6]

---

4 Consejo de Europa/TEDH. *Research Report. References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American instruments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2016. La primera referencia del TEDH a la Corte IDH es del año 1996. En materia de migración, la primera referencia es del año 2012.

5 TEDH. *Caso De Souza Ribeiro vs. Francia*, de 13 de diciembre de 2012; TEDH. *Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, de 23 de febrero de 2012; TEDH. *Caso Tautkus vs. Lituania*, de 27 de noviembre de 2012; TEDH. *Caso Petropavlovskis vs. Lituania*, de 13 de enero de 2015, y TEDH. *Caso Ramadan vs. Malta*, de 21 de junio de 2016.

6 TEDH. Gran Sala, *Caso Khlaifia y otros vs. Italia*, de 15 de diciembre de 2016; TEDH. *Caso Abdullahi Elmi y Aweis Abubakar vs. Malta*, de 22 de noviembre de 2016; TEDH. *Caso M.A. y otros vs. Lituania*, de 11 de diciembre

Desde una perspectiva cualitativa, el impacto de los estándares interamericanos en la jurisprudencia de Estrasburgo muestra también desarrollos significativos. En un trabajo realmente pionero de Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya, referido hasta el año 2012, que analiza la influencia recíproca entre las Cortes de Estrasburgo y San José, los autores destacan la existencia de una variedad de vectores de influencia, esto es, de sujetos protagonistas en el diálogo entre Cortes. Los autores señalan como vectores, tanto a los mismos Tribunales en su conjunto como a sus miembros individuales (en sus opiniones particulares), y a sujetos externos a los Tribunales, como las partes y los terceros intervinientes.[7] La existencia y relevancia de esos vectores puede deducirse del mismo contenido de las resoluciones jurisprudenciales. El estudio muestra que, desde una perspectiva general, los vectores del diálogo de la Corte IDH con el Tribunal Europeo habían sido sobre todo sujetos del procedimiento situados fuera de la Corte, esto es, bien los propios recurrentes, que citaban la jurisprudencia de la Corte o bien los terceros intervinientes. Sin embargo, los autores resaltaban que (a diferencia de lo que resultaba de las sentencias de la Corte IDH respecto de la jurisprudencia europea) no eran frecuentes las citas de resoluciones y normas del Sistema Interamericano por parte del mismo Tribunal de Estrasburgo. Pues bien, en lo que se refiere a la protección de los derechos de las personas migrantes, las referencias a los estándares interamericanos presentan una tendencia distinta.

Si bien en las sentencias del TEDH los terceros intervinientes desempeñan un papel relevante en lo que se refiere a las citas del Sistema Interamericano,[8] son más abundantes las referencias a

---

de 2018; TEDH. *Caso G.B. y otros vs. Turquía*, de 17 de octubre de 2019; TEDH. Gran Sala, *Caso S.M. vs. Croacia*, de 25 de junio de 2020; TEDH. *Caso M.K. y otros vs. Polonia*, de 23 de julio de 2020; TEDH. Gran Sala, *Caso Georgia vs. Rusia (II)*, de 21 de enero de 2021. Utilizo los datos suministrados por la base HUDOC del TEDH.

7 Burgorgue-Larsen, Laurence; Montoya Céspedes, Nicolás, *op. cit*., pp. 332 y ss.

8 Así, Columbia Law School of Human Rights Clinic en *Hirsi Jamaa vs. Italia*; Coordination Française pour le droit d'asile y McGill Centre en *Khlaifia y otros vs. Italia*; Clinique doctorale de droit internationale des droits de

éste tanto por parte del mismo Tribunal, en Sala o Gran Sala (en las secciones referidas al Derecho Comparado, y a las apreciaciones del Tribunal sobre el caso concreto),[9] como por parte de sus miembros (en forma de opiniones separadas).[10] Ello parece mostrar una atención especial del Tribunal Europeo en estas materias hacia la normativa y decisiones propias del Sistema Interamericano, así como una apreciación de la densidad del tratamiento normativo y jurisprudencial del tema por su par interamericano.

En todo caso, y a la hora de calibrar la naturaleza del impacto de los estándares interamericanos en el Tribunal Europeo, debe tenerse en cuenta que la ubicación de las referencias al Sistema Interamericano en sus sentencias tiene una importancia relativa. Ciertamente, si esa referencia se lleva a cabo dentro del mismo razonamiento del Tribunal, cabe apreciar que éste ha tenido muy en cuenta la normativa o resolución interamericana de que se trate. Pero incluso si la referencia se encuentra en otras secciones de la sentencia, no cabe minimizar su relevancia. Las sentencias del Tribunal Europeo pretenden integrar un razonamiento coherente, y por ello, la inclusión en ellas de determinados elementos en cualquiera de sus secciones (instrumentos normativos, sentencias, resoluciones de todo tipo) significa que el TEDH ha tomado en consideración esos elementos, bien por propia iniciativa, bien por impulso de las partes en el procedimiento, a la hora de adoptar su decisión. De hecho, es frecuente que las referencias contenidas en la sección de Derecho comparado, así

l'homme (Faculté de Droit d'Aix en Provence) en *S.M. vs. Croacia*; Centre for Advice on Individual Rights in Europe, Dutch Council for Refugees, European Council on Refugees and Exiles e International Commission of Jurists (actuando conjuntamente) en *M.K. y otros vs. Polonia.*

9 TEDH. *Caso G.B. y otros vs. Turquía, cit*., referencia en las secciones sobre Derecho comparado y de argumentación del Tribunal; TEDH. *Caso S.M. vs. Croacia, cit*., sección sobre Derecho comparado; TEDH. *Caso Georgia vs. Rusia (II), cit*., sección de argumentación.

10 TEDH. *Caso De Souza Ribeiro vs. Francia, cit*.*;* TEDH. *Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, *cit*.; TEDH. *Caso Tautkus vs. Lituania*, *cit*.; TEDH. *Caso Petropavlovsky vs. Lituania*, *cit*.; TEDH. *Caso Ramada vs. Malta*, *cit*.; TEDH. *Caso Khlaifia y otros vs. Italia*, *cit*.; TEDH. *Caso Abdullahi Elmi y Aweis Abubakar vs. Malta*, *cit*.; TEDH. *Caso M.A. y otros vs. Lituania, cit*., y TEDH. *Caso G.B. y otros vs. Turquía*, *cit*., y TEDH. *Caso Georgia vs. Rusia (II), cit*.

como las efectuadas por las partes o los terceros intervinientes se citen también en la sección dedicada a los razonamientos del Tribunal para reforzarlos.[11]

Y en cuanto a las referencias contenidas en votos u opiniones particulares (concurrentes o disidentes) si bien se refieren a la posición de uno o varios jueces, no cabe olvidar que su formulación refleja que en la discusión se han planteado cuestiones al respecto. Como ha podido afirmarse, "sólo a través de los votos particulares puede oírse la verdadera voz del Tribunal, porque la lectura de esos votos ofrece al lector atento una visión del diálogo entre jueces en los puntos en que no están de acuerdo".[12]

3. Los grados de influencia de los estándares interamericanos

Otra cosa es, desde luego, la mayor o menor influencia que los estándares interamericanos citados en las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hayan podido ejercer sobre las decisiones de éste en cada caso concreto. A este respecto es posible diferenciar dos situaciones.

Por una parte, aquélla en que la referencia a esos estándares se lleva a cabo como un *obiter dictum*, esto es, como citas que en el texto de la sentencia sirven como apoyo a conclusiones ya adoptadas por el Tribunal en su jurisprudencia (o que de todos modos el Tribunal adoptaría) y que en los votos particulares sirven para sostener una posición crítica o coincidente con la resolución ma-

[11] Así en *G.B. y otros vs. Turquía*, en el que se cita la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH en la sección de Derecho comparado y en la sección dedicada al razonamiento del TEDH para reforzar su argumentación. TEDH. *Caso G.B. y otros vs. Turquía*, *cit*., párrs. 79 y 168. 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. Serie A No. 21.

[12] O'Boyle, Michael, "The opinions, separate or otherwise, of judge Nicolas Bratza", en *Freedom of Expression, Essays in Honor of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Wolf, 2012, pp. 13-42. Valga señalar que los votos particulares referentes a los estándares interamericanos en materia de migración pertenecen, casi en régimen de monopolio, al juez Pinto de Albuquerque.

yoritaria. En esta situación, la referencia es más bien ilustrativa, y no decisiva para el fallo, o en el sentido del voto particular. Como ejemplos, en *Petropavlovskis vs. Lituania,*[13] la referencia que el Tribunal lleva a cabo del artículo 20 de la Convención Americana, y su aplicación por las sentencias de la Corte IDH en los casos *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* de 2014,[14] y *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* de 2005,[15] es simplemente ilustrativa de que el Convenio Europeo, a diferencia de la Convención Americana, no reconoce un derecho a la nacionalidad. Lo mismo puede decirse del voto particular disidente del juez Pinto de Alburquerque a la sentencia en el caso *Ramadan vs. Malta,*[16] señalando las diferencias en la misma materia entre las previsiones del Sistema Europeo y las del Sistema Interamericano, aplicadas en los razonamientos de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-4/84.[17] También, como meramente ilustrativa, puede considerarse la referencia a la Opinión Consultiva OC-18/03,[18] en el voto particular concurrente de los jueces Pinto y Vučinić a la sentencia del caso *De Souza Ribeiro vs. Francia,*[19] en relación con el rechazo a toda discriminación derivada del status de migrante. Y lo mismo puede decirse de la referencia a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*[20] en el voto particular del juez Pinto a la sentencia *M.A. y otros vs.*

13 TEDH. *Caso Petropavlovskis vs. Lituania*, *cit*., párrs. 44 y 45.

14 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.

15 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

16 TEDH. *Caso Ramadan vs. Malta*, *cit*., Opinión disidente del juez Pinto de Albuquerque.

17 Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

18 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *cit*.

19 TEDH. *Caso De Souza Ribeiro vs. Francia*, *cit*., Opinión concordante del juez Pinto de Albuquerque, a la que se adhiere el juez Vučinić.

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

Lituania,[21] para subrayar el carácter de los migrantes como grupo vulnerable. En todos estos supuestos, las menciones a la Convención Americana, o a la jurisprudencia de la Corte de San José, son de naturaleza adjetiva respecto de la decisión del Tribunal, y de las tesis del voto particular.

Ahora bien, en ocasiones se produce una segunda situación, aquélla en la que las referencias a los estándares interamericanos desempeñan un papel relevante (y a veces determinante) en la *ratio decidendi* de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Este papel puede deducirse, a la luz de lo señalado más arriba, no sólo del expreso reconocimiento por parte del Tribunal Europeo de la influencia de esos estándares en un caso concreto, sino también de la estructura y contenido general de la sentencia (incluyendo las referencias al Derecho comparado, así como los votos particulares) y en ocasiones de la misma evolución de la jurisprudencia del TEDH y su acercamiento a las posiciones adoptadas en materia de migración por el Sistema Interamericano. En las líneas que siguen, se hará referencia, a varios supuestos de este tipo, relativos al impacto de esas posiciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre medidas cautelares, detención de migrantes, y expulsiones colectivas.

4. La fuerza vinculante de las medidas cautelares y su aplicación a personas migrantes

El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Tribunal de Estrasburgo (e indirectamente, sobre otras instituciones del Consejo de Europa) en materia de migración se verifica en un aspecto tan crucial como la eficacia de las medidas cautelares dictadas en favor de migrantes, en el curso de procedimientos de protección de sus derechos ante el Tribunal, a fin de suspender la expulsión o devolución a su país de origen en tanto el TEDH no decida sobre su caso. La influencia de la Corte de San José se hace evidente por cuanto, al revocar su jurisprudencia

[21] TEDH. *Caso M.A. y otros vs. Lituania*, *cit*., Opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque.

anterior sobre el tema, el Tribunal de Estrasburgo cita abundantemente, para este cambio de rumbo, decisiones de la Corte IDH.

No deja de llamar la atención que, para llevar a cabo esa revocación, el Tribunal Europeo se base en decisiones de la Corte Interamericana que, en principio, parecen tener poca relación con el tema de la migración y la protección de los migrantes. Sin embargo, la doctrina derivada resulta de innegable importancia en la materia, por cuanto impide que, en su caso, las resoluciones del TEDH en favor de los migrantes demandantes de protección resulten inoperantes, si la expulsión o devolución se ha consumado durante el procedimiento.

Valga señalar que el Convenio Europeo, a diferencia de la Convención Americana (artículo 63.2),[22] no contiene disposición alguna que prevea el dictado de medidas cautelares o provisionales en el transcurso del procedimiento ante el Tribunal de Estrasburgo. Ello podría dar lugar a que la alegada vulneración de un derecho del Convenio se mantenga y consolide durante ese procedimiento, de forma que no quepa reparación o remedio efectivo cuando el Tribunal dicte su sentencia, lo que resulta particularmente grave en supuestos de expulsión y devolución de migrantes.

Esta omisión se trató de remediar primeramente en el artículo 36 del Reglamento de la Comisión Europea de Derechos Humanos y, posteriormente, en el artículo 39 del Reglamento del TEDH. Este último artículo permite al Tribunal "indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren debe ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento". Ahora bien, inicialmente, el Tribunal vino a estimar que ni las previsiones del artículo 36 del Reglamento de la Comisión[23] ni

[22] De acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)]".

[23] TEDH. *Caso Cruz Varas y otros vs. Suecia*, de 20 de marzo de 1991, párrs. 101 y 102.

las del artículo 39 del Reglamento del Tribunal[24] tenían fuerza vinculante y por lo tanto no obligaban a los Estados a adoptar las medidas cautelares indicadas.

Pues bien, esta línea jurisprudencial se vio alterada en la sentencia del caso *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía* de 2005,[25] con referencia abundante a los estándares interamericanos. En *Mamatkulov y Askarov*, ante la demanda de los recurrentes de no ser extraditados a Uzbekistán, alegando ser objeto de una persecución política y correr riesgo de ser objeto de malos tratos, el Tribunal Europeo indicó a Turquía en virtud del artículo 39 del Reglamento que, cautelarmente, aquellos no fueran devueltos a Uzbekistán. El Gobierno turco, sin embargo, procedió a esa devolución, siendo los recurrentes condenados a prisión en ese país. Ante ello, el Tribunal concluyó en su sentencia que se había producido una violación del artículo 34 del Convenio que, refiriéndose al derecho de demanda individual, establece que "[l]as Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio de ese derecho". El TEDH estimó que el no cumplimiento de las medidas cautelares indicadas había impedido el examen apropiado de las demandas planteadas, y había imposibilitado a los recurrentes la adecuada defensa de sus pretensiones. A partir de esta decisión, el Tribunal ha mantenido consistentemente que el no cumplimiento de las medidas cautelares acordadas implica una violación del artículo 34 del Convenio.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal Europeo cita expresamente la jurisprudencia de la Corte IDH, que si bien no se refiere a cuestiones de migración, establece que el cumplimiento de las medidas cautelares o provisionales acordadas resulta obligatorio para garantizar la protección efectiva de los derechos alegados. Reveladoramente, en los antecedentes de Derecho, el Tribunal Europeo hace mención a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* (en el que la Comisión Interamericana había pedido a la Corte que acordara medidas provisio-

[24] TEDH. *Caso* Čonka *y otros vs. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002.

[25] TEDH. *Caso Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, de 4 de febrero de 2005, párrs. 123 a 129.

nales en favor de la recurrente). En dicha sentencia la Corte IDH afirmó que:

> [...] en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y111).[26]

Igualmente, para fundamentar su cambio de doctrina sobre la base de la jurisprudencia interamericana, el Tribunal de Estrasburgo hizo referencia a las medidas provisionales en *James y otros vs. Trinidad y Tobago* de 1999, en las que la Corte IDH estableció:

> Que los Estados parte de la Convención deberán cumplir, de buena fe, (*pacta sunt servanda*) de acuerdo con todo lo provisto en la Convención, incluyendo aquellas provisiones relativas a la operación de los dos órganos supervisores del sistema interamericano; y, de acuerdo con el objetivo fundamental de la Convención, que es garantizar la protección efectiva de los derechos humanos (artículo 1.1, 2, 51 y 63.2), los Estados parte deben abstenerse de incurrir en acciones que vayan en contra del *restitutio in integrum* de los derechos de las supuestas víctimas.[27]

Y, en los fundamentos jurídicos de la sentencia *Mamatkulov y Askarov*, el Tribunal de Estrasburgo concluyó:

---

[26] Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 80. Valga recordar al respecto que, en la misma decisión, la Corte IDH también resaltó que el artículo 33 de la CADH dispone que la CIDH es un órgano competente junto con la Corte IDH "*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la CIDH aprueba en sus informes. *Ibid.,* párr. 81.

[27] Corte IDH. *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago*. Medidas Provisionales. Resolución de 27 de mayo de 1999, considerando 9.

> El Tribunal observa que el Tribunal Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas, aunque operando bajo mandatos convencionales distintos de los que afectan al Tribunal, han confirmado en sus razonamientos en decisiones recientes que el mantenimiento de los derechos alegados por las partes, en caso de daños irreparables representa un objetivo esencial de las medidas provisionales en derecho internacional. Ciertamente, puede afirmarse que cualquiera que sea el ordenamiento jurídico en cuestión, la correcta administración de justicia exige que no pueda llevarse a cabo una actividad de carácter irreparable mientras se desarrolla el procedimiento.[28]

En consecuencia, en *Mamatkulov y Askarov*, y con la reconocida inspiración en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo dio un giro de 180 grados respecto de su jurisprudencia anterior, y estableció un precedente que es seguido en numerosas sentencias posteriores en casos referentes a migración. Esto, especialmente en supuestos en los que, de las circunstancias de la demanda, puede sospecharse que de no adoptarse esas medias provisionales la protección del derecho invocado perdería todo su efecto.[29]

Dado que, conforme fue establecido en *Mamatkulov y Askarov*, "cualquiera que sea el ordenamiento jurídico en cuestión, la correcta administración de justicia exige que no pueda llevarse a cabo una actividad de carácter irreparable mientras se desarrolla el procedimiento", la posición del Tribunal respecto de la necesaria adopción de medidas cautelares, teniendo en cuenta la Con-

---

28 TEDH. *Caso Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, *cit*., párr. 124.

29 Así, y como ejemplo, en *MSS vs. Bélgica y Grecia*, en los antecedentes de la sentencia se hace constar que "el 2 de julio de 2009, debido a la creciente situación de inseguridad general en Afganistán, el carácter plausible de la historia del demandante sobre los riesgos que había corrido y correría de nuevo en caso de devolución a Afganistán, así como la ausencia de reacción de las autoridades griegas, el Tribunal decidió aplicar el artículo 39 del Reglamento y solicitar al Gobierno griego, en el interés de las partes y para el buen funcionamiento del procedimiento, la no expulsión del demandante en espera del resultado del procedimiento ante el Tribunal". TEDH. Gran Sala, *Caso MSS vs. Bélgica y Grecia,* de 21 de enero de 2011, párr. 40.

vención Americana y la jurisprudencia de la Corte de San José, ha tenido un efecto reflejo. Este efecto reflejo se verifica tanto en los textos elaborados por el Consejo de Europa como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, referida a los deberes en el plano del ordenamiento interno por parte de las autoridades nacionales.

En cuanto a lo primero, destaca el artículo X de las *Líneas directrices sobre derechos humanos en casos de procedimientos urgentes de asilo*, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.[30] Estas Líneas Directrices establecen que ante las instancias nacionales, el recurso contra la denegación del asilo, en caso de peligro de tortura o malos tratos, deberá tener efecto suspensivo.[31]

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el efecto reflejo de la necesidad de la adopción vinculante de medidas provisionales para una protección efectiva de los derechos del Convenio en el ordenamiento interno se muestra en la sentencia del caso *A.C y otros vs. España* de 2014.[32] En el caso, derivado de una demanda planteada por un grupo de saharauis peticionarios de asilo en España ante el temor de malos tratos en Marruecos, los demandantes recurrieron al TEDH presentando 30 solicitudes de medidas cautelares que suspendieran su devolución a Marruecos, con fundamento en el artículo 39 de Reglamento del Tribunal. Los recurrentes exponían que, en el pasado, habían padecido malos tratos por parte de las autoridades marroquíes, relacionados con su origen saharaui, e indicaban sentirse amenazados y tener miedo a las represalias. El Tribunal de Estrasburgo, decidió

30 Comité de Ministros del Consejo de Europa. Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, adoptadas el 1 de julio de 2009.

31 *Ibid.*, Section X: "1. Asylum seekers whose applications are rejected shall have the right to have the decision reviewed by a means constituting an effective remedy. 2. Where asylum seekers submit an arguable claim that the execution of a removal decision could lead to a real risk of persecution or the death penalty, torture or inhuman or degrading treatment or punishment, the remedy against the removal decision shall have suspensive effect".

32 TEDH. *Caso A.C y otros vs. España*, de 22 de abril de 2014.

indicar al gobierno español, en aplicación del artículo 39 de su Reglamento, que no procediera a la devolución de los demandantes mientras durara el procedimiento ante el Tribunal. Y, en relación con la proyección interna de la doctrina de la necesidad de la adopción de medidas provisionales, significativamente, el TEDH condenó al Estado español por la violación del artículo 13 del Convenio[33] sobre derecho a un recurso efectivo. El TEDH consideró que el Estado no había previsto en su ordenamiento un recurso con efectos suspensivos eficaces para evitar una expulsión en tanto se dilucidaba la pretensión de asilo de los recurrentes. De acuerdo con el Tribunal, si éste no hubiera indicado las medidas cautelares, los recurrentes habrían sido devueltos a Marruecos por las autoridades españolas.

En fechas más recientes, en el caso *M.K. y otros vs. Polonia* de 2020,[34] como muestra del mantenimiento de la posición del Tribunal respecto del carácter vinculante de las medidas cautelares, y con referencia a la jurisprudencia interamericana en la materia, el TEDH estimó la violación del artículo 34 del Convenio por la no observancia de las medidas provisionales indicadas para que las autoridades polacas no devolviesen a los recurrentes, demandantes de asilo a Bielorrusia. El Tribunal, en el texto de la sentencia, en la sección dedicada a las alegaciones de las partes, hizo referencia a los argumentos de las terceras partes intervinientes (*Centre for Advice on Individual Rights in Europe, the Dutch Council for Refugees, the European Council on Refugees and Exiles and the International Commission of Jurists,* actuando conjuntamente) respecto de la fuerza vinculante de las medidas cautelares adoptadas por instancias internacionales de protección de derechos humanos, basándose en procedimientos seguidos entre otros, ante la Corte Interamericana, en el sentido de que:

[33] Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

[34] TEDH. *Caso M.K. y otros vs. Polonia*, *cit*.

> [...] en la misma forma en que la fuerza vinculante de las medidas provisionales de todas las autoridades internacionales se funda en la necesidad de preservar los hechos durante la resolución del caso, y de prevenir daños irreparables a los intereses de una de las partes ante Cortes y Tribunales de derechos humanos, también sirve para preservar la capacidad de una corte o tribunal para proporcionar protección real y efectiva a los derechos humanos garantizados por el Tratado aplicable.[35]

5. La detención de migrantes. El caso de los menores

El artículo 5.1.f) del Convenio Europeo establece como causa legítima de privación de libertad "si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición". El Tribunal Europeo ha tenido amplia oportunidad de interpretar el contenido y alcance de esa provisión, desarrollando progresivamente una doctrina que fija los límites y condiciones para su aplicación.

Como líneas generales de la doctrina de Estrasburgo puede apuntarse, por un lado, que el Convenio no requiere que el Estado muestre la necesidad del internamiento de extranjeros ni que estos hubieran llevado a cabo actividad ilegal alguna.[36] Pero al tiempo, el Tribunal establece varios condicionamientos. El Estado no debe actuar arbitrariamente, por motivos distintos a los autorizados por el artículo 5 (impedir la entrada o llevar a cabo una expulsión o deportación) y debe actuar de buena fe, sin utilizar engaños o añagazas.[37] La detención debe llevarse a cabo en condiciones adecuadas, y debe tenerse especialmente en consideración la situación de los menores, habida cuenta de la primacía del interés superior del menor. Por otro lado, el Tribunal aplica los

[35] *Ibid*., párr. 228.

[36] TEDH. Gran Sala, *Caso Chahal vs. Reino Unido*, de 15 de noviembre de 1996.

[37] TEDH. *Caso* Čonka *y otros vs. Bélgica*, *cit*.

mismos criterios a los migrantes en general y a los solicitantes de asilo o protección internacional.[38]

Esa doctrina, hasta el momento, no coincide íntegramente con la elaborada por la Corte IDH en cuanto a la utilización de esos criterios. Mientras que, como se ha visto, para aceptar la detención de extranjeros migrantes en virtud del artículo 5 del Convenio, el Tribunal de Estrasburgo utiliza el criterio de la no arbitrariedad y buena fe, la Corte de San José favorece el criterio de necesidad.[39] Así y todo, la jurisprudencia del TEDH en esta materia se ha visto afectada por el impacto de la doctrina de la Corte Interamericana en relación con la detención de personas migrantes. Incluso, el Tribunal Europeo ha podido proponerse formalmente la sustitución del criterio de no arbitrariedad o buena fe por el criterio de necesidad, así como el establecimiento de requisitos especiales para solicitantes de asilo y refugio. La propuesta se ha recogido en el voto particular concurrente del juez Pinto de Albuquerque en la sentencia del caso *Abdullahi Elmi y Aweis Abubakar vs. Malta* de 2016.[40] En este caso el Tribunal estimó que la detención de los recurrentes, menores que pretendían pedir asilo político en Malta, había vulnerado su derecho derivado del artículo 5 del Convenio, debido a la excesiva duración de esa detención, a pesar de que constaba a las autoridades de Malta su condición de menores. En sus fundamentos, el Tribunal se basó en la doctrina consolidada en años anteriores, a partir del caso *Chahal vs. Reino Unido*.[41]

El voto particular concurrente del juez Pinto de Albuquerque expresa su coincidencia con el fallo, pero lleva a cabo una crítica de la interpretación aplicada al artículo 5.1.f) del Convenio en cuanto a la detención de extranjeros para su expulsión o extradición; crítica que va más allá de las circunstancias del caso concreto, para extenderse a la práctica seguida hasta ese momento

38 TEDH. Gran Sala, *Caso Saadi vs. Reino Unido,* de 29 de enero de 2008.

39 Así, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá, cit*., y 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.

40 TEDH. *Caso Abdullahi Elmi y Aweis Abubakar vs. Malta, cit*.

41 TEDH. Gran Sala, *Caso Chahal vs. Reino Unido, cit*.

por el Tribunal. El voto particular manifiesta que el criterio de la no arbitrariedad, seguido hasta el momento por el TEDH, como justificativo de la adopción de una medida de detención de un migrante no es suficiente, y que debe adoptarse el criterio de la necesidad de la detención, esto es, que para la consecución del objeto perseguido no exista otra medida menos gravosa para el derecho a la libertad.[42] El voto particular se basa, con abundante cita, en las sentencias del caso *Vélez Loor vs. Panamá* de 2010[43] y *Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* de 2013.[44] En cuanto a la primera sentencia, el voto particular recuerda que la Corte Interamericana había establecido que "serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central sea la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines".[45]

Pero además, el voto particular indica que la Comisión Interamericana, en su Resolución 03/08, *Derechos humanos de los migrantes. Estándares internacionales y Directiva Europea sobre Retorno,* ya había proclamado que "las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse sólo de manera excepcional y luego de haber analizado en cada caso su necesidad. En todos los casos, los Estados deben evitar la prolongación excesiva de la detención y deben asegurar que sea lo más breve posible".[46]

La crítica del voto particular, también con base en la doctrina de la Corte de San José, va más allá, y versa sobre la equiparación que el Tribunal lleva a cabo entre los migrantes en general y aquellos que solicitan asilo. Su crítica se centra en los principios ya sentados por el TEDH en *Saadi vs. Reino Unido* de 2008, respecto de la detención de un solicitante que considera justificada

42 TEDH. *Caso Abdullahi Elmi y Aweis Abubakar vs. Malta*, *cit*., Voto particular concurrente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 22.

43 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*.

44 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, *cit*.

45 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párr. 171.

46 CIDH. Resolución 03/08, Derechos humanos de los migrantes. Estándares internacionales y Directiva Europea sobre Retorno.

por la buena fe del Gobierno.[47] El voto particular considera que las exigencias en estos supuestos deben ser más estrictas que en caso de los migrantes en general. En los términos del voto particular, la Corte IDH y la CIDH han repudiado radicalmente el indignante (*utterly outrageous*) razonamiento del caso *Saadi*. El voto apunta que, incluso, las Salas del Tribunal se han rebelado silenciosamente contra ese razonamiento. Y termina al resaltar que:

> Una orden de detención por la única razón de la comodidad burocrática del Estado viene a convertir a las personas afectadas en mercancías. La interpretación por la Gran Sala del artículo 5.1 (f) del Convenio debe revisarse para poner coherencia en la confusa jurisprudencia, y para ponerla en línea con el Derecho internacional sobre refugiados. El Tribunal no puede hacer oídos sordos al clamor mundial de que *Saadi* debe desaparecer.[48]

El voto particular indicado señala un posible camino a seguir, de acuerdo con las pautas del Sistema Interamericano, apuntadas por la Comisión y la Corte IDH. El resultado de esas propuestas está por verse, en el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Pero no faltan indicios de que la jurisprudencia de la Corte de San José se toma muy en cuenta, más allá de la cita en los antecedentes, incluso a la hora de establecer la *ratio decidendi* de alguna sentencia.

En efecto, el impacto de la doctrina de la Corte de San José se hace también evidente (y esta vez en el mismo cuerpo de la sentencia, y dentro de sus fundamentos jurídicos, y no solo en

---

47 TEDH. Gran Sala, *Caso Saadi vs. Reino Unido, cit*.

48 TEDH. *Caso Abdullahi Elmi y Aweis Abubakar vs. Malta*, *cit*., Voto particular concurrente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 33. Debe señalarse que en la sentencia del TEDH no aparece referencia alguna a las sentencias de la Corte IDH, ni en la sección "derecho aplicable" ni en el cuerpo de los fundamentos. Por otra parte, no consta que los recurrentes invocaran esas sentencias. Sin embargo, y como se indicó, la relevancia de las opiniones particulares estriba en ser muestra de que los temas en ellas tratados fueron objeto de la discusión y consideración por el Tribunal. Es el paso del tiempo, por otra parte, y la evolución de la doctrina del TEDH, lo que determinará los efectos de los votos particulares y de las citas en ellos contenidas.

los antecedentes) en la sentencia del caso *G.B. y otros vs. Turquía* de 2019,[49] en una materia también tratada en *Abdullahi*, como son las condiciones de detención de menores migrantes, esta vez integrados en una unidad familiar. El Tribunal ya había tenido amplia oportunidad de referirse a los especiales requisitos para la detención de menores migrantes y a las condiciones de esa detención.[50] En el caso, el TEDH encontró una violación del artículo 5.4 del Convenio, respecto de una mujer migrante y sus tres hijos, detenidos para su expulsión por las autoridades turcas, debido a que no se les concedió un recurso efectivo para examinar la legalidad de su detención. El Tribunal concluyó la violación del Convenio examinando las circunstancias del caso a la luz, entre otros, de la doctrina de la Corte IDH respecto de las detenciones de menores. Esto, primeramente, al establecer en los antecedentes del caso, la posición de instancias internacionales en situaciones similares. Sobre el particular, el Tribunal Europeo se refirió a las consideraciones efectuadas por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-21/14 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.[51] El Tribunal reprodujo el párrafo 158 de la Opinión Consultiva, referido a la detención de niños cuando viven con alguno de sus progenitores:

> 158. [...] De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la

[49] TEDH. *Caso G.B. y otros vs. Turquía, cit*.

[50] Así, entre otras muchas sentencias, TEDH. *Caso Kanagaratnam y otros vs. Bélgica*, de 13 de diciembre de 2011, o TEDH. *Caso Rahimi vs. Grecia*, de 5 de abril de 2011.

[51] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *cit*.

> detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños [...].[52]

En ese sentido, el Tribunal Europeo destacó que el mantenimiento de la unidad de la familia no justifica la privación de libertad, supuesto que debe considerarse excepcional. En consecuencia, la protección especial del niño se extiende a sus padres cuando viven con ellos, y las autoridades deben encontrar medidas alternativas a la detención.[53]

Sobre la base de la cita en la sección de Derecho Comparado, el Tribunal Europeo, ahora en los fundamentos jurídicos de la sentencia, insiste en la excepcionalidad de la detención de menores, incluso acompañados, y parece además señalar un viraje hacia la posición de la Corte Interamericana en favor de la utilización del criterio de necesidad también respecto de los adultos, en la línea apuntada por el juez Pinto de Albuquerque en el voto particular citado, fundándose en *Vélez Loor* y *Familia Pacheco Tineo*. Primeramente, el Tribunal Europeo señala "el impacto dramático de la privación de libertad sobre los derechos fundamentales de la persona afectada"[54] y, a continuación, indica la existencia de un amplio consenso en Derecho internacional frente a la no detención de menores en controles de migración. Pero, dando un paso más allá, apunta que "la tendencia en Derecho internacional hacia la adopción de medidas alternativas a la detención administrativa de migrantes parece referirse no sólo a los niños sino también a sus padres".[55] Como consecuencia, y de

---

52 *Ibid*., párr. 158.

53 TEDH. *Caso G.B. y otros vs. Turquía*, *cit*., párr. 79.

54 *Ibid*., párr. 166.

55 *Ibid*., párr. 168. "The Court further notes that the move in international law towards adopting alternative measures to the administrative detention of migrants appears to concern not only children, but also their parents. The Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights and the joint general comment of the Committee on the Rights of the Child and the Committee on Migrant Workers have both stated that 'when the child's best interests require keeping the family together, the imperative requirement not to deprive the child of liberty extends to the child's parents and requires the authorities to choose non-custodial solutions for the entire family' (see paragraphs 79 and 70 above, respectively)".

nuevo con expresa referencia a la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH, establece que "cuando el interés superior del menor requiere mantener a la familia conjuntamente, el requisito imperativo de no privar al niño de libertad se extiende a sus padres, y exige a las autoridades encontrar otras soluciones para la familia que no impliquen privación de libertad".[56]

Los estándares resultantes de la interpretación por la Corte de San José del artículo 7 de la Convención Americana, particularmente en las sentencias de los casos *Familia Pacheco Tineo, Vélez Loor* y, más recientemente, en la Opinión Consultiva OC-21/14, parecen pues tener un impacto en el desarrollo de la jurisprudencia de Estrasburgo, no sólo en la propuesta de ampliación de los criterios establecidos en *Chahal* y *Saadi*, sino también en indicios que apuntan a una mayor evolución —y aún reconsideración— en ese sentido.

6. Expulsiones colectivas

Un aspecto en que es perceptible el impacto de los estándares interamericanos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo es el referente al tratamiento de las expulsiones colectivas de personas migrantes —en el sentido amplio de la expresión— como actuaciones contrarias al Convenio, y más concretamente, al artículo 4 del Protocolo 4. Puede además destacarse que ese impacto se ve reforzado con el paso del tiempo y el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte de San José, en un proceso dinámico, que bien pudiera considerarse como ejemplo del diálogo entre Tribunales. Ello es perceptible si se comparan las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en los casos *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia* (2012),[57] *Khlaifia y otros vs. Italia* (2016)[58] y *M.A y otros vs. Lituania* (2018).[59]

56 *Idem*.

57 TEDH. *Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, *cit*.

58 TEDH. Gran Sala, *Caso Khlaifia y otros vs. Italia*, *cit*.

59 TEDH. *Caso M.A. y otros vs. Lituania*, *cit*. Para la jurisprudencia del TEDH en esta materia, en relación con la de la Corte IDH, véase el completo análisis de Cano Palomares, Guillem, "La prohibición de las expulsiones colec-

En *Hirsi Jamaa y otros,* el Tribunal Europeo resolvió la demanda planteada por un grupo de personas que, en embarcaciones procedentes de Libia, fueron interceptadas en alta mar por buques de la Armada italiana, y devueltos sumariamente a su lugar de partida, sin que se llevase a cabo un análisis individualizado de su situación. El caso exigía así la aplicación del artículo 4 del Protocolo 4 del Convenio, según el cual "quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros". Dada la progresiva abundancia de casos de este tipo debido al crecimiento de la emigración a Europa, la doctrina sentada en esta sentencia estaba destinada a revestir una considerable relevancia en la práctica, como efectivamente ocurrió.

Un tema previo, en el que vale la pena estudiar la proyección de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de migración, es el referente a la apreciación del Tribunal de Estrasburgo en *Hirsi Jamaa* sobre su jurisdicción para conocer del caso, ya que el gobierno italiano había alegado que, al haberse producido los hechos fuera del territorio nacional, no era aplicable el artículo 1 del Convenio, que vincula a los Estados Parte a reconocer los derechos del Convenio "a toda persona bajo su jurisdicción". El Tribunal, al pronunciarse sobre la cuestión de la jurisdicción, no hizo referencia, en los antecedentes o en los fundamentos jurídicos, a la Corte IDH o a la Comisión Interamericana. El TEDH se basa en su jurisprudencia anterior (particularmente en *Al Skeini y otros vs. Reino Unido* de 2011)[60] para establecer que "cuando un Estado a través de sus agentes operando fuera de su territorio ejerce control y autoridad sobre un individuo, el Estado está sujeto a la obligación, de acuerdo con el artículo 1, de asegurar a ese individuo los derechos y libertades de la sección I del Convenio que sean relevantes para la situación de ese individuo".[61] Sin embargo, el voto particular concurrente del juez Pinto sí tiene en cuenta la jurisprudencia interamericana al respecto. En ese sen-

tivas de extranjeros ante el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Temas de Derecho Constitucional*, nº 1, 2019, pp. 16-25.

60 TEDH. Gran Sala, *Caso Al Skeini y otros vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 2011.

61 *Ibid*., párr. 74.

tido, el juez señala que la prohibición del rechazo (*refoulement*) no se limita al territorio del Estado sino que se aplica a la acción extraterritorial del Estado, incluyendo aquella que se produce en alta mar. Ello resulta de la interpretación realizada por varios organismos internacionales, como la Comisión Interamericana.[62]

Sobre este mismo tema, en la sentencia *M.A. y otros vs. Lituania,*[63] las referencias a los estándares derivados de los informes de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Estados Parte de la Convención se ven actualizadas en el voto particular concurrente, también del juez Pinto de Albuquerque. El voto menciona así, como apoyo al principio de jurisdicción interterritorial de los Estados (y la consiguiente sujeción a los mandatos del Convenio en esos supuestos) el Informe de la CIDH sobre la *Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América* de 2015,[64] y adicionalmente, a las sentencias *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* de 2017,[65] *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1988,[66] así como, más ampliamente, y en relación con la observancia de los derechos humanos en situaciones de rechazo, *Vélez Loor vs. Panam*á de 2010.[67]

En todo caso, y con carácter más novedoso, el tema central que se plantea en *Hirsi Jamaa* es la extensión que debe darse a la

62 TEDH. *Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, *cit*., Voto particular concurrente del juez Pinto de Albuquerque. El voto particular cita a este respecto el Informe de la CIDH en el Caso Centro Haitiano para los Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Véase, CIDH. Informe N° 51/96. Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675. Estados Unidos, de 13 de marzo de 1997, párr. 163.

63 TEDH. *Caso M.A. y otros vs. Lituania*, *cit*.

64 CIDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, de 24 de julio de 2015.

65 Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 174.

66 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164.

67 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*.

expresión "expulsión colectiva" del artículo 4 del Protocolo 4 al Convenio Europeo. Como es sabido, la conclusión a la que llega el Tribunal es que la calificación de "expulsión colectiva" no se refiere al número del conjunto de personas expulsadas (perspectiva cuantitativa) sino al hecho que la expulsión se haya llevado a cabo sin que se haya producido una consideración individualizada sobre las características y condiciones de cada uno de los afectados.[68] Pues bien, no deja de ser digna de atención la relevancia que en el texto de la sentencia se da a las alegaciones de los terceros intervinientes en el procedimiento, citando la jurisprudencia interamericana. La sentencia hace amplia referencia a la intervención de la *Columbia Law School Human Rights Clinic* respecto de la importancia de la identificación y evaluación individual para evitar que sean rechazadas en frontera personas en situaciones de riesgo. La intervención indica asimismo que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, los Estados tienen la obligación de examinar la situación de cada individuo caso por caso, para garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas afectadas. Y a este respecto señala que la Comisión Interamericana ha reconocido la importancia de esas garantías procesales en el ya citado caso *Centro Haitiano para los Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos,*[69] subrayando además que esa decisión revestía importancia particular, en cuanto contradecía una posición anterior del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Sale v. Haitian Centres Council*. La conexión de los argumentos de la sentencia con las alegaciones de los terceros intervinientes es evidente.

Las referencias al Sistema Interamericano en materia de garantías procesales frente a expulsiones colectivas se vieron confirmadas y actualizadas en la sentencia *Khlaifia y otros vs. Italia* de 2016.[70] En este caso, que también se refería a la alegada vulneración del artículo 4 del Protocolo 4 (aun cuando en esta ocasión no se apreció una vulneración de este precepto por parte del Estado italiano), dos terceros intervinientes invocaron la jurisprudencia del Tribunal de San José para reafirmar los principios en

68 TEDH. *Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia, cit., párr.* 177.

69 CIDH. Informe N° 51/96, *cit*.

70 TEDH. Gran Sala, *Caso Khlaifia y otros vs. Italia, cit*.

la materia sentados en *Hirsi Jamaa*.[71] Por una parte, la *Coordination Française pour le droit d'asile* citó en apoyo de esa confirmación la sentencia de la Corte IDH de 2014 en el caso de las *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (posterior a *Hirsi Jamaa*), en el sentido de que "la expulsión de migrantes sin un examen cuidadoso de su situación individual aumentaría significativamente el riesgo de quebrantamiento del principio de no rechazo".[72]

Y en la misma línea, la intervención del *McGill Center* apunta a que las expulsiones colectivas están también prohibidas por el artículo 22.9 de la Convención Americana. Asimismo señala que la posición del Tribunal Europeo, estableciendo que existiría una presunción de expulsión colectiva cuando se produjera una expulsión de extranjeros en grupo, coincide con el enfoque adoptado por la Comisión Interamericana en su informe sobre la "Situación de los Haitianos en la República Dominicana" de 1991. En este Informe, la CIDH estableció que se había producido una expulsión colectiva de haitianos por parte del Gobierno de la República Dominicana porque a los individuos expulsados no se les había ofrecido la oportunidad formal de defender su derecho a permanecer en el país.[73]

Como muestra de la atención del Tribunal Europeo hacia los estándares interamericanos, no deja de resultar llamativo que, al confirmar en *Khlaifia y otros* la doctrina sentada en *Hirsi Jamaa*, el TEDH reproduzca casi literalmente en los fundamentos de su sentencia los argumentos aducidos por los terceros intervinientes recordando la doctrina interamericana, en el sentido de que el objeto del artículo 4 del Protocolo 4 es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales, y por lo tanto, sin darles la posibilidad de presentar sus argumentos frente a la medida

71 TEDH. *Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia, cit.*

72 Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit*.

73 CIDH. Informe Anual 1991, Capítulo V, Situación de los Haitianos en la República Dominicana.

adoptada por la autoridad competente.[74] El Tribunal viene así, también en este caso, a reforzar su posición en la materia, incorporando principios y argumentos consolidados en el Sistema Interamericano, esta vez con inclusión de la cita de esos principios y argumentos en el texto de la sentencia, tanto directamente al reproducir las aportaciones de los terceros intervinientes, como indirectamente en su razonamiento decisorio.

Valga señalar que esta línea jurisprudencial, que refleja la posición de la Corte de San José, se ha visto modificada en sentido restrictivo por la sentencia de Estrasburgo en el caso *N.D. y N.T. vs. España* de 2020.[75] En esta sentencia, el TEDH introdujo una excepción a la configuración de una expulsión colectiva, cuando la expulsión en cuestión fuera consecuencia de la propia conducta de los expulsados. En el caso, de acuerdo con el TEDH, las personas expulsadas atravesaron ilegalmente una frontera, usando la fuerza y creando una situación incontrolable ("*a clearly disruptive situation which is difficult to control*"),[76] que habría puesto en peligro la seguridad pública. Sin embargo, esta doctrina, por cierto muy criticada, parece estar sujeta a una aplicación casuística, que en algún supuesto limita el alcance de la excepción, tal como lo demuestran las sentencias de los casos *Shahzad vs. Hungría* (2021)[77] y *M.H. y otros vs. Croacia* (2021).[78] Dada la controversia al respecto, tanto dentro del Tribunal (expresada en votos particulares de los jueces y las juezas) como en la opinión académica sobre el alcance de la excepción, cabe esperar una clarificación por parte del Tribunal Europeo que

---

74 TEDH. Gran Sala, *Caso Khlaifia y otros vs. Italia*, *cit*., párr. 238. De acuerdo con el TEDH: "In order to determine whether there has been a sufficiently individualised examination, it is necessary to consider the circumstances of the case and to verify whether the removal decisions had taken into consideration the specific situation of the individuals concerned (see *Hirsi Jamaa and Others*, cited above, § 183). Regard must also be had to the particular circumstances of the expulsion and to the 'general context at the material time' (see *Georgia v. Russia* (I), cited above, § 171)".

75 TEDH. Gran Sala, *Caso N.D. y N.T. vs. España*, de 13 de febrero de 2020.

76 *Ibid.*, párr. 201.

77 TEDH. *Caso Shahzad vs. Hungría*, de 8 de julio de 2021.

78 TEDH. *Caso M.H. y otros vs. Croacia*, de 18 de noviembre de 2021.

asegure la protección del artículo 4 del Protocolo 4 al Convenio frente a expulsiones colectivas.

7. A modo de conclusión

De las líneas que preceden, puede apreciarse que, en sus respectivas áreas de jurisdicción, el TEDH y la Corte IDH han debido enfrentarse con problemas comunes derivados del fenómeno migratorio, cada vez más graves y acuciantes. No es por ello de extrañar que, ante desafíos similares y bajo la inspiración de principios comunes, los órganos de ambos sistemas encargados de garantizar los derechos humanos hayan experimentado un proceso de influencias recíprocas que se han manifestado por diversas vías.

Por lo que atañe a la proyección en materia de migración de los estándares interamericanos sobre el Sistema Europeo, y señaladamente sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo cabe indicar que, como en otros supuestos, el impacto de los estándares interamericanos se ha producido tanto por vías externas al TEDH (alegaciones de los recurrentes, intervenciones de terceros) como desde dentro del mismo (opiniones separadas, razonamientos jurídicos en las sentencias), con la particularidad de que, progresivamente, ha sido el mismo Tribunal el que por propia iniciativa, ha ido recogiendo la doctrina interamericana como apoyo a sus conclusiones e incluso como elemento relevante en su *ratio decidendi*. Y ello en algunos aspectos claves del fenómeno migratorio presentes en ambos sistemas, como son la especial protección de sectores vulnerables (notablemente el caso de los menores) o la protección frente a expulsiones colectivas. En el aspecto procesal, cabe destacar en la jurisprudencia europea el impacto de la doctrina interamericana en lo que se refiere a la necesidad y fuerza vinculante de las medidas cautelares en casos de expulsión.

Esta proyección de los estándares interamericanos en el Sistema Europeo se ha incrementado en forma progresiva, posiblemente debido a la creciente importancia del fenómeno migratorio, de los problemas que plantea y de la búsqueda de una

interpretación y aplicación adecuadas de los derechos humanos en ese ámbito. Si bien, como en todo sistema jurídico, el Tribunal Europeo se encuentra sujeto a los mandatos de la propia normativa en que se inserta (fundamentalmente el Convenio Europeo) como derecho vinculante, a la hora de interpretar esos mandatos, tanto en materia de migración como en otras materias, el Tribunal no ha dudado en tener en cuenta la evolución de los principios y valores inspiradores de la protección de unos derechos que tienen un alcance universal. En esa tarea, la doctrina elaborada por órganos de otros sistemas, como la Comisión y la Corte Interamericanas, cumple una destacada función, que bien podría denominarse como *soft law*, a la hora de apreciar, por parte del Tribunal Europeo, la existencia de un *ius commune* de los derechos humanos.

Parte II
El impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde las voces de las personas migrantes y sus familias

Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la búsqueda de personas migrantes desaparecidas en la región

*Bertila Parada**
*Ana Lorena Delgadillo***

"el primer sufrimiento fue cuando ocurrió la desaparición, no saber nada y no poder hacer nada desde El Salvador; el segundo sufrimiento cuando me dijeron que lo iban a cremar y después cuando me negaron de que estuviera entre los restos, cuando me negaron mis derechos como víctima..."

"tenía miedo de que volvieran a desaparecer a mi hijo después de muerto..."

Bertila Parada. Madre de Carlos Alberto Osorio, salvadoreño localizado en fosas clandestinas de San Fernando

---

* Madre de Carlos Alberto Osorio, migrante salvadoreño desaparecido y encontrado en las fosas de San Fernando, Tamaulipas, en el año 2011. Es también integrante del Comité de Familiares de Migrantes Fallecidos y Desaparecidos de El Salvador.

** Directora Ejecutiva de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho.

1. Diversos actores construyendo la transnacionalidad en la búsqueda de personas migrantes desaparecidas

La creación de mecanismos de búsqueda de personas migrantes desaparecidas en Centro y Norteamérica ha dependido en gran parte del impulso de familias organizadas en Honduras, El Salvador, Guatemala y México (principalmente), aunado a las alianzas que se han logrado articular con otros actores en la región, como organizaciones no gubernamentales y albergues dedicados a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes en tránsito.

La formación de comités de familiares de migrantes desaparecidos y asesinados provenientes de Honduras y El Salvador tiene origen en historias personales, que se van entretejiendo con historias de otras personas que pasan por la misma situación y que se unen para un fin común: buscar a sus desaparecidos.

"Yo voy a sacar de pobre a nuestra familia", fue lo último que *Monchito,* como le decía su familia de cariño, le dijo a su hermana Lucía Contreras, cuando salió de su natal San Salvador, el 4 de junio de 2000. Casi un mes después, el cuerpo de Salomón González Contreras, *Monchito*, fue encontrado con rastros de tortura en Chiapas, México.

"Yo no sabía que uno se podía morir por intentar cruzar México. Me di cuenta que había más casos como el de mi hermano. Empezamos a encontrarnos familias que nos pasaba lo mismo: íbamos a Cancillería [en San Salvador] y no nos daban respuesta. Decidimos juntarnos y organizarnos. La asociación *Carecen* nos ayudó, aunque yo no sabía ni cómo encender una computadora", dice Lucía Contreras, una de las integrantes fundadoras del Comité de Familiares de Migrantes Fallecidos y Desaparecidos de El Salvador (COFAMIDE). COFAMIDE es una asociación conformada por familiares de personas desaparecidas y fallecidas por migrar de forma indocumentada hacia Estados Unidos, que comenzaron a organizarse desde 2000. El Comité como tal nació

en 2006 con una docena de casos,[1] que hoy llegan a más de 150, número que, lamentablemente, es apenas una muestra de un problema aún más grave: la desaparición y homicidio de personas migrantes en su tránsito por México.

En la región se fueron sumando otros comités que, si bien surgieron con el propósito de buscar a las personas migrantes desaparecidas y apoyar en casos de migrantes fallecidos, han ido ampliando sus actividades en materia de justicia, incidencia política dentro y fuera de su país, y articulación con diversos actores en la región. Al COFAMIDE se suma el Comité de Familiares de Migrantes Desaparecidos en El Progreso (COFAMIPRO), creado en 1999, en la ciudad de El Progreso, departamento de Yoro, Honduras; el Grupo Justicia y Esperanza de San Luis de la Paz, Guanajuato, que nace en 2011 a raíz de la desaparición de 23 migrantes mexicanos que iban rumbo a Estados Unidos; el Comité de Familiares de Migrantes del Centro de Honduras (COFAMICENH) con sede en la ciudad de La Paz, departamento de La Paz, Honduras, fundado en 2014 por los familiares de nueve jóvenes hondureños que fueron asesinados en la masacre de Cadereyta en 2012. Por último, en Guatemala, las familias se comenzaron a organizar en 2018, formando la Asociación de Familiares de Migrantes Desaparecidos de Guatemala (AFAMIDEG).

A la par del nacimiento de estos comités, en las rutas de tránsito de personas migrantes, existen albergues y casas para migrantes, gestionados en su mayoría por grupos religiosos, quienes reciben a las personas migrantes en el tránsito, les brindan hospedaje, alimentación, y primeros auxilios cuando lo necesitan. Frente a la violencia que ha venido ocurriendo principalmente en México, esos albergues y casas para migrantes han tenido que convertirse también en centros de documentación, denuncia y articulación para exigir que pare la violencia contra las personas migrantes en la región.

Fue gracias a la documentación y al trabajo de los albergues y casas del migrante en México que, en 2009, la Comisión Nacional

[1] Históricamente, desde que ocurrió el huracán Mitch (1998), las familias de Centroamérica comenzaron a organizarse en la región, para buscar a sus migrantes desaparecidos en el tránsito.

de los Derechos Humanos (CNDH) documentó en el "Informe Especial sobre los casos de secuestro en contra de migrantes",[2] 198 casos de secuestro que tuvieron como consecuencia la privación de la libertad de 9,758 personas migrantes en el periodo de septiembre de 2008 a febrero de 2009. Posteriormente, en febrero de 2011, la CNDH publicó el "Informe Especial sobre secuestro de migrantes en México",[3] donde documentó 214 eventos de secuestro, de los cuales resultaron 11,333 víctimas en un periodo de seis meses, de abril a septiembre de 2010.

También alrededor de 2008, el Equipo Argentino de Antropología Forense comenzó a implementar el "Proyecto Frontera", que impulsa la creación de Bancos de Información Forense con la participación de comités de familiares, actores gubernamentales y no gubernamentales. El propósito de estos Bancos es concentrar de manera integral y sistemática información forense que permita la identificación de personas migrantes desaparecidas. Como veremos más adelante, estos bancos forenses permitieron la creación del primer mecanismo transnacional de la región: la Comisión Forense para la identificación de restos de tres masacres de migrantes ocurridas en el norte de México, que permite un intercambio masivo de información entre países a fin de establecer la identidad de las víctimas de estas masacres.

En ese contexto, en 2011, también nace la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, con la misión de promover el acceso a la justicia para grupos en situación de vulnerabilidad, principalmente mediante el trabajo con familias de personas migrantes desaparecidas y ejecutadas en México. La Fundación tiene sus oficinas centrales en Ciudad de México, pero desde su nacimiento tuvo la claridad de que debía constituirse como una organización transnacional para poder vincular familias de personas desaparecidas que están en países de origen, con

[2] Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Informe Especial sobre los Casos de Secuestro en contra de Migrantes, de 15 de junio de 2009, *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2009_migra.pdf*

[3] CNDH. Informe Especial Sobre Secuestro de Migrantes en México, de 22 de febrero de 2011, *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2011_secmigrantes.pdf*

autoridades que están en el país donde ocurrieron los hechos y que es, de hecho, donde se debe buscar a las personas migrantes desaparecidas. De tal forma, la Fundación para la Justicia tiene también oficinas en Honduras, El Salvador y Guatemala, desde donde realiza un trabajo directo con familias de migrantes desaparecidos, incidencia y vinculación con actores locales. La Fundación representa a más de 120 familias que buscan a su familiar migrante desaparecido y representa familias en cinco casos de masacres ocurridas en el norte de México.

2. Contexto histórico: desaparición de migrantes en México y en la región. Incremento de la violencia a partir de 2007

Si bien desde antes de 2007 ya existían manifestaciones de violencia que afectaban a las personas migrantes en su recorrido hacia los Estados Unidos de América, ésta se agudizó aún más a partir de 2008, cuando el entonces presidente mexicano, Felipe Calderón Hinojosa, decidió que el ejército saliera a las calles para combatir la delincuencia organizada.[4] A partir de ese momento, las estadísticas de los delitos como homicidios, secuestro y desapariciones comenzaron a formar montañas en las gráficas nunca antes vistas.[5]

---

[4] Véase, Langner, Ana, "Calderón deja deuda con los migrantes", *El Economista*, de 21 de agosto de 2012, *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Calderon-deja-deuda-con-los-migrantes-20120821-0086.html*; De La Rosa Rodríguez, Paola Iliana, "Violencia contra migrantes: escenario común tras la guerra contra el crimen organizado en México", *Revista IUS*, vol. 15, nº 47, enero/junio 2021, pp. 209-232, *https://doi.org/10.35487/rius.v15i47.2021.656* Asimismo, Declaración del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, con motivo de su visita a México, de 7 de octubre de 2015, *https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16578&LangID=S*

[5] En cuanto a homicidios, por ejemplo, la tasa por cada 100 mil habitantes se cuadruplicó al pasar de 7.1, en 2007, a 29 homicidios por cada 100 mil habitantes en 2021. Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), *https://inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=6655*

Entre 2007 y 2010, el número de casos de desaparición aumentó 241% y, quizá más grave aún, la tasa de personas que eran localizadas tras reportarse su desaparición bajó dramáticamente. Es decir, mientras que en 2007 siete de cada diez personas desaparecidas fueron localizadas, esta proporción bajó a cuatro de cada diez para 2010, de acuerdo con las estadísticas oficiales del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas.

La situación no ha mejorado desde entonces. El Comité contra las Desapariciones Forzadas de la Organización de las Naciones Unidas, en su reciente visita a México, expresó que lamentaba "constatar que se mantiene una situación generalizada de desapariciones en gran parte del territorio del Estado, frente a la cual, tal y como venimos señalando desde el 2015, '[imperan] la impunidad y la revictimización'".[6] El Comité se refirió expresamente al número de personas desaparecidas, y señaló que, según cifras oficiales "al día de hoy, el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y no Localizadas indica una cifra de 95121 personas desaparecidas, de las cuales más de un centenar habrían sido cometidas durante nuestra estancia".[7]

Con pena constatamos que las estadísticas oficiales invisibilizan a la población migrante, pues de acuerdo con los registros, desde el 2000 sólo se han reportado 39 personas migrantes como desaparecidas (siete localizadas con vida y una más, sin vida). Dicha cifra es totalmente imposible, pues desde 2016, la Fundación para la Justicia, tan solo a través del Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación (MAE), acompaña a 124 personas migrantes desaparecidas (51 de Honduras, 30 de Guatemala y 43 de El Salvador).

Burocracia, corrupción e impunidad representan un muro difícil de franquear para las familias de las personas desaparecidas. Este muro es aún mayor cuando se trata de personas migrantes, pues a los obstáculos habituales se suman, entre otros, la distan-

6 Comité contra las desapariciones forzadas, Conferencia de prensa tras la visita del Comité contra la Desaparición Forzada a México, de 26 de noviembre de 2021, *https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27877&LangID=S*

7 *Idem*.

cia, el desconocimiento de las leyes, las dificultades económicas, la falta de sistematización de información forense, la ausencia de servicios legales, la poca cooperación de los países y en ocasiones hasta el idioma, ya que muchas de las personas provienen de diversos pueblos originarios.

3. La construcción de mecanismos transnacionales de búsqueda y justicia de la mano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

3.1. Audiencia sobre los derechos humanos de los trabajadores migratorios en tránsito en México

En el contexto de la gran violencia que azotaba a México entre 2009 y 2014, una de las primeras ocasiones en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió información acerca de la desaparición, secuestro y ejecución de personas migrantes fue el 12 de marzo de 2008, durante el 131 periodo de sesiones, en una audiencia sobre los derechos humanos de los trabajadores migratorios en tránsito en México.[8]

En la audiencia se hizo alusión al "Informe sobre la situación de los migrantes en México".[9] Ahí se señaló que algunos migrantes eran privados de la vida en su tránsito por México. A pesar de lo anterior, los gobiernos tanto de México como de los países de Centroamérica carecían de información fehaciente y precisa acerca del número de personas migrantes que pierden la vida en

[8] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Audiencia "Derechos humanos de los trabajadores migratorios en tránsito en México", 131 Periodo de Sesiones, de 12 de marzo de 2008, *http://www.cidh.oas.org/Audiencias/131/DDHH%20de%20trabajadores%20migratorios%20en%20transito%20en%20mexico.mp3* En la audiencia participaron: la Federación Internacional de Derechos Humanos; la Casa de Migrantes en Arriaga, Chiapas; la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Sin Fronteras y el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos.

[9] *Idem.*

su trayecto y de la causa de defunción. En la audiencia también se aludió a la práctica de impedir las identificaciones de los restos a fin de evitar los gastos correspondientes a la repatriación, y de clasificar los cuerpos como desconocido/a, a pesar de contar con documentos de identidad cuya correspondencia debería ser corroborada mediante pruebas científicas.[10] Asimismo, se dio cuenta de que las personas migrantes en México son víctimas de constantes abusos, como asaltos, golpes, maltrato físico y verbal, secuestros, ejecución y violaciones sexuales, perpetrados tanto por delincuentes, como por autoridades de los tres niveles de gobierno (federal, estatal, municipal).[11]

3.2. Audiencia sobre la situación de derechos humanos de migrantes en tránsito por el territorio mexicano

Posteriormente, el 22 de marzo de 2010, en el 138 periodo de sesiones de la CIDH, varias organizaciones expusieron específicamente los secuestros masivos de los que eran víctimas las personas migrantes en su paso por México.[12] En la audiencia, el padre Pedro Pantoja Arreola señaló que "a la cadena de innumerables sufrimientos y violaciones de la migración centroamericana en su tránsito por México, se añade la experiencia criminal del secuestro".[13] Según indicó el padre Pedro Pantoja, la cantidad aproximada de secuestros en el año 2009 fue de 18 mil: "El secuestro

10 *Idem*.

11 *Idem*.

12 CIDH. Audiencia "Situación de derechos humanos de migrantes en tránsito por territorio mexicano", 138 Periodo de Sesiones, de 22 de marzo de 2010, *http://www.cidh.org/audiencias/138/MexMig.mp3* En la audiencia participaron: el Centro de Derechos Humanos Agustín Pro Juárez; el Servicio Jesuita a Migrantes en México; el Centro Diocesano para los Derechos Humanos Fray Juan de Larios; la Dimensión de la Pastoral de la Movilidad Humana; la Casa de Migrantes Hermanos en el Camino; el Albergue de Nuestra Señora de Guadalupe; el Albergue Guadalupano de Tierra Blanca; el Servicio Jesuita de Jóvenes Voluntarios; el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova; Frontera Con Justicia y Humanidad Sin Fronteras.

13 *Idem*.

de migrantes es el punto infernal de llegada en el cual desemboca todo el proceso y la cadena de agresiones que los lleva a la destrucción total como personas".[14] El padre Pantoja responsabilizó a integrantes de la delincuencia organizada, así como a autoridades que forman parte de un negocio que al año genera aproximadamente 50 millones de dólares.[15]

En esta audiencia se proporcionaron cifras alarmantes: 9,758 secuestros en un lapso de seis meses, según la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Debido a lo anterior, calificaron la situación de secuestros como una práctica sistemática y generalizada, por su origen en una política migratoria sin perspectiva de derechos humanos, concebida desde una lógica de seguridad nacional (y no de seguridad humana) que criminaliza la migración, y por la impunidad que persiste a pesar de que el problema se había denunciado desde hacía más de dos años, lo que se traducía en denegación de acceso a la justicia y reparación.[16] El problema abarca la complicidad con las autoridades y los obstáculos para denunciar esos delitos, como abusos de los servidores públicos y riesgos para la vida de los denunciantes.

Los peticionarios resaltaron que era necesario el establecimiento de mecanismos interinstitucionales que garantizaran la protección de las personas migrantes frente a las agresiones sistemáticas provenientes de autoridades y particulares, específicamente del secuestro, que suele permanecer en la impunidad; la instalación de una fiscalía especializada en atención a los migrantes; la generación de condiciones de seguridad para los defensores de los derechos humanos de los migrantes; así como una visita *in loco* a México.[17] La respuesta del Estado fue esquiva, atribuyendo el problema a la estrategia contra la delincuencia organizada —sin calificarla como negativa— e invocando mejoras formales en la política migratoria.

14 *Idem.*

15 *Idem.*

16 *Idem.*

17 *Idem.*

3.3. Solicitud de medidas cautelares por el hallazgo de las fosas clandestinas en San Fernando, Tamaulipas, México

En 2010 ocurrió la masacre de 72 personas migrantes en el norte de México, en San Fernando, Tamaulipas. Familias de migrantes, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales de protección de derechos humanos[18] denunciaron públicamente violaciones cometidas con posterioridad al hallazgo: entrega equivocada de restos[19] o entrega sin ninguna documentación que acreditara fehacientemente la identificación, y ausencia de mecanismos efectivos para que las familias accedieran a la justicia.[20] Aquellas que tenían sospecha de que los restos de sus familiares pudieran estar entre los 72, no tenían una manera efectiva de corroborarlo. Únicamente contaban con las vías nacionales —generalmente la Cancillería de su propio país—[21] donde el flujo de

18 CIDH. Comunicado de Prensa No. 86/10, "CIDH condena matanza de inmigrantes en México", de 27 de agosto de 2010.

19 CNDH. Caso de privación de la vida de 72 personas migrantes y atentados a la vida de los extranjeros V73 y V74, en el municipio de San Fernando, Tamaulipas. Recomendación caso masacre 72 migrantes, de diciembre de 2014, en la que se señala: "188. Pues bien, sobre ese aspecto se pudo evidenciar que el Ministerio Público de la Federación (AR23), al recibir de parte de su homólogo del fuero común, los indicios y evidencias del caso, omitió especificar en la averiguación previa y en el Registro de Cadena de Custodia (RCC) respectivo, las diversas irregularidades que éstos presentaban, relativos al estado en que se encontraban las 51 evidencias de balística como casquillos .223 y 9mm, cartuchos y una ojiva, así como en los errores en las necropsias y la entrega del cuerpo de V44, en términos de lo señalado con antelación y tampoco dio aviso de ello a la Coordinación de Asuntos Internos de la Procuraduría General de Justicia de Tamaulipas", *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2013/Rec_2013_080.pdf*

20 Para mayor información, consultar algunos testimonios de víctimas, *http://masde72.periodistasdeapie.org.mx/capitulo3.html*

21 De los 350 casos documentados por la Fundación para la Justicia, se ha corroborado que en más del 80% las familias son referidas ante la cancillería de su propio país, como única vía para acceder a acciones de búsqueda e investigación si el delito ocurre en México. En este sentido, las familias deben esperar a recibir la respuesta diplomática que dará el gobierno mexicano a sus países para tener alguna noticia. Dado que estas peticiones se

información por la vía diplomática con México era demasiado lento y burocrático. En ocasiones la información no llegaba o se perdía, y resultaba imposible que las familias pudieran acceder a mecanismos de búsqueda, de verificación de identificación y en general, a la justicia.

Se supo de familias de Centroamérica que, al enterarse del hallazgo de las fosas clandestinas en San Fernando, Tamaulipas y ante la desesperación por no obtener respuesta desde su país, decidieron ingresar a México y cruzar el territorio de manera irregular, enfrentando los mismos peligros que sus familiares, para verificar si se encontraban o no entre los restos. Las familias de migrantes mexicanos desaparecidos también enfrentaron el riesgo de ir por sí mismas al norte. Tal fue el caso de las familias de San Luis de la Paz, quienes ante la falta de respuesta sobre la investigación y la búsqueda en su estado, Guanajuato, decidieron hacer el viaje a Tamaulipas, sorteando muchos peligros.[22]

Al ocurrir el hallazgo de 193 restos en fosas clandestinas en San Fernando, Tamaulipas en abril de 2011, la Fundación para la Justicia consideró que era necesario lograr una coordinación regional, desde una instancia internacional, para que no se repitieran las violaciones ya documentadas en el caso de la masacre de los 72 migrantes. La coordinación regional resultaba imperiosa. Si bien en México ocurrieron los hechos y, en consecuencia, ahí debían realizarse las investigaciones y las identificaciones, muchas de las familias se encontraban en otros países, sin un mecanismo ni una vía procesal clara para solicitar la búsqueda, investigación y corroboración de datos para la identificación. Asimismo, no existían acciones coordinadas que permitieran conocer cómo los países de origen debían apoyar a las familias y aportar información que pudiera servirle a México para garantizar de manera plena los derechos de las víctimas. Era claro, al menos para las familias, que la vía diplomática y los acuerdos de

realizan por la vía diplomática y no jurídica, México no inicia investigaciones por los hechos posiblemente delictivos que son de su conocimiento, sino que mantiene la petición por la vía diplomática.

22 Hora Cero. Las Fosas, ¿Dónde están los 23?, *https://www.youtube.com/watch?v=6Qr6a6fajBI*

colaboración penal entre países, no funcionaban de manera efectiva. Al respecto, la señora Bertila Parada señaló:

> Yo no sabía que tenía derechos en México. Si tenemos una persona desaparecida, somos nuevos, no sabemos cuáles son nuestros derechos. La lucha para poner una denuncia es una travesía. Yo puse la denuncia en Cancillería y tuvieron que pasar tres meses. La denuncia no salió de El Salvador en esos tres meses, y yo regresé a Cancillería y no había mandado la denuncia que yo había puesto. Ahí vi el poco interés de las autoridades. Ellos no nos van a decir que tenemos derechos. Ahora lo sabemos, lo hemos aprendido en el camino, nos lo ha enseñado el Comité y la Fundación. Las autoridades de El Salvador nos dicen: ustedes no son víctimas de El Salvador, sino de México, pero no nos dicen cómo llegar a México, no nos enseñan el camino.

Por otra parte, había mucha desconfianza en que fuera el propio Estado el que investigara los hechos, ya que se sabía que podía haber participación de agentes del Estado en los mismos, dados los antecedentes de los dos informes de la CNDH sobre secuestros de migrantes.

La Fundación para la Justicia, junto con un grupo de familias mexicanas que tenían duda sobre si sus familiares se encontraban en las fosas y algunas organizaciones de derechos humanos solicitaron medidas cautelares a la Comisión Interamericana, para la protección de víctimas y testigos de las masacres,[23] y para el establecimiento de procedimientos o protocolos destinados a investigar efectivamente los hechos e identificar los cuerpos.[24] En la solicitud se requirió a la CIDH que las medidas fueran ordenadas a Honduras, El Salvador, Guatemala, Ecuador y México, países cuyas víctimas podrían estar implicadas en las masacres, a fin de que existiera un mecanismo coordinado para la identificación de los restos y atención a las familias.[25] Este mecanismo

[23] Solicitud de Medidas Cautelares a la CIDH sobre Migrantes y mexicanos asesinados y desaparecidos en San Fernando, Tamaulipas, México en relación con Estados Unidos Mexicanos, El Salvador, Guatemala, Ecuador y Honduras, 2011, pp. 45-46, §6.1.1-§6.1.7.

[24] *Ibid.*, pp. 46-48, §6.1.1-§6.1.8.

[25] *Ibid.*, pp. 48, §6.2.1.

sería también un medio para evitar que las familias sufrieran una violación en su integridad y vida, pues es sabido que las personas que enfrentan un caso de desaparición, terminan siendo afectadas física y psico-emocionalmente si con posterioridad a la desaparición sufren victimización por el Estado (cuando les niegan llevar a cabo una búsqueda efectiva, no les proporcionan información sobre las acciones realizadas para dar con el paradero de la persona desaparecida, no se investiga o se niega información a las familias).[26]

La respuesta de la CIDH, en octubre de 2011, fue que no se otorgaban las medidas porque no se cumplía con los requisitos de acuerdo con sus reglas de procedimiento.[27] De acuerdo con las conversaciones sostenidas con personal de la Comisión, se nos informó que no había claridad sobre si las medidas eran exclusivamente para población migrante o si implicaba a población mexicana, si los autores eran agentes del Estado o integrantes del crimen organizado, ni cuáles eran en concreto las víctimas beneficiarias pues se decía que eran muchas familias, pero no se precisaba quiénes eran y dónde estaban. En una respuesta verbal, la Comisión señaló, además, que no existían precedentes sobre medidas cautelares solicitadas respecto de varios países y que la CIDH sólo otorgaba medidas para la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, y no para proteger el derecho al debido proceso.[28] De esta manera, la Comisión consideró que las medidas solicitadas para la preservación de evidencia y de restos, así como para permitir a las familias tener claridad sobre dónde acudir, eran medidas de debido proceso.

---

26 En este sentido, véase, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias acerca de las normas y políticas públicas para la investigación eficaz de las desapariciones forzadas, A/HRC/45/13/Add.3, de 7 de agosto de 2020, párrs. 69-70. En este Informe, el Grupo de Trabajo se refiere al efecto de los procesos de investigación en la salud mental y el bienestar psicológico de los familiares de víctimas de desaparición forzada.

27 Letter to the petitioners of request MC-214-11, "REF: Migrantes y mexicanos presuntamente asesinados y desaparecidos en México/Solicitud de medidas cautelares MC-214-11 México", de 19 de octubre de 2011.

28 A excepción de que las medidas sobre el debido proceso sean un medio para preservar la integridad y la vida.

A juicio de la Fundación para la Justicia, en este caso, la Comisión realizó una interpretación restrictiva de su Reglamento (artículo 25),[29] que no tuvo en cuenta, entre otras, la jurisprudencia del propio Sistema Interamericano sobre individualización de personas beneficiarias indeterminadas pero determinables,[30] ni el hecho de que, en algunas situaciones, como las desapariciones forzadas, la vulneración del derecho al debido proceso puede poner en grave riesgo los derechos a la vida y a la integridad personal. La Comisión Interamericana tampoco consideró, al negar la solicitud de medidas cautelares, que la pérdida de evidencia y la alteración de los restos óseos podría determinar la imposibilidad de identificar a las víctimas de la masacre y, con ello, afectar de manera irreparable el derecho a la verdad de los familiares. La Comisión perdió así la oportunidad de reflexionar sobre cómo se protegen los derechos humanos de las personas en situación de movilidad humana, en la que la mayoría de las veces las víctimas

[29] El artículo 25 del Reglamento de la CIDH establece: "1. En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. 2. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría Ejecutiva con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior. Si no fuera posible hacer la consulta dentro de un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará a sus miembros. 3. La Comisión podrá solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares. 4. El otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión".

[30] En este sentido, véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Asunto Integrantes del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos y de la Comisión Permanente de Derechos Humanos (CENIDH-CPDH) respecto de Nicaragua. Adopción de Medidas Provisionales Urgentes. Resolución del Presidente de 12 de julio de 2019, considerando 50; Corte IDH. Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales respecto de Colombia. Resolución de 24 de noviembre de 2000, considerando 7; y Corte IDH. Asunto Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de agosto de 2000, considerando 8.

y/o familiares no tienen acceso a los recursos de protección que requieren, sobre todo cuando no están en el país donde ocurren los hechos.[31]

La oportunidad y alcance de las medidas cautelares debería poder pensarse, en casos como el de las masacres de San Fernando, Tamaulipas, desde un enfoque transnacional de protección de los derechos humanos, que tenga en cuenta el hecho de la movilidad humana, la pluralidad de nacionalidades de los grupos de migrantes que se desplazan entre países y la responsabilidad simultánea de varios Estados en la protección integral de sus derechos y de sus familiares, incluidos sus derechos a la verdad y a la justicia. Asimismo, es necesario tener en consideración que al atravesar varios países en su recorrido (de origen, tránsito, destino, retorno) las personas migrantes pueden ser víctimas de crímenes cometidos no solo por agentes del Estado, sino también por grupos del crimen organizado. Adicionalmente, es importante que se reconozca que la desaparición forzada implica una tortura para los familiares de las víctimas, y que la falta de investigación y búsqueda pueden hacer imperativo el otorgamiento de medidas urgentes.

Sobre esta masacre, hoy se sabe que policías fueron detenidos y después liberados, que son múltiples las violaciones cometidas en los procesos de investigación e identificación de cuerpos, entre ellos: cremación de restos —que se consideran como elementos de prueba en una investigación y juicio penal— sin el consentimiento de las familias; entrega de restos sin presentar a las familias los dictámenes que acreditaran la identificación realizada bajo estándares internacionalmente aceptados; restos recuperados de fosas clandestinas —ya identificados o con información suficiente para lograr su identificación— y posteriormente enviados por autoridades del Estado mexicano a fosas comunes; restos e investigaciones penales divididos bajo dos jurisdiccio-

[31] Es importante señalar que en ese momento la CIDH enfrentaba un periodo políticamente complicado, de discusiones de reformas al Sistema Interamericano. Véase, González Morales, Felipe, "El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista IIDH*, vol. 59, 2014, pp. 119-149.

nes, la federal y la local,[32] sin que exista una explicación lógica o legal para ello y sin coordinación entre ambas competencias para colaborar en la investigación o identificación de restos.

3.4. La desaparición de Carlos Alberto Osorio, migrante de El Salvador: medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el juicio de amparo para lograr la suspensión de la cremación de restos

Mientras que organizaciones de la sociedad civil en México intentaban exigir garantías para las personas migrantes desaparecidas y sus familias, sin conocer a muchos de los familiares que se encontraban en Centroamérica, varias madres buscaban a sus hijos, desde los países de origen, sin saber que en México ya se exigían garantías para ellos y ellas. Doña Bertila Parada de Osorio tenía mucho temor cuando su hijo, Carlos Osorio Parada, de 27 años, salió de su hogar en San Salvador, El Salvador, para migrar a Estados Unidos de América. En un par de meses se convertiría en padre por primera vez y ése era su principal motor para querer transformar su realidad.

A finales de marzo, quienes esperaban a Charly en Estados Unidos de América avisaron a su familia que no había llegado. Ahí comenzó la incertidumbre. "De inmediato, pusimos la denuncia en la Cancillería de México en El Salvador. Llevamos sus fotografías. Nos dijeron que debíamos esperar, pero ¿cómo puede esperar una madre cuando se le ha sumergido en la angustia más inmensa por no saber la suerte de su hijo?", recuerda Bertila.

Un año y nueve meses después de una agónica espera que parecía no tener fin, la Fiscalía de El Salvador informó a la familia Osorio Parada que entre los restos encontrados en las fosas clandestinas halladas en San Fernando, Tamaulipas, en 2011, se encontraba el cuerpo de Charly.

[32] Sin que medie una justificación legal, los restos de 120 personas localizados en las Fosas de San Fernando, fueron trasladados a la Ciudad de México, y 73 mantenidos en San Fernando, Tamaulipas.

De acuerdo con lo que se le informó a doña Bertila, la Secretaría de Relaciones Exteriores de México pretendía que la familia de Charly diera su consentimiento para que los restos de su hijo fueran cremados. "¿Cómo iba a aceptar eso? Era como permitir que lo mataran por segunda vez", dice Bertila.

Después vinieron las amenazas de que si no firmaban el consentimiento de cualquier manera lo cremarían. "Aprendí a exigir. Y como no podía parar de llorar, también aprendí a hablar con lágrimas en mis ojos. Aprendí a pelear por mi hijo", dice Bertila.

En ese momento, Bertila era obligada a aceptar la cremación de los restos, cuando aún no se le había entregado ningún documento o una explicación científica que permitiera saber que efectivamente habían encontrado a Charly. Esto violaba la Ley General de Víctimas de México,[33] y era contrario a estándares internacionales. El artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, vigente ya en ese momento, establece que cada Estado Parte "adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos". Además, de acuerdo con la CIDH, las personas tienen derecho a contar con atención médica y psicológica, y a sepultar a sus seres queridos de acuerdo con sus creencias, lo que implica la repatriación del cuerpo en condiciones que lo permitan.[34]

La Fundación para la Justicia acompañó legalmente a Bertila en el proceso para evitar la cremación del cuerpo de Carlos, lo

[33] Ley General de Víctimas, arts. 21 y 123, fracción X. Este último artículo establece que corresponde al Ministerio Público: "Cuando se entregue a la víctima el cuerpo o restos humanos del familiar o personas cercanas, y no haya causado ejecutoria, le deberán informar que pesa sobre ella el deber de no someter los mismos a cremación. Dicho deber sólo puede ser impuesto a la víctima en aras de hacer efectivo su derecho a la verdad y a la justicia", *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgv.htm*

[34] 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, de 30 de diciembre 2013, párrs. 195, 207 y 409.16, 24, 25 y 26.

que, además, va en contra de cualquier buena práctica en investigación, pues se trataba de un homicidio.[35] Para las víctimas y sus familias es importante contar con certidumbre en un país extranjero, del que desconocen las leyes, quiénes son las autoridades, y las facultades de cada una de éstas. Es como entrar en un mundo desconocido en uno de los peores momentos de su vida.

Ante la amenaza de cremación de restos, se buscaron dos vías: la nacional, mediante un juicio de amparo donde se pudiera lograr una suspensión (una medida cautelar) que evitara la cremación y, por otro lado, una solicitud de medidas cautelares ante la CIDH con el mismo fin.

El juicio de amparo mexicano brindó protección de manera adecuada al evitar la cremación de los restos y derribó el argumento de que era un riesgo para la salud, utilizado por las autoridades para realizar cremaciones arbitrarias. Estos criterios establecidos por los tribunales fueron considerados buenas prácticas que después quedaron plasmadas en la Ley General de Víctimas.[36]

En el caso Osorio Parada, el recurso nacional fue más efectivo que el internacional. Sin embargo, es importante señalar que, desde la Fundación para la Justicia, se han logrado también medidas efectivas para la protección de restos, dictadas por el Comité contra la Desaparición Forzada.[37]

---

35 Véase, Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas, 2016, párr. 264.

36 Véase, Ley General de Víctimas, arts. 21 y 123, fracción X, *cit*.

37 Véase, Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México en virtud del artículo 33 de la Convención, de 12 de abril de 2022. El párrafo 70 de este informe establece que "70. El Estado parte debe garantizar que toda persona fallecida sin identificar sea inhumada en fosas individuales con información detallada y registrada en una base de datos operativa. Además, debe asegurar que los cuerpos de las personas fallecidas sin identificar no serán entregados a las universidades u otras entidades que las puedan hacer desaparecer".

3.5. La visita de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la audiencia de seguimiento

En 2011, dada la situación de violencia contra las personas migrantes que enfrentaba México, la CIDH realizó una visita en la que tuvo la oportunidad de acercarse a familiares de migrantes desaparecidos que venían en caravana desde Centroamérica. Este acercamiento permitió que la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Migrantes pudiera escuchar directamente, de la voz de los familiares, los obstáculos que tienen que enfrentar para realizar la búsqueda de sus seres queridos desde otro país, los peligros que corren y la falta de apoyo de los gobiernos para la búsqueda en vida y entre restos.

El comunicado emitido por la Relatoría al final de su visita destaca los casos de migrantes secuestrados en el tránsito. Asimismo, se refiere a la visita a las terminales de buses en San Fernando, Tamaulipas, donde se registraron varios episodios de secuestros de migrantes. Sobre su encuentro con la caravana de familiares de migrantes de Centroamérica en búsqueda de sus desaparecidos, el comunicado señala:

> La delegación recibió a cientos de personas que se trasladaron desde El Salvador, Guatemala y Honduras en la Caravana Paso a Paso hacia la Paz, la cual estaba compuesta por 500 personas, entre ellas 150 familiares de migrantes desaparecidos y migrantes que fueron secuestrados. Los testimonios recibidos revelan la tragedia de los migrantes en su tránsito por México.
>
> La CIDH recibió testimonios de migrantes que fueron testigos de matanzas de decenas de personas durante su cautiverio, así como de migrantes que estuvieron secuestrados junto a varios centenares de personas. La Relatoría escuchó el testimonio de madres que buscan a sus hijos desaparecidos, así como de esposas, hermanos y hermanas buscando a sus seres queridos. Se recibieron testimonios de violaciones sexuales y violaciones sexuales múltiples durante el periodo del secuestro. La Relatoría escuchó testimonios coincidentes en cuanto a la existencia de secuestros extorsivos, secuestros con fines de explotación sexual, trata y tráfico de personas.[38]

[38] CIDH. Comunicado de Prensa No. 82/11, "La Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos culmina su visita a México", de 2 de agosto de 2011.

En el 143 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana, el 27 de octubre de 2011, se llevó a cabo una audiencia de seguimiento a la visita realizada por la Relatoría sobre los derechos de las personas migrantes en México.[39] En la audiencia, se insistió en el tema de los secuestros a personas migrantes, del que son responsables agentes del Estado y particulares, sobre todo pertenecientes a la delincuencia organizada, pero en colusión con las autoridades, ya sea por acción u omisión. Se describió un cambio de *modus operandi*: de secuestros masivos a la privación de la libertad de pocas personas, lo cual igualmente representó, entre 2010 y 2011, 22 mil migrantes secuestrados.

A pesar de las alarmantes cifras, se hizo alusión a los escasos resultados. Según el informe del propio Estado, entre enero de 2008 y abril de 2010 se abrieron 44 averiguaciones previas (investigaciones penales) y únicamente se contaba con dos sentencias condenatorias. Los representantes del Estado mencionaron que en el caso relativo a las fosas clandestinas se efectuaron 81 detenciones y, de nueva cuenta, justificaron el incremento de la violencia en la estrategia contra el crimen organizado, una vez más, como si la forma en que se estaba efectuando fuera correcta e ineludible. Cabe resaltar que once años después, esas 81 detenciones no han significado ni una sentencia condenatoria.

3.6. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México

En el informe "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México" de 2013,[40] la CIDH reseñó contextos de riesgo para las personas migrantes y hechos violatorios que ya habían sido indicados por las

[39] CIDH. Audiencia, "Seguimiento de la visita a México de la Relatoría sobre derechos de los migrantes", 143 Periodo de Sesiones, de 27 de octubre de 2011, *http://www.cidh.org/audiencias/143/30.mp3*

[40] CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, *cit.,* recomendación 39.

organizaciones peticionarias de las medidas cautelares anteriormente citadas.

La CIDH determinó en su informe que, entre los principales desafíos, se encontraban: a) el abordaje regional de las actividades delictivas transnacionales relacionadas con el secuestro, trata y tráfico ilícito de personas migrantes; b) los abusos y crímenes perpetrados por actores del crimen organizado, haciendo mención específica de las masacres y secuestros masivos; c) los obstáculos en el acceso a la justicia que contribuyen a magnificar la situación de impunidad en delitos y violaciones de derechos humanos contra las personas migrantes; y d) que los mecanismos generados por México y los países de Centroamérica no fueron eficaces para la colaboración, coordinación e intercambio de información, incidiendo en la magnificación del sufrimiento de las víctimas indirectas de los casos de migrantes desaparecidos y ejecutados en México.[41] El informe además deja ver la desprotección y falta de asistencia a las víctimas, tal como ya habían hecho saber a la CIDH las peticionarias de las medidas cautelares denegadas en 2011.[42]

Asimismo, la CIDH documentó fallas y vacíos relacionados con el manejo y la identificación de restos:

> [...] la Comisión también recomienda que en casos de hallazgos de restos y/o cadáveres, que por sus particularidades señalen que podrían haber migrantes, se preserven los restos no identificados. La Comisión tiene conocimiento de que de los 193 cuerpos hallados en las fosas de Tamaulipas en abril de 2011, aún hay más de 150 que no han sido identificados. La información suministrada por representantes de los bancos de datos forenses de El Salvador y Honduras señala que es posible que migrantes centroamericanos se encuentren dentro de estos restos. Por tal razón, la Comisión recomienda que para los casos de restos que ya hayan sido enviados a la fosa común, se les proteja de cualquier innovación, y los que aún permanecen en SEMEFOS, que no sean cremados ni enviados a fosa común.[43]

41 *Ibid*., párr. 192.

42 *Ibid*., párr. 168.

43 *Ibid*., párr. 207.

Esta situación es señalada en el informe como una problemática que requiere coordinación, razón por la cual la CIDH destacó la necesidad de contar con mecanismos con enfoque nacional y regional.[44] La Comisión específicamente recomendó:

> [...] la creación de un mecanismo nacional en México que facilite el intercambio de información sobre restos no identificados y personas mexicanas y centroamericanas desaparecidas en México. Este mecanismo nacional debe integrarse en un mecanismo regional similar que extiende el cruce de información forense a toda la región centroamericana. Ambos mecanismos deben contar con la participación de organismos de la sociedad civil en su dirección. Asimismo, confía en que la creación de estos mecanismos beneficiará directamente la búsqueda de migrantes no localizados y restos no identificados, la actualización de protocolos y buenas prácticas forenses.[45]

En el Informe además se reconoce el esfuerzo encabezado por el Equipo Argentino de Antropología Forense en la creación de Bancos de datos de información forense:

> El impacto que tienen los bancos de datos forenses nacionales y el que puedan llegar a tener en la búsqueda, hallazgo e identificación de migrantes no localizados o desaparecidos en la región requiere que todos los Estados de la ruta migratoria que va de Centroamérica a Norteamérica cuenten con mecanismos de esta clase e intercambien información de forma plena.[46]

Desde la experiencia de la Fundación para la Justicia podemos decir que este Informe sentó las bases para que desde los órganos de protección de derechos humanos se pueda exhortar a los Estados a crear mecanismos transnacionales de búsqueda, identificación y acceso a la justicia para personas migrantes desaparecidas y sus familias. Si bien el Informe establece parámetros de obligaciones para México, también hace referencia a la necesaria colaboración de los países de origen.

---

44 *Ibid.*, párr. 191.

45 *Ibid.*, párr. 209.

46 *Ibid.*, párr. 203.

4. El nacimiento de los mecanismos transnacionales para la búsqueda e identificación de restos

Desde la Fundación para la Justicia, junto con los aliados articulados en red, se logró que las audiencias ante la Comisión Interamericana fueran también la base de exigencia para la creación de mecanismos transnacionales de búsqueda e investigación. Mostrando una realidad que atraviesa a familias de varios países, un diagnóstico compartido y también soluciones puntuales a las problemáticas identificadas, se logró hacer realidad dos mecanismos transnacionales en México: la Comisión Forense para la identificación de restos de tres masacres ocurridas en el norte de la República Mexicana y el Mecanismo de Apoyo Exterior para la investigación y búsqueda de personas migrantes desaparecidas.

4.1. Audiencia sobre situación de personas migrantes no localizadas y restos no identificados en México

La audiencia ante la CIDH, solicitada por varias organizaciones y celebrada en marzo de 2012,[47] permitió visibilizar que la CNDH había reportado la existencia de 8,800 cuerpos no identificados provenientes de 310 fosas clandestinas. Por ello, se hizo hincapié en la necesidad de implementar "nuevos mecanismos forenses para lograr una respuesta más satisfactoria en cuanto al acceso a la verdad y la justicia de los varios miles de familiares de migrantes mexicanos y centroamericanos desaparecidos en México en

[47] CIDH. Audiencia "Situación de personas migrantes no localizadas y restos no identificados en México", 144 Periodo de Sesiones, de 23 de marzo de 2012, *http://www.cidh.org/audiencias/144/9.mp3* En la audiencia participaron: el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF); el Comité de Familiares Migrantes Fallecidos y Desaparecidos de El Salvador (COFAMIDE); el Comité de Familiares de Migrantes Desaparecidos de El Progreso, Honduras (COFAMIPRO); la Casa del Migrante de Saltillo (Frontera con Justicia A.C. y Humanidad Sin Fronteras A.C.); Voces Mesoamericanas, y la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho.

su camino hacia los Estados Unidos".[48] Se señaló que se continuaban observando serios problemas de metodología y de diagnóstico en el proceso de recolección y análisis de restos, problemas de cadena de custodia, pérdida de restos, y en casos extremos, sustitución de los mismos. En este sentido, se plantearon cuatro solicitudes:

> 1. Una comisión internacional multidisciplinaria de expertos forenses para colaborar en la identificación de los cuerpos hallados en San Fernando, Tamaulipas en agosto de 2010 y abril de 2011, que rinda informes a la sociedad civil, la CIDH y el Alto Comisionado de Naciones Unidas.
>
> 2. Preservación de los restos no identificados de San Fernando, a fin de que no fueran inhumados ni enviados a fosa común.
>
> 3. Un mecanismo que facilite el intercambio de información sobre restos no identificados y personas mexicanas y centroamericanas desaparecidas en México y que contribuya a la búsqueda e identificación de personas, elaboración de protocolos y definición de buenas prácticas forenses. En primera instancia de carácter nacional, pero posteriormente con un alcance regional. Se planteó la importancia de que la sociedad civil participara en su dirección.
>
> 4. Acompañamiento de la CIDH y de la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para el correcto desempeño de la comisión técnica y del mecanismo nacional y regional mencionados. Mercedes Doretti del EAAF destacó que se trataba de esquemas con antecedentes en los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos.[49]

Desde la voz de las organizaciones no gubernamentales se hizo mención a diferentes problemáticas: la existencia de diferentes sistemas con información sobre personas desaparecidas, que no se comunican entre sí, no cuentan con criterios homologados para recabar la información y los cruces de información suelen ser inexactos o erróneos; autoridades ministeriales que clasifican los hechos de forma distinta —secuestro, privación ilegal de la libertad, desaparición forzada, extravío o ausencia—, sin

[48] *Idem*.

[49] *Idem*.

que existan criterios definidos, lo que lleva a que algunos casos se investiguen y otros no; la escasa utilización de las bases de datos con fines de investigación del delito; falta de claridad sobre el número de víctimas de desaparición; inexistencia de investigaciones iniciadas de oficio, prontas, serias e imparciales en atención a estándares internacionales; resistencia de las autoridades para iniciar averiguaciones previas, siendo el ejemplo más claro, la Procuraduría General de la República, que obliga a las víctimas a demostrar la participación de la delincuencia organizada para intervenir; y ausencia de coordinación entre los Estados de origen, tránsito y destino, a pesar de sus respectivas responsabilidades.[50]

Por su parte, algunas de las familias denunciaron no haber contado con el apoyo del gobierno para la búsqueda, que no les proporcionaron información, y que tampoco efectuaron las búsquedas. Se describieron hechos de revictimización ocurridos en la entrega de cuerpos, como que no les proporcionaron datos certeros sobre la identificación o les impidieron ver los restos; o que no se les permitió el acceso a sus representantes.[51] La representante de COFAMIDE resaltó cómo nació la organización de las familias:

> Nos organizamos sabiendo que teníamos un dolor compartido frente a la desaparición de los nuestros, pero también frente a la indiferencia de las autoridades gubernamentales de esa época, que no se preocuparon de investigar un solo caso de los denunciados, pese a estar obligados a hacerlo por tratarse de un derecho fundamental. Esto constituye una violación a nuestro derecho a la verdad y la justicia.[52]

En ese entonces faltaba poco para la conclusión de la administración del gobierno federal en turno, pero por parte de las familias y las organizaciones de la sociedad civil se sabía que había costado mucho haber llegado a esa primera audiencia ante la CIDH, y que se tenía que aprovechar de mejor manera ese espacio, para poder hacer uso de los pocos o casi nulos compromisos que dejó el gobierno mexicano.

---

50 *Idem*.

51 *Idem*.

52 *Idem*.

4.2. Consolidación de la Comisión Forense en México

A partir de la audiencia celebrada ante la CIDH, desde la Fundación para la Justicia y el Equipo Argentino de Antropología Forense, en alianza continua con los comités de familiares de personas migrantes desaparecidas de Centroamérica y México, se inició un fuerte trabajo de incidencia ante la entonces Procuraduría General de la República (ahora Fiscalía General de la República) para lograr un convenio que pudiera crear una Comisión Forense con peritos independientes, que garantizaran el trabajo de identificación forense bajo los estándares científicos internacionalmente reconocidos y sobre todo, que generaran confianza para las familias.

Fue así como después de múltiples gestiones en la PGR, en septiembre de 2013, se creó la Comisión Forense,[53] a partir de un convenio firmado entre el Equipo Argentino de Antropología Forense junto con Comités y Grupos de Familiares de Migrantes, organizaciones de Centroamérica y México, organizaciones no gubernamentales de la región (entre ellas la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho) y la Procuraduría General de la República. El convenio tiene como fin la identificación y determinación de causa de muerte de los 72 migrantes asesinados en San Fernando, Tamaulipas en el 2010; de los 193 restos localizados en fosas clandestinas en ese mismo lugar en mayo del 2011; así como de los 49 restos encontrados en Cadereyta, Nuevo León en 2012.

La Comisión Forense es un equipo de trabajo, formado por expertos forenses adscritos a la PGR (hoy FGR) y expertos forenses independientes en las materias de antropología, genética, patología y medicina, así como cualquier otra especialidad forense que se requiera para lograr los objetivos del convenio. Destacan entre sus funciones: (i) llevar a cabo un proceso de identificación de los restos que se encuentran pendientes de identificar en los

[53] Convenio de Colaboración para la identificación de restos localizados en San Fernando, Tamaulipas y en Cadereyta, Nuevo León, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de septiembre de 2013, *http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5312887&fecha=04/09/2013*

"casos materia de[l] convenio"; (ii) llevar a cabo un proceso de revisión de la identificación de casos que ya hayan sido identificados por la PGR, a petición de las familias; (iii) llevar a cabo todo el proceso de información que pueda ser útil para la identificación forense; (iv) comparar la información forense de los restos correspondientes a los "casos materia de[l] convenio", con la información forense contenida en los Bancos de Datos Forenses de Migrantes No Localizados formados en El Salvador, Honduras y Chiapas (de los cuales EAAF es parte, así como es parte COFAMIDE en El Salvador, FONAMIH en Honduras y Voces Mesoamericanas en Chiapas), así como con la información forense que ya se tiene o se recabe de familias en México y en Guatemala; (v) llevar a cabo el proceso de notificación de identificaciones a las familias y elaborar un dictamen; (vi) establecer los protocolos forenses necesarios para el desarrollo del objeto del convenio; (vii) emitir dictamen sobre causa de muerte de los restos que se identifiquen.

A la fecha, de los cerca de 190 restos que ha recibido la Comisión Forense, se han logrado identificar 86. La Comisión sigue realizando acciones para lograr la identificación de todos los restos. Este mecanismo transnacional ha sido ampliamente reconocido en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal como uno de los primeros esfuerzos regionales de articulación entre gobierno, familias y sociedad civil para la identificación de restos.[54]

Del Convenio que creó la Comisión Forense se pueden identificar varias buenas prácticas: (i) el convenio es en sí un protocolo integral para la identificación de restos, realizado con visión de derechos humanos y considerando los estándares científicamente reconocidos para identificación de restos; (ii) es el primer mecanismo transnacional para la identificación de restos que integra instituciones de gobierno, familias y organizaciones no gubernamentales de cuatro países, existiendo reglas para el intercambio de información forense; (iii) estable-

[54] Informe sobre el seguimiento de las observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada, CED/C/11/2, de 23 de noviembre de 2016, p. 12.

ce reglas claras para la elaboración de informes multidisciplinarios, que integren en un solo dictamen todos los exámenes forenses necesarios para la identificación; (iv) establece la importancia de que los forenses cuenten con toda la información *antemortem* para llevar a cabo procesos de identificación que permitan abrir la posibilidad a más identificaciones a partir del examen de contexto de las desapariciones de los migrantes y de los hallazgos de restos; (v) establece derechos claros para las familias en el proceso respecto a su participación, su derecho a escuchar de los forenses la explicación sobre el proceso de identificación, recibir esta notificación directamente en su país, en las embajadas de México o de los países de origen, recibir copias del dictamen, involucrarse en el proceso de restitución de restos, recibir apoyo psicológico y contar con el apoyo económico para el entierro de los restos respetando su cultura, religión y sus tradiciones.

En 2015, el *Protocolo para la Notificación de Identificación de Restos de Personas Localizados en San Fernando, Tamaulipas y en Cadereyta, Nuevo León*,[55] ha fortalecido muchas de estas buenas prácticas que, a la fecha, se siguen aplicando. Este Protocolo "tiene como objetivos establecer un procedimiento para notificar sobre la identificación de los restos de las personas localizadas en San Fernando, Tamaulipas y en Cadereyta, Nuevo León; determinar las funciones de los servidores públicos involucrados en la notificación; y establecer buenas prácticas para garantizar los derechos humanos de los familiares de las personas fallecidas que hayan sido identificadas".[56]

Podríamos afirmar que todo el trabajo de incidencia internacional previo al nacimiento de la Comisión Forense redundó a favor de la protección de los derechos de las familias de las personas migrantes desaparecidas.

---

55 EXTRACTO del Protocolo para la Notificación de Identificación de Restos de Personas Localizados en San Fernando, Tamaulipas y en Cadereyta, Nuevo León de 3 de marzo de 2015, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5384016&fecha=03/03/2015*

56 *Idem*.

4.3. Audiencia sobre acceso a la justicia para personas migrantes en México

El 20 de marzo de 2015, dentro del 154 periodo de sesiones de la CIDH, tuvo lugar la audiencia temática "Acceso a la justicia para personas migrantes en México".[57]

En esta audiencia se indicó que, a pesar de la tragedia humanitaria que constituye la violencia contra las personas migrantes en su tránsito por México, hasta la fecha de realización de la audiencia, no se contaban con datos públicos con los cuales dimensionar la problemática, y seguían ocurriendo masacres y desapariciones de migrantes.[58]

Las organizaciones peticionarias dejaron saber a la Comisión que para las personas migrantes y sus familiares seguían presentándose múltiples obstáculos para un acceso real a la justicia en México, por lo cual solicitaron:

> 1. La creación de un mecanismo transnacional de acceso a la justicia para los migrantes. Una iniciativa que ya había sido aceptada por el gobierno mexicano en otros espacios y que fue parte de las recomendaciones del informe temático de la CIDH titulado "Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México".
>
> 2. La creación y fortalecimiento de mecanismos regionales permanentes y estructurales que den respuestas efectivas a las personas

[57] CIDH. Audiencia "Acceso a la justicia para personas migrantes en México", 154 Periodo de Sesiones, de 20 de marzo de 2015, *https://www.youtube.com/watch?v=-gpnhUKgkeo* En esta audiencia participaron: la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, A.C. (FJEDD); el Equipo Argentino de Antropología Forense; el Comité de Familiares de Migrantes Fallecidos y Desaparecidos — El Salvador (COFAMIDE); el Comité de Familiares de Migrantes de El Progreso (COFAMIPRO); el Comité de Familiares de Migrantes del Centro de Honduras (COAMICENH); la Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala (MENAMIG); el Centro Diocesano para los Derechos Humanos Fray Juan de Larios; la Casa del Migrante de Saltillo, Coahuila; el Centro de Derechos Humanos Victoria Diez, y las Fuerzas Unidas por Nuestros Desaparecidos(as) en Coahuila (FUUNDEC).

[58] *Idem*.

> migrantes y sus familias frente a cualquier forma de violencia durante el tránsito.[59]

En la audiencia, cinco víctimas brindaron sus testimonios acerca de los múltiples esfuerzos que han hecho en la búsqueda e identificación de sus familiares y de las respuestas que han recibido por parte de las autoridades.[60]

Vilma López, familiar de una de las víctimas de la masacre de Cadereyta (Nuevo León) y en representación de las víctimas hondureñas señaló:

> [...] mi esposo perdió la vida en una masacre horrible donde fueron mutilados sus cuerpos, donde nos entregaron pedazos [...] 49 familias, 49 casos dolorosos [...] quiero un camino de justicia y reparación para mí y todas las familias y que se castigue a los culpables, la reparación de los daños es importante para las familias porque atrás hay hijos hay madres.[61]

La representación del Estado mexicano informó sobre el acuerdo para la creación de un Mecanismo Transnacional de Búsqueda y Acceso a la Justicia ajustado a las recomendaciones realizadas por la CIDH, en aras de generar mecanismos de investigación con coordinación regional para el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes y sus familiares. Al respecto, la CIDH señaló la importancia de que el Estado mexicano avance en la implementación de medidas con el acompañamiento de las organizaciones de la sociedad civil y familiares de las víctimas. La Comisión además reiteró la recomendación de crear un sistema para la localización de migrantes detenidos, que permita facilitar la búsqueda de personas migrantes reportadas como desaparecidas por sus familiares.[62]

Esta audiencia, al igual que la de 2012 sobre migrantes no localizados y restos sin identificar, fue pilar para que, desde la Fundación para la Justicia, los comités y las organizaciones

[59] *Idem*.

[60] *Idem*.

[61] *Idem*.

[62] *Idem*.

aliadas, lograran la creación del Mecanismo de Apoyo Exterior para la Búsqueda e Investigación de Migrantes Desaparecidos en México.

4.4. El Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación

Las recomendaciones emitidas por organismos del Sistema Interamericano y del Sistema Universal y las acciones de incidencia llevadas a cabo por comités de familiares de migrantes en Honduras, El Salvador y Guatemala, así como por la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, llevaron a la creación del Mecanismo de Apoyo Exterior para la Búsqueda e Investigación de personas migrantes desaparecidas.

Este mecanismo fue establecido como política pública por primera vez como un acuerdo generado por el Procurador General de la República[63] y recuperado, gracias al impulso de familias y organizaciones en la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (en adelante, Ley General de Desaparición Forzada). Esta Ley señala que el Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación

> [...] es el conjunto de acciones y medidas tendientes a facilitar el acceso a la justicia y el ejercicio de acciones para la reparación del daño, en el ámbito de su competencia, a personas migrantes o sus familias que se encuentren en otro país y requieran acceder directamente a las instituciones del ordenamiento jurídico mexicano establecidas en esta Ley, coadyuvar en la búsqueda y localización de personas migrantes desaparecidas con la Comisión Nacional de Búsqueda y en la investigación y persecución de los delitos que realicen las Fiscalías Especializadas en coordinación con la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes, así como para

63 Acuerdo A/117/15 por el que se crea la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes y el Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación y se establecen sus facultades y organización, Diario Oficial de la Federación, de 18 de diciembre de 2015.

garantizar los derechos reconocidos por el orden jurídico nacional en favor de las víctimas y ofendidos del delito. El Mecanismo de Apoyo Exterior funciona a través del personal que labora en los Consulados, Embajadas y Agregadurías de México en otros países.[64]

La creación de este mecanismo ha sido igualmente reconocida por diversos mecanismos y procedimientos de Naciones Unidas, así como por el Sistema Interamericano. Existen aún retos para su funcionamiento, pero se ha dado un primer paso para que la justicia y la búsqueda de las personas desaparecidas en contexto de movilidad puedan ser accionadas por sus familiares desde los países de origen.

4.5. Audiencia sobre identificación de restos de personas migrantes desaparecidas en la frontera de Estados Unidos de América[65]

El 5 de octubre de 2018, a solicitud de la Coalición Forense de la Frontera,[66] comités de familiares de Centroamérica, México y Estados Unidos y otras organizaciones no gubernamentales, se llevó a cabo una audiencia ante la Comisión Interamericana para informar sobre los obstáculos en la identificación de restos de migrantes en la frontera sur de los Estados Unidos de América.[67]

---

64 Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, art. 4, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf*

65 Tomado del comunicado emitido por las organizaciones participantes, *https://www.fundacionjusticia.org/cidh-convoca-audiencia-para-examinar-deficiencias-en-el-sistema-de-estados-unidos-para-identificar-migrantes-desaparecidos-en-la-frontera/*

66 La Coalición Forense de la Frontera (*Forensic Border Coalition*, FBC según sus siglas en inglés), está integrada por científicos forenses, académicos y miembros de organizaciones de derechos humanos, y organizaciones aliadas. Trabaja con instituciones de gobierno en el corredor migratorio de Centroamérica, México y los Estados Unidos investigando reportes de personas desaparecidas y aplicando las ciencias forenses para identificar restos de migrantes, colaborando de este modo para que sus familiares puedan concluir su angustiante búsqueda.

67 CIDH. Audiencia, "Identificación de restos de personas migrantes desaparecidas en la frontera de Estados Unidos", 169 Periodo de Sesiones, de 5

En la audiencia se expuso que cientos de migrantes desaparecen tras cruzar la frontera de Estados Unidos y que desde inicios de la década de los noventa, las políticas de "prevención a través de disuasión" (*prevention through deterrence*) en la frontera sur de dicho Estado (como la construcción parcial de muros, aumento significativo de seguridad y restricciones en puntos de entrada), han generado que el paso de migrantes se dé por puntos cada vez más aislados y por terrenos cada vez más difíciles de transitar.[68] Asimismo, se expuso que el número de muertos en la frontera sur aumentó significativamente desde entonces, especialmente en las zonas desérticas fronterizas de Arizona y Texas, debido a la deshidratación y a la exposición en terrenos aislados y geográficamente muy difíciles de cruzar.[69]

Los participantes resaltaron que en el corredor migratorio que abarca Centroamérica, México y Estados Unidos no existe, por ahora, un sistema regional de intercambio de información forense.[70] Morgues, consulados, organizaciones de la sociedad civil y religiosas y universidades de la frontera sur de los Estados Unidos realizan importantes esfuerzos para identificar restos que, muy posiblemente, corresponden a migrantes desaparecidos para que posteriormente puedan ser repatriados a sus países de origen y a sus familias.[71] Sin embargo, a pesar de estos importantes esfuerzos, varios miles de restos que se encuentran en la frontera sur de los Estados Unidos permanecen sin ser identificados.

Sobre el particular, se expuso que el gobierno federal de los Estados Unidos de América cuenta con los recursos, la tecno-

---

de octubre de 2018, *http://www.oas.org/es/cidh/sesiones/audiencias.asp?Year=2018&Topic=0*

68 *Idem*.

69 *Idem*.

70 *Idem*.

71 Al respecto, los participantes señalaron que la identificación de restos en corredores migratorios internacionales es un enorme desafío en todo el mundo porque implica un cruce internacional de información forense que no siempre cuenta con los mecanismos necesarios o bien, la información de parte de los desaparecidos y/o de los cuerpos no siempre está disponible. *Idem*.

logía y el acceso potencial a información genética de familiares de migrantes desaparecidos para proveer respuestas a muchas de las familias que buscan a sus familiares migrantes desaparecidos. Lamentablemente hasta el momento, varios miles de perfiles genéticos de familiares de migrantes desaparecidos no han podido ser ingresados en la base de datos genéticos de restos no identificados en los Estados Unidos para que puedan ser comparados de forma masiva con información genética de restos no identificados descubiertos en suelo estadounidense.[72]

Como resultado de esta audiencia, se ha iniciado un diálogo con el gobierno de los Estados Unidos para poder llevar a cabo el cruce de información de ADN de familias de migrantes desaparecidos con el ADN de los restos localizados en la frontera sur de ese país. Se espera que en los próximos meses pueda alcanzarse esta meta que puede dar respuestas a miles de familias.

5. Las obligaciones internacionales de los Estados de construir mecanismos transnacionales para la búsqueda de migrantes, identificación de restos, y acceso a la justicia

En el derecho internacional de los derechos humanos son claras las obligaciones que tienen los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a acceder a recursos efectivos en los que se garantiza el debido proceso.[73] El acceso a esos recursos debe

[72] *Idem*.

[73] Véase, entre otros, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3 y 14); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25); ONU, Resolución 60/147 de la Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de 16 de diciembre de 2005, párrs. 3 y 11; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004; Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Re-

permitir a las víctimas conocer la verdad de lo que sucedió, que los autores y responsables de las violaciones de derechos sean investigados, individualizados, juzgados y, en su caso, sancionados adecuadamente, y que se les garantice una reparación integral y justa por los daños que han sufrido.[74] En los casos de desaparición forzada y de desaparición por particulares, esos recursos deben garantizar, además, que los Estados realicen todas las diligencias necesarias a su alcance para determinar el paradero de la víctima desaparecida.[75] Los Estados tienen igualmente, en casos de manifiestas violaciones de los derechos humanos, el deber de "cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables".[76] La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas prevé, en ese sentido, que los Estados Parte "cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación, la identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos" (artículo 15).

En relación con las víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas en un país distinto al de su origen o residencia, como sucede en los casos de graves violaciones de derechos hu-

---

paraciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 215.

74 En este sentido, véase, entre otros, ONU. Resolución 60/147 de la Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas..., *cit*., párr. 11; Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 75; y 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. 199.

75 Al respecto, véase, entre otros, 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. 204.

76 ONU. Resolución 60/147 de la Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas..., *cit*., párr. 4.

manos padecidas por las personas migrantes, el derecho internacional de los derechos humanos prevé, además, que los Estados utilicen "todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos".[77] Asimismo, los familiares de las personas desaparecidas "deben ser informados y poder participar en las investigaciones, independientemente del lugar en que residan".[78]

En el marco de estas obligaciones, los organismos de derechos humanos han orientado a los Estados (como México) a cooperar "con los países de origen y destino y con la participación de las víctimas y la sociedad civil, redoblar sus esfuerzos con miras a prevenir e investigar las desapariciones de migrantes, perseguir penalmente a los responsables y proteger adecuadamente a los denunciantes, peritos, testigos y defensores".[79] En este mismo sentido, han orientado a los Estados a adoptar "un enfoque especial y diferenciado al investigar la desaparición de migrantes", que fomente "un planteamiento transnacional y las posibilidades de cooperación con los Estados de origen".[80]

6. La portabilidad de derechos en el caso de las personas migrantes y sus familias

Los esquemas de justicia actuales no son adecuados para garantizar los derechos de la población en movilidad cuando son víctimas de desaparición en el tránsito. Frente a esto, el reconocimiento de la portabilidad de derechos serviría de fundamento para la construcción de una justicia transnacional.

77 *Ibid*., párr. 12, d).

78 Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias acerca de las normas y políticas públicas..., *cit*., párr. 88.

79 Informe sobre el seguimiento de las observaciones finales del Comité contra la Desaparición Forzada..., *cit*., p. 12.

80 Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias acerca de las normas y políticas públicas..., *cit*., párr. 89.

La portabilidad de derechos implica asumir que las obligaciones de protección y garantía de los Estados persisten más allá de las fronteras cuando se requiera el accionar del Estado frente a la posible violación de derechos humanos. La portabilidad de los derechos se sustenta en la concepción de que los derechos humanos, al ser inherentes e inseparables de las personas, les acompañan independientemente del país donde se encuentren, sin importar su origen, nacionalidad o idioma, mismos que se extienden a sus familias, frente a casos de desaparición o ejecución.

La portabilidad para casos de desaparición forzada implica adoptar medidas de prevención y protección. Como medidas de prevención, los Estados deben evitar políticas migratorias excesivamente rígidas, a fin de que las personas ingresen y transiten a través de canales regulares.[81]

Por su parte, las víctimas indirectas, independientemente de que se encuentren en un país diferente a aquél en donde ocurrió la desaparición, tienen derecho a saber dónde se encuentran los restos de sus seres queridos, como parte del derecho a la verdad y como forma de reparación. Además, tienen derecho a sepultarlos de acuerdo con sus creencias, lo que implica la repatriación del cuerpo en condiciones que lo permitan. Las instancias de asistencia, incluyendo atención médica y psicológica, deben estar igualmente disponibles con independencia de la ubicación de las víctimas.[82] La cooperación internacional es un principio indispensable para palear las limitaciones físicas de los familiares para participar en los procedimientos de investigación.[83]

La creación de mecanismos transnacionales de búsqueda, identificación de restos, justicia y reparación es el principal instrumento para asegurar la portabilidad de los derechos de las víctimas y sus familias, como base para la construcción de una justicia transnacional, en tanto implica asumir de forma colectiva por los Estados involucrados la obligación de proteger los derechos humanos con independencia de la localización de las personas. La

---

81 CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, *cit.,* recomendación 2.

82 *Ibid*., párrs. 195, 207, 219 y recomendaciones 15, 24, 25 y 26.

83 *Ibid*., párrs. 77, 78 y 92.

creación de estos mecanismos transnacionales es el principal instrumento para asegurar que las personas que son víctimas directas o indirectas no sean revictimizadas al negarles sus derechos en la búsqueda de verdad, justicia y reparación.

7. Conclusiones

La movilidad humana requiere mecanismos de protección y defensa de los derechos humanos que sean acordes a la situación que se vive en el tránsito, y que se ajusten a los estándares internacionales establecidos por los propios organismos internacionales de protección de derechos. Lograr estos mecanismos es tarea de órganos como la CIDH, y en el caso mexicano, requiere repensar el propio juicio de amparo y las acciones del Estado.

En el caso de las medidas cautelares, es importante que la CIDH valore que sólo se logrará una protección efectiva a las personas migrantes si se rompe con el paradigma de que las medidas se dirigen solamente a un Estado, ya que la migración requiere tomar en consideración a autoridades que pueden estar a lo largo de la ruta migratoria, en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Uno de los principales retos es ampliar la interpretación del artículo 25 del Reglamento de la Comisión sobre medidas cautelares, a fin de flexibilizar el proceso de solicitud de medidas cautelares, evitar la falta de diligencia y celeridad en los tiempos de respuesta y la concesión de las medidas, tomando en cuenta el contexto particular de circunstancias cambiantes y riesgo de las personas migrantes como grupo vulnerable frente a formas de discriminación interseccional, violaciones de derechos humanos y delitos durante el tránsito.

La movilidad humana requiere repensar la justicia de manera transnacional, para romper también con el paradigma de una justicia limitada a las fronteras de cada país. En este sentido, la Comisión Interamericana, a través de sus diferentes mecanismos para la protección de los derechos humanos (audiencias, visitas *in loco*, informes temáticos y de país), ha cumplido un rol clave para propiciar la construcción, en México, de mecanismos internos con vocación transnacional dirigidos a permitir a los familiares de personas migrantes desaparecidas el acceso a la justi-

cia, como son la Comisión Forense para la identificación de las víctimas migrantes de tres masacres ocurridas en el norte de la República Mexicana y el Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación. Por su naturaleza transnacional, dichos mecanismos han tenido un impacto en el derecho de acceso a la justicia de personas migrantes de Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras.

Los mecanismos transnacionales de búsqueda e investigación, que permiten a los familiares de las personas migrantes desaparecidas en otro país acceder a los recursos internos y a los procedimientos y autoridades de ese país, son necesarios para garantizar el ejercicio de sus derechos como víctimas, empoderarlos y prevenir la revictimización. Así lo ha destacado doña Bertila Parada:

> Yo llevo la voz para aquellos que no pueden tener la calidad de víctima como yo lo tengo. Al principio yo no sabía nada. Aunque me dijeran que exigiera, yo tenía miedo, sentía que me estaba enfrentando con gigantes, con personas desconocidas. Ahora con el apoyo que he tenido y con este empoderamiento, sé que tengo mis derechos, sé que me van a escuchar. Algunas veces hacen algo y otras no.
>
> Como familiares de personas víctimas de delitos graves fuera de nuestros países, hemos tenido que aprender a dejar atrás el miedo de exigir, de levantar la voz para ser escuchados, no solo por los nuestros, sino también por las demás familias de migrantes.
>
> Así, con el apoyo de comités organizados y organizaciones civiles nos hemos presentado en foros frente a organismos como las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de México y un sinfín de peritos y autoridades mexicanas y centroamericanas.
>
> Cada vez que nos paramos frente a una de estas autoridades, llevamos grandes esperanzas de que vamos a llevar una respuesta positiva. Como familiares, nos sentimos contentos cuando nos dicen que viene alguien importante y hay que ir a decirle qué es lo que está pasando, para que ellos le digan al gobierno cómo hacer su trabajo.
>
> No sé si se les olvide en el camino y no lo hacen como debieran. Si hubieran exigido a México con más fuerza en el pasado, quizá las masacres ya habrían parado. Deberían tomar medidas más drásti-

> cas de otras organizaciones de quiénes llegan a vigilarlo y ver qué está pasando, de lo contrario me voy a morir y las masacres van a seguir.

La consolidación de una justicia transnacional exige que ésta responda al hecho de la movilidad humana y garantice los derechos de las personas migrantes y de sus familiares.

Vélez Loor vs. Panamá: un caso emblemático sobre los derechos humanos de las personas migrantes

*Jesús Tranquilino Vélez Loor**[1]*

1. Mi historia: un viaje transformado en pesadilla

Por décadas, los ecuatorianos han migrado en busca de fuentes de vida para sus familias, sobre todo, los desposeídos, que son discriminados y maltratados cuando de alguna manera intentan sobrevivir en un país lleno de desigualdades. En mi caso particular, me dedicaba a la compra y venta de vehículos, un negocio que me permitía vivir modestamente.

---

* Víctima del caso Vélez Loor respecto de Panamá ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

1 Quisiera expresar mi reconocimiento y gratitud al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) por el apoyo legal brindado para llevar adelante esta larga lucha ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Agradezco particularmente a Marcela Martino, Ana Aliverti, Francisco Quintana, Lady Zuluaga, Sofía Espinal Pereira, Gisela De León, Kavita Kapur, Gabriela Oviedo, Soraya Long, Eduardo Guerrero, Marcia Aguiluz, Luis Carlos Buob, Florencia Reggiardo, Viviana Krsticevic y demás profesionales que me acompañaron en este proceso. Además, agradezco a la Corte IDH y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por aunar esfuerzos para fortalecer los derechos de las personas migrantes en la región.

Esto cambió en 1999, cuando estalló una de las peores crisis económicas del Ecuador y el entonces presidente Jamil Mahuad decidió dolarizar el país para afrontar la inflación. Tras esta crisis, muchos ecuatorianos se vieron obligados a salir del país. Yo fui uno de ellos. Decidí migrar con la intención de llegar a un país que me permitiera desarrollarme, cruzando fronteras por vía terrestre, a través de Colombia y Panamá.

Entre el mes de septiembre y octubre de 2002 salí de Ecuador, crucé la frontera con Colombia hasta llegar a la población de Turbo, en el departamento de Antioquia. Desde ahí continué en lancha hasta llegar a Acandí, en el departamento del Chocó, en la frontera con Panamá. Desde Acandí decidí caminar por la espesa selva conocida como "El Tapón del Darién". Caminé casi una semana en la selva, hasta que el 10 de noviembre, al promediar las diez de la noche, llegué a un pequeño pueblo llamado Nueva Esperanza, habitado por la Tribu Emberá de la región.

Ingresé a la aldea de la tribu cuando repentinamente tropecé con algo. Era una trampa con cuerda de pescar que, al tocarla, producía un sonido dentro de un cuartel de la policía fronteriza de Panamá. A los pocos minutos de haber rozado con esa cuerda, me vi rodeado de policías armados con poderosos fusiles y linternas que alumbraban mi rostro. Abrieron fuego, yo escuchaba el silbido de las balas. Me obligaron a tirarme al suelo en forma de cruz y procedieron a revisar mi equipaje. Los policías se pararon sobre mis brazos mientras que los cañones de fusiles eran afirmados sobre mi espalda. En aquel instante no existía espacio en la mente para pensar si moriría o quedaría vivo. Me engrilletaron de los pies y me llevaron río abajo sobre el río Tupiza, caminando descalzo sobre afiladas piedras.

Así, el 11 de noviembre de 2002, en el Puesto Policial de Tupiza, en la Provincia de Darién, fui retenido porque supuestamente no portaba la documentación necesaria para permanecer en Panamá. Fui interrogado y acusado de pertenecer a la guerrilla, concretamente, a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Tras negar las acusaciones, fui colgado de mi brazo derecho de un poste, por ocho horas. Las puntas de los dedos de mis pies tocaban el suelo, mi brazo a pocos minutos empezó a hormiguear, sentía que la sangre no circulaba. Después de unas

horas se me había dormido el brazo y estaba pálido. Como estaba sin camisa fui picado por cantidades de mosquitos de la selva.

Al amanecer del día siguiente, 12 de noviembre de 2002, los miembros de la Tribu Emberá se habían agrupado a mi alrededor. Unos se mostraban sorprendidos e inquietos por lo que me estaba sucediendo. Me ofrecieron algo de comer y tomar, pero no fue permitido por la policía. Después de ese tormento y mientras colgaba del poste, los uniformados me filmaron y tomaron fotos, hablaron por radio y procedieron a bajarme, me ataron de pies y manos hacia atrás, me abordaron como a un animal al interior de un antiguo helicóptero del ejército norteamericano, y procedieron a trasladarme por la espesa selva del Darién.

Fui remitido a la Dirección de Migración y Naturalización del Darién y, posteriormente, la Directora Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia dictó la orden de detención 1430 en la Cárcel Pública de La Palma Darién.[2] Esta es una prisión a la orilla de un brazo de mar del Océano Pacífico, centro carcelario dependiente del sistema penitenciario nacional, en el que se encontraban recluidas personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos penales. Las aguas, que se veían sucias y renegridas, entraban a las celdas de la prisión. La suciedad hizo que mi cuerpo se llenara de sarna.

A varios días de mi llegada, un grupo de migrantes se organizó para participar en una huelga de hambre pacífica exigiendo libertad. Tras participar en la huelga de hambre, los policías me rompieron el cráneo y fui arrastrado por el suelo y obligado a entrar a las mugrientas celdas. No me proveyeron atención médica ni medicina. Me negaron mi derecho a un abogado y me mantuvieron incomunicado.

Posteriormente, la Resolución 7306 de 6 de diciembre de 2002, emitida por la Directora Nacional de Migración, me aplicó la pena de dos años de prisión en uno de los centros penitenciarios del país.[3] Dicha resolución fue emitida en aplicación del

---

2 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párr. 93.

3 *Ibid*., párr. 94. Según dicha resolución 7306, la pena me fue impuesta en la medida en que "había sido deportado previamente de la República de Panamá a través de la resolución 6425 de 18 de septiembre de 1996,

Decreto Ley N° 16 de 30 de junio de 1960 sobre migración, cuyo artículo 67 establecía que:

> Artículo 67.- Los extranjeros condenados a la deportación que eludan esta pena, permaneciendo en el país clandestinamente, o la burlen regresando a él, serán dedicados a trabajos agrícolas en la Colonia Penal de Coiba, por dos (2) años, y obligados a salir del país al cumplirse este término; podrán ser liberados si presentaren, a satisfacción del Ministerio de Gobierno y Justicia, pasaje para abandonar el país.

Dicho decreto no contemplaba el derecho a la defensa y condenaba al migrante a realizar trabajos agrícolas forzados en la isla penal de Coiba, isla utilizada en los oscuros años de la dictadura panameña para enviar a los opositores. Sin embargo, el 18 de diciembre de 2002, no fui trasladado a tal isla, sino al Centro Penitenciario de La Joyita, en la ciudad de Panamá, otro centro carcelario dependiente del sistema penitenciario nacional. Fui ingresado al pabellón seis, en la sección destinada a los privados de libertad de nacionalidad extranjera, donde también compartí celda con personas privadas de libertad por delitos.[4] No había lugar en el piso, pero un preso me ofreció su ayuda y me regaló una toalla que colgué del techo de la prisión en forma de hamaca. En esa prisión permanecí seis meses, colgado como en un nido de pájaro, en difícil posición.

En marzo de 2003 cortaron el agua por más de 15 días, situación que obligó a los privados de libertad a guardar la orina en botellas para saciar la sed.

El 1 de junio de 2003, cansado de la injusticia, me sometí a una huelga de hambre por la condena ilegal y me suturé la boca con una aguja e hilo de pescar facilitado por un preso. Ante ello, el director de la cárcel llegó con una nota en mano donde me in-

por encontrar[m]e ilegal en el territorio nacional" y, en consecuencia, "por haber hecho caso omiso de las advertencias [...] sobre el impedimento de entrada que exist[ía] contra [mí] y, en consecuencia, haber infringido las disposiciones del Decreto Ley Número 16 sobre Migración, de 30 de junio de 1960".

4 *Ibid.*, párr. 201.

formaba que recibió orden de la Directora Nacional de Migración para que me torturen y me trasladen a un pabellón de máxima seguridad.

De esta manera, fui llevado al pabellón 12, alejado de los demás privados de libertad. El ambiente era un terror desde la entrada a dicho pabellón. Al avanzar se escuchaban gritos de dolor de presos desnudos que la policía estaba torturando. Me puse muy nervioso, pensé por un momento que mi destino estaba marcado para morir ahí. Me llevaron a una sala fría, oscura y húmeda, las paredes estaban manchadas de sangre y el ambiente olía a sangre. Me arrastraron por el suelo, me sacaron la ropa y me rociaron gas pimienta en la cara. Como tenía la boca cosida con hilos, desgarré la carne de mi boca para poder respirar. Me sumaron a un grupo de hombres que estaban torturando desnudos, golpearon las plantas de mis pies, caminaron por encima de mi espalda. Nos hacían voltear para caminar sobre nuestra barriga, nos pisaban la cabeza con las botas, destaparon envases de gas lacrimógeno y rociaban nuestros cuerpos. Luego nos echaban agua. Como parte de las torturas fui golpeado en mis testículos y perdí uno de ellos.

El 8 de septiembre de 2003, la Directora Nacional de Migración dejó sin efecto la pena que me fue impuesta, ya que presenté un pasaje comprado para salir del país. Al día siguiente, fui trasladado del Centro Penitenciario La Joyita hacia las instalaciones de la Dirección Nacional de Migración en Ciudad de Panamá.[5]

El 10 de septiembre de 2003 fui deportado hacia Ecuador vía aérea. El día de mi liberación no podía ver el sol, ni podía afirmar las plantas de los pies. Salí enfermo. El Estado de Panamá entregó un sobre amarillo a la tripulación del vuelo hacia Ecuador, del que nunca supe su contenido. Ese sobre fue entregado a mi arribo a la policía ecuatoriana, la que me recibió en el aeropuerto de la ciudad de Guayaquil. Yo caminaba con mucha dificultad, me sentía mareado, las fuerzas se me habían agotado. Ya en manos de policías ecuatorianos me llevaron a una oficina donde me interrogaron por varias horas sobre las acusaciones de las autori-

[5] *Ibid.*, párr. 95.

dades de Panamá y con el sobre amarillo sobre la mesa. Después de tres días me liberaron, trasladándome desde el aeropuerto a la terminal terrestre en Guayaquil. Fui tirado y abandonado en ese lugar por la policía ecuatoriana como si se tratara de una bolsa de basura.

Fui en busca de mi hogar y ya mi esposa había iniciado una nueva relación. Los bienes materiales se habían vendido. Fui a la casa de una tía biológica que me informó que mi padre había muerto. Sentí mucha vergüenza y culpa por haber dejado a mis seres queridos. Perdí el control de mi vida e intenté suicidarme. Había perdido todo y me refugié bajo un puente en Quito llamado "el Guambra", escenario de prostitución y venta de drogas por las noches.

Las brutales torturas de las que fui objeto dejaron sembrada en mi cuerpo una cadena de daños que nunca se borrarán. Me rompieron el cráneo, lo que derivó en la pérdida parcial de mi visión; perdí la sensibilidad en la planta de los pies, perdí un testículo, dañaron mi columna, mi brazo derecho quedó traumatizado y padezco daños cerebrales con dolencias permanentes y gastritis. Estoy condenado a vivir con estos daños y secuelas hasta el día de mi muerte.

2. La búsqueda de justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En Ecuador busqué justicia, pero nadie quería escucharme. La justicia ecuatoriana no recibió mi queja por tratarse de un caso ocurrido en otro país. Visité varias instituciones y organizaciones (INREDH, Defensoría del Pueblo, ALDHU, la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos), pero mi caso no fue atendido. Posteriormente acudí a la Embajada de Panamá en Quito. Allí recibieron mi queja y me dijeron que esperara. Un día me atendieron para decirme que el gobierno de Panamá actuó de forma legal y que no existía delito por parte del Estado. Me enojé mucho e intenté ingresar otro escrito. Luego prohibieron mi entrada a la Embajada. No sabía qué hacer, me sentía confundido.

Estaba triste en un parque y, de pronto, un hombre, quien dijo ser de nacionalidad francesa, se acercó para preguntarme el porqué de mi rostro angustiado. Le conté la historia y los desprecios de la justicia del Ecuador. Ese hombre fue una guía para mí, al darme información acerca del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.[6]

2.1. El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Tras esta conversación, busqué una cabina de internet para investigar cómo acudir al Sistema Interamericano. En la búsqueda, encontré un portal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) donde existía un formulario para llenar denuncias. El 10 de febrero de 2004, llené el formulario y narré lo vivido. Posteriormente amplié la información a través del correo de denuncias de la CIDH. Desde ese momento no dejé de investigar acerca de los procedimientos ante la Comisión Interamericana.

El inicio de la causa ante el Sistema Interamericano no fue fácil. Pese a que la Comisión Interamericana no exige formalidades, viví como una gran dificultad no contar con un abogado que pudiera ayudarme a interpretar el contenido de las reglas del procedimiento ante el Sistema. En mi caso particular, ningún abogado ni organización de derechos humanos del Ecuador asumió mi defensa. En ese sentido, acudí sin abogados ante la CIDH, solo

[6] En 2005 fui víctima de otra violación a mis derechos humanos en Guayaquil, Ecuador. Tras hacer la denuncia e insistir por justicia fui amenazado de muerte y perseguido. En febrero de 2006 mantuve una entrevista con un periodista, quien denunció mi caso públicamente. A los tres días, el periodista fue asesinado en un barrio de Guayaquil, supuestamente por pandilleros. Sin embargo, esto dejó marcada en mí la duda de si la entrevista fue la razón de su muerte. Por ello abandoné el país en mayo de 2006 en busca de refugio en Bolivia, país en el que me encuentro hasta la actualidad. Una petición sobre los abusos sufridos en Ecuador fue sometida ante la CIDH. Dicha petición se encuentra en etapa de fondo, a la espera de una decisión.

con la orientación recibida del desconocido que me informó de la existencia de este sistema regional de protección de derechos humanos.

Un día, al revisar mi correo electrónico, encontré una carta de la Comisión en la que indicaban que mi petición fue recibida y que llevaba el número P-92/04. Para mí fue un gran alivio sentirme escuchado por un órgano regional de derechos humanos. Desde ahí empecé a comunicarme vía telefónica para consultar sobre mi caso y cada vez que me contactaba con la CIDH sentía que el asunto iba progresando.

A inicios de 2005 me encontraba acompañando una protesta que se organizó frente al Palacio de Justicia de Guayaquil contra la impunidad por el asesinato de unos pescadores. Ahí se acercó un abogado que, con curiosidad, me preguntó sobre el motivo de la protesta. Le hablé de los pescadores muertos y también acerca de la tragedia personal que viví en Panamá. Le comenté que el caso estaba en la CIDH y me ofreció trabajar en el asunto. Fue así que le otorgué autorización para que asumiera mi defensa desde el 17 de marzo de 2005.

Tras varias llamadas a la CIDH, un día, una funcionaria me sugirió que solicitara una audiencia sobre mi caso. No dudé en hacerlo y fue así que la Comisión programó una audiencia para el 13 de marzo de 2006. Lamentablemente, no contaba con visa para viajar a los Estados Unidos de América. La CIDH envió una carta a la Embajada de los Estados Unidos en Ecuador para que me facilitaran el trámite de la visa con miras a mi participación en la audiencia. Sin embargo, resultó imposible, en la medida en que tenía que cumplir una serie de requisitos en apenas unas semanas (tarjeta de crédito, cuentas bancarias, movimientos de cuenta, etc.). De modo que no pude participar en la referida audiencia.

Solicité al abogado que participara en mi representación, pero para cubrir sus gastos y honorarios tuve que asumir una serie de deudas con amigos de confianza. El compromiso con mis amigos fue devolverles el dinero recibido en préstamo una vez recibiera alguna reparación por parte del Estado de Panamá.

En marzo de 2006, la Comisión Interamericana celebró la primera audiencia del caso. El 23 de octubre del mismo año, la Co-

misión declaró la admisibilidad de la petición mediante la adopción del Informe de Admisibilidad 95/06.[7]

Transcurridos unos meses, noté poco interés por parte del abogado en el seguimiento de mi caso. De esta manera, decidí continuar el trámite de mi petición de manera independiente.

No obstante ello, desde inicios de 2007, empecé a buscar en internet por alguna organización que pudiera asumir mi defensa. En esa búsqueda encontré la página de la organización Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, por sus siglas en inglés). Me comuniqué vía telefónica al número de la central de la organización en Washington D.C., y logré conversar sobre mi caso con los abogados Francisco Quintana y Ana Aliverti. En abril de 2007, recibí un correo electrónico de CEJIL Mesoamérica haciendo referencia a las conversaciones que había tenido con el doctor Quintana y se pusieron a disposición para asumir mi defensa. Así, desde el 25 de mayo de 2007, CEJIL asumió mi representación legal en el procedimiento ante el Sistema Interamericano. Contar con su apoyo significó el fin de mi peregrinación buscando una adecuada defensa para mi caso.

El 22 de febrero de 2008, cuando la presentación de mi caso ante el Sistema Interamericano tomó notoriedad, el Estado panameño, mediante Decreto Ley No. 3, derogó el Decreto Ley que dio lugar a la privación de mi libertad (el Decreto Ley N° 16).[8] En efecto, el Decreto Ley No. 3 eliminó la pena de prisión por el ingreso ilegal reincidente a Panamá.[9]

---

7 CIDH. Informe Nº 95/06. Petición 92-04. Admisibilidad. Jesús Tranquilino Vélez Loor, Panamá, de 23 de octubre de 2006.

8 Previamente, en enero de 2008, the International Human Rights Clinic, Harvard Law School, realizó una investigación sobre mi denuncia y emitió un informe titulado "Del portón para acá se acaban los derechos humanos: injusticia y desigualdad en las cárceles panameñas". Mayhle, Tim; Romero, María Luisa y Cavallaro, James L., *Del portón para acá se acaban los derechos humanos: injusticia y desigualdad en las cárceles panameñas*, International Human Rights Clinic, Harvard Law School, 2008, *http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2013/10/HarvardClinicPanamaprisons.pdf*

9 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párr. 96.

El 27 de marzo de 2009, la Comisión Interamericana aprobó el Informe de Fondo No. 37/09 del caso 12.581, Jesús Tranquilino Vélez Loor vs. Panamá.[10] En dicho informe la Comisión concluyó que:

> [...] el Estado panameño es responsable de las violaciones de los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 25 (derecho a la protección judicial), en conjunción con violaciones a los artículos 2 y 1.1 de la Convención Americana. La Comisión concluy[ó] asimismo que el Estado violó los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura por no investigar adecuadamente las alegaciones de tortura del señor Vélez Loor.

En consecuencia, recomendó al Estado de Panamá lo siguiente:

> 1. Reparar plenamente a la víctima Jesús Vélez Loor, considerando tanto el aspecto moral como el aspecto material, por las violaciones de los derechos humanos determinadas en el informe de fondo.
>
> 2. Implementar medidas para prevenir el trato inhumano en los penales de la Joya-Joyita y la Palma y adecuar sus estándares en conformidad de los estándares interamericanos.
>
> 3. Informar a la Comisión sobre la aplicación del Decreto Ley No. 3 del 22 de febrero de 2008, en el cual se elimina la pena de prisión por el ingreso ilegal reincidente a Panamá, y del artículo 66 del Decreto No. 3.
>
> 4. Implementar leyes que garanticen que los procedimientos de inmigración sean de competencia de una autoridad jurídica, independiente e imparcial.
>
> 5. Implementar las medidas necesarias para garantizar que las denuncias de tortura del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor dentro de la jurisdicción del Estado sean adecuadamente investigadas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El 8 de abril de 2009, la Comisión Interamericana notificó a las partes el informe de fondo y otorgó al Estado de Panamá dos

[10] CIDH. Informe Nº 37/09 (fondo). Caso 12.581, Jesús Tranquilino Vélez Loor, de 27 de marzo de 2009.

meses para el cumplimiento de las recomendaciones. El Estado nunca cumplió.

Posteriormente, con el fin de verificar el estado de cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión, CEJIL llevó a cabo una visita a Panamá del 16 al 23 de septiembre de 2009.[11] El 16 de septiembre, la delegación de CEJIL visitó las instalaciones de la Defensoría del Pueblo de Panamá. El objetivo de la visita fue recabar información acerca de las condiciones carcelarias en los penales de La Joyita y La Palma, así como del tratamiento de las personas migrantes en Panamá.

El 8 de octubre de 2009, la Comisión sometió el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), después de considerar que Panamá no había adoptado sus recomendaciones.

En el proceso ante la Comisión Interamericana, una de las grandes dificultades para mí fue enfrentar con optimismo el tiempo transcurrido para obtener el informe de admisibilidad y luego, el informe de fondo. Lamentablemente, víctimas como yo van perdiendo la esperanza de encontrar justicia. La larga espera es una segunda tortura psicológica que revictimiza, que produce angustia, tristeza y escenas traumatizantes. Esta situación se agrava cuando en el marco del proceso se conceden prórrogas y se otorgan nuevos plazos a favor del Estado. En el proceso ante la CIDH, el Estado de Panamá no respondía a las solicitudes de información y cuando lo hacía, esperaba hasta el último día otorgado para dichos efectos. La solicitud de prórrogas y nuevos plazos puede llegar a constituirse en un método de los Estados para alargar los procesos y, así, afectar nuevamente los derechos de las víctimas. Justicia que tarda, no es justicia y, en esa medida, la Comisión debería valorar esa extensión de los plazos como parte del procedimiento.

En mi caso, transcurrieron cinco años para que la demanda fuera presentada ante la Corte Interamericana. Después de cinco años, y pese al incumplimiento de las recomendaciones de la

[11] En la visita participaron Gisela De León y Marcela Martino, abogadas de CEJIL.

CIDH por parte del Estado de Panamá, la Corte Interamericana representaba aún una esperanza.

2.2. El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Considero que el procedimiento ante la Corte IDH fue mucho más llevadero respecto del que corresponde a la Comisión, especialmente en lo que concierne al plazo para resolver el caso y los tiempos para convocar a audiencia.

En la etapa escrita inicial del procedimiento, la brillante representación de CEJIL presentó el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (ESAP). Para ése y los demás escritos, CEJIL me contactaba vía telefónica de manera previa y me hacía preguntas a fin de reflejar mis ideas y requerimientos en los escritos presentados ante el Tribunal.

En su escrito de contestación a la demanda, el Estado realizó un reconocimiento parcial de los hechos y de su responsabilidad internacional por varias de las violaciones de derechos humanos cometidas en mi contra. La Corte IDH aceptó el reconocimiento del Estado y lo calificó "como una admisión parcial de hechos y allanamiento parcial a las pretensiones de derecho contenidos en la demanda de la Comisión Interamericana".[12]

La audiencia pública del caso se realizó los días 25 y 26 de agosto de 2010, en la sede de la Corte, en San José, Costa Rica. Además del Estado de Panamá, participaron la Comisión Interamericana, CEJIL, como mis representantes[13] y otras organizaciones. El 25 de agosto de 2010 presenté mi declaración ante los jueces y las juezas de la Corte IDH en calidad de presunta víctima. Ese día expuse todas las arbitrariedades y las brutales torturas que recibí desde el día de mi detención en Panamá. Era la primera vez en mi vida que me encontraba frente a jueces y juezas de

12 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párr. 65.

13 En la audiencia participaron Alejandra Nuño, Gisela De León, Marcela Martino y Adeline Neau, abogadas de CEJIL.

un alto tribunal de justicia. Desde el inicio de mi petición ante el Sistema Interamericano consideraba un sueño ser escuchado por los jueces y juezas de la Corte. Declarar en la audiencia pública, ser escuchado, fue un sueño cumplido.

Además, representó para mí ser la voz de todas aquellas personas migrantes que quedaron presas en las terribles prisiones de Panamá, sin medicina, sin asistencia legal, sometidos a brutales castigos de los policías. Participar en la audiencia significó confiar en una justicia regional capaz de generar cambios en políticas migratorias como las del Estado de Panamá. Estar presente en la audiencia no solo significó hacer prevalecer mis derechos sino abrir el camino para futuros casos que pusieran en evidencia el trato que estaban recibiendo los migrantes en la región, la violación de sus derechos humanos y la criminalización de la migración irregular.

El 23 de noviembre de 2010, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado de Panamá por las violaciones de derechos humanos cometidas en mi contra. La Corte declaró por unanimidad que el Estado de Panamá es responsable por la violación del derecho a la libertad personal (artículo 7.1, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6), en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención,[14] del derecho a las garantías judiciales (artículo 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f y 8.2.h),[15] del principio de legalidad (artículo 9),[16] del derecho a la integridad personal (artículo 5.1 y 5.2) respecto a las condiciones de detención.[17] Asimismo, declaró responsable al Estado por la falta de garantía del derecho a la integridad personal (artículo 5.1 y 5.2) y por el incumplimiento de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, respecto de la obligación de investigar los alegados actos de tortura, en mi perjuicio.[18] Adicionalmente, la Corte declaró que el Estado incumplió la obligación

[14] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párrs. 102 a 139, 149 a 172 y 189 a 195.

[15] *Ibid*., párrs. 140 a 160, 173 a 181 y 191 a 195.

[16] *Ibid*., párrs. 182 a 188.

[17] *Ibid*., párrs. 196 a 227.

[18] *Ibid*., párrs. 228 a 245.

de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia (artículos 8.1 y 25).[19]

En su sentencia, la Corte recordó que "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 Americana".[20]

Asimismo, la Corte Interamericana enfatizó 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".[21] En esa línea, la Corte se pronunció sobre el derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular.

Si bien la Corte IDH ya se había referido al derecho a la asistencia consular en el supuesto de privación de libertad de una persona no nacional del país que lo detiene,[22] en la sentencia de mi caso precisó que "desde la óptica de los derechos de la persona detenida tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma".[23] De esta manera, la Corte observó que:

> 152. [...] los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desco-

19 *Ibid.*, párrs. 252 a 254.

20 *Ibid.*, párr. 97.

21 *Ibid.*, párr. 143.

22 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.

23 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit*., párr. 153.

nocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas. 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.[24]

153. Es así que desde la óptica de los derechos de la persona detenida tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma.[25]

154. Para prevenir detenciones arbitrarias, la Corte reitera la importancia de que la persona detenida sea notificada de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado, lo cual debe realizarse en conjunto con sus obligaciones bajo el artículo 7.4 de la Convención. Cuando la persona detenida no es nacional del Estado bajo el cual se haya en custodia, la notificación de su derecho a contar con la asistencia consular se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad.[26]

---

24 *Ibid*., párr. 152.

25 *Ibid*., párr. 153.

26 *Ibid*., párr. 154.

Asimismo, la Corte reafirmó que "de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales". De acuerdo con este principio de separación en atención a las finalidades de la privación de libertad, "cuando se trata de personas que sufren condena, las condiciones de privación de libertad deben propender a la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad que es la reforma y la readaptación social de los condenados",[27] mientras que, "[c]uando se trata de migrantes, la detención y privación de libertad por su sola situación migratoria irregular, debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos referidos".[28]

La Corte Interamericana dispuso, por unanimidad, las siguientes medidas de reparación:

> 12. El Estado debe pagar la suma fijada en el párrafo 264 de la [...] Sentencia, por concepto de tratamiento y atención médica y psicológica especializada, así como medicamentos y otros gastos futuros relacionados, dentro de un plazo de seis meses.
>
> 13. El Estado debe realizar las publicaciones dispuestas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 266 de la [...] Sentencia.
>
> 14. El Estado debe continuar eficazmente y conducir con la mayor diligencia y dentro de un plazo razonable, la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados por el señor Vélez Loor, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea, de conformidad con lo establecido en el párrafo 270 de la [...] Sentencia.

[27] *Ibid.*, párr. 208.

[28] *Idem*.

> 15. El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado, de conformidad con lo establecido en el párrafo 272 de la [...] Sentencia.
>
> 16. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, de conformidad con lo establecido en el párrafo 278 de la [...] Sentencia.
>
> 17. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción, destinados a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía Nacional, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones sean los primeros llamados a atender a víctimas de tortura, de conformidad con lo establecido en el párrafo 280 de la [...] Sentencia.
>
> 18. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 304, 307, 314 y 319 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del [...] Fallo, en los términos de los párrafos 321 a 326 del mismo.

Como en todos los casos resueltos ante la jurisdicción de la Corte Interamericana, ésta estableció que "supervisará el cumplimiento íntegro de [la] Sentencia, [...], y dará por concluido el [...] caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma".[29]

[29] *Ibid*., punto dispositivo 19.

3. El difícil camino del cumplimiento de las reparaciones ordenadas en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A más de 12 años de emitida la sentencia en mi caso, de las siete medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana, la mayoría se encuentra pendiente de cumplimiento.

3.1. Medidas de reparación cumplidas

El Estado de Panamá sólo ha cumplido tres medidas de reparación: el pago de la suma fijada en la sentencia, por concepto de tratamiento y atención médica y psicológica especializada, así como medicamentos y otros gastos futuros relacionados;[30] la publicación de la sentencia,[31] y el pago de las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.[32]

En cuanto al pago de reparaciones por concepto de tratamientos médicos y por daño material e inmaterial, cabe resaltar que el Estado tardó más de un año —el plazo dispuesto en la sentencia— en cumplir con dicha medida. Por tal razón, en 2012, inicié una huelga de hambre al pie de la Embajada de Panamá en la ciudad de la Paz, Bolivia, que se extendió por 51 días. Sólo a través de tal acción extrema pude lograr que el Estado de Panamá cumpliera con el respectivo pago.

Lamentablemente, con los montos recibidos tuve que cubrir las deudas que había asumido desde la presentación de mi petición ante el Sistema Interamericano. Contraje una gran deuda por los servicios del abogado que me representó en la audiencia ante la CIDH en 2006. De esta manera, tristemente, con el monto ordenado por la Corte no pude cubrir los tratamientos médicos

30 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 13 de febrero de 2013, punto declarativo 1.

31 *Idem*.

32 *Idem*.

que necesitaba —y necesito— para aliviar los daños a mi salud física y mental.

Respecto de las publicaciones de la sentencia, éstas fueron cumplidas, pero, personalmente, quedé con la sensación de que dicha medida fue insuficiente. La Corte IDH debió ordenar también un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por parte de las autoridades de Panamá que tuviera la debida cobertura en medios de comunicación nacional e internacional. Ya que la migración es un fenómeno regional, la Corte IDH pudo valorar el impacto que un acto de reconocimiento de responsabilidad podía tener en los demás países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

3.2. Medidas pendientes de cumplimiento

Aún quedan pendientes de cumplimiento cuatro importantes medidas de reparación que incluyen: 1) la continuación eficaz de la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados en el caso; 2) la adopción de medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada por cuestiones migratorias; 3) la implementación de un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, y 4) la implementación de programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo la jurisdicción del Estado, destinados a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía Nacional, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos.

En lo que concierne a la *investigación penal de los hechos del caso*, en su momento, la Corte IDH constató "cierta actividad investigativa de las autoridades encargadas de impulsar la in-

vestigación",[33] sin embargo consideró que, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se dio noticia al Estado sobre los actos de tortura y malos tratos en mi contra y desde que se iniciaron las investigaciones, la información aportada por Panamá no daba cuenta "de avances significativos en la investigación penal".[34] En 2015 fui convocado para declarar en Panamá y hacer la reconstrucción de los hechos denunciados. Lamentablemente, las pistas dadas para que procesaran a los culpables no han tenido resultados y el Estado de Panamá no me ha permitido acceder al expediente de la investigación. Peor aún, el 25 de marzo de 2019, el Juzgado Mixto de Circuito Judicial de la Provincia del Darién decretó la prescripción de la acción penal en la causa penal interna por los actos de tortura cometidos en mi contra. El 10 de septiembre de 2021, la Corte Interamericana nos informó, a CEJIL y a mí, que Panamá declaró prescrito mi caso. La Corte ha solicitado al Estado los detalles acerca de esta decisión que representa un duro golpe para mí, ya que Panamá no ha cumplido con investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la tortura de la que fui víctima. De no revertirse esta situación, se instalará la impunidad con la consecuente posibilidad de que estos actos se repitan en perjuicio de otras personas migrantes en Panamá. Hasta la fecha ninguna persona ha sido procesada por las torturas que padecí en manos de las autoridades panameñas.

Respecto de la *adopción de medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos*, la Corte IDH ha solicitado a Panamá que presente "la documentación de respaldo, así como información sobre todo el país, que acredite las medidas que habrían sido adoptadas".[35] Cabe destacar que, en su momento, fui invitado a visitar la Prisión de La Palma a efecto de verificar su demolición. Panamá destruyó los pabellones de La Palma en cumplimiento de lo ordenado por la Corte.

33 *Ibid*., considerando 16.

34 *Idem*.

35 *Ibid*., considerando 25.

En lo que concierne a la *implementación de un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización*, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) está apoyando al Estado en el proyecto de fortalecimiento de las capacidades para la gobernanza de la migración. La Corte IDH ha solicitado al Estado que "presente información actualizada, detallada y completa sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de [esta medida], así como copia de la documentación de respaldo respectiva".[36]

Sobre la *implementación de programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción*, la medida parece muy lejos de cumplirse. La Corte Interamericana también ha considerado necesario que "el Estado presente información actualizada, detallada y completa sobre las diligencias posteriores a la emisión de la Sentencia [...] que haya realizado para el cumplimiento de est[a medida], así como copia de la documentación respectiva".[37]

3.3. Medidas provisionales y supervisión de cumplimiento

En la provincia de Darién se encuentra la Estación de Recepción Migratoria (ERM) La Peñita, centro principal dedicado al alojamiento de las personas migrantes en esa provincia. A mayo de 2020, dicha ERM albergaba a 1694 personas de diferentes nacionalidades —siete veces más de lo que permite su capacidad—, entre ellas menores de edad y mujeres embarazadas. Esta ERM presentaba una situación de hacinamiento, carecía de ventilación, de duchas, de suficientes letrinas, de acceso al agua potable y a los alimentos en calidades y cantidades adecuadas. La crisis sanitaria de COVID-19 agravó esa situación. Precisamente, dado el empeoramiento de las condiciones materiales en dicho esta-

[36] *Ibid*., considerando 29.

[37] *Ibid*., considerando 34.

blecimiento, CEJIL presentó una solicitud de medidas provisionales ante la Corte IDH, en el marco de la supervisión de cumplimiento de la medida de reparación ordenada en la sentencia de mi caso, consistente en adecuar los establecimientos destinados a la detención de personas por cuestiones migratorias.

El 26 de mayo de 2020, la Presidenta de la Corte IDH emitió una resolución de medidas urgentes frente a la solicitud de CEJIL. Esta fue la primera decisión emitida por la Corte IDH sobre una situación vinculada a la pandemia de COVID-19.[38] La Presidenta de la Corte IDH consideró que se configuraban *prima facie* los requisitos de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño que hacían necesario ordenar medidas urgentes de protección.

Conforme a la resolución de la Presidenta de la Corte IDH, la extrema gravedad tenía lugar por la privación de libertad de las personas migrantes sin una determinación individualizada y sin el establecimiento de un plazo máximo, deviniendo en detenciones indefinidas. La urgencia se cumplía ante la alegada falta de condiciones para que se garanticen medidas rigurosas de distanciamiento y de higiene para prevenir y mitigar la propagación del COVID-19, así como por la falta de información del Estado sobre tratamientos médicos ante complicaciones de la enfermedad, y ante casos de personas asintomáticas o con factores de riesgo mayores. La irreparabilidad del daño se configuraba debido a que la inminencia de un brote generalizado en las ERM La Peñita y Lajas Blancas podría tener consecuencias irreparables en los derechos a la salud, integridad personal y vida de una parte de las personas migrantes, debido a las eventuales complicaciones y graves secuelas de la enfermedad que no sean atendidas adecuadamente. Por tanto, la Presidenta de la Corte IDH requirió a Panamá "que adopte todas las medidas

[38] Previamente, la Corte IDH había emitido la Declaración 1/20 "COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales", de 9 de abril de 2020, *http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf* En dicha Declaración, la Corte IDH resaltó que, en el contexto de la pandemia adquiere especial énfasis "garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna", incluyendo de manera particular a las personas migrantes, refugiadas y apátridas.

adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud, integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las [ERM] La Peñita y Laja[s] Blanca[s]" y que "asegure, de forma inmediata y efectiva", a las mismas personas, "el acceso a servicios de salud esenciales sin discriminación", "incluyendo detección temprana y tratamiento del COVID-19".[39]

Posteriormente, el 9 de julio de 2020 se llevó a cabo una audiencia pública virtual en la que pude participar junto a las abogadas de CEJIL.[40] En dicha ocasión manifesté mi profunda indignación por tener que denunciar, una vez más, las omisiones del Estado de Panamá que, en este caso, determinaban que cientos de personas migrantes se encontraran detenidas en el Darién, en el lugar en el que estuve hace más de 17 años, en condiciones completamente inadecuadas. Cuando presenté mi caso ante el Sistema Interamericano anhelaba que todo lo que yo padecí, no lo sufrieran otras personas. Pero las condiciones en las ERM demostraban que, transcurridos muchos años, el Estado no contaba con centros adecuados para personas migrantes, en claro incumplimiento de lo ordenado por la Corte en la sentencia de mi caso. En el contexto actual de pandemia, la situación se ha agravado, porque las personas migrantes ven vulnerado su derecho a la salud, y viven en constante riesgo de contagio e, incluso, de muerte. Esto es inaceptable. En nombre de la pandemia, los Estados están cometiendo brutales abusos en contra de las personas migrantes. Y nadie debería morir por ser migrante, nadie debería estar en riesgo de perder la salud o ver afectados otros derechos en su paso por las ERM.

Precisamente por ello, en mi declaración en la audiencia, solicité a la Corte IDH que recordara al Estado que lo ordenado en la sentencia en mi caso lo obliga a garantizar los derechos de todas las personas migrantes en Panamá. En ese sentido, junto con CEJIL solicitamos que la Corte otorgue medidas provisionales a favor de las personas migrantes en el Darién y que, de ser posi-

[39] Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de 26 de mayo de 2020.

[40] Participaron en mi representación, Gisela De León, Marcela Martino y Kavita Kapur, abogadas de CEJIL.

ble, realice una visita *in situ* para verificar las condiciones de los centros de detención migratoria en el Darién, cuando la situación sanitaria lo permitiera.

El 29 de julio de 2020, la Corte emitió la resolución de medidas provisionales que ratificó la resolución de la Presidenta de adopción de Medidas Urgentes.[41] En consecuencia, requirió al Estado de Panamá que "continúe adoptando todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud, integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Lajas Blancas en la Provincia de Darién",[42] y que "asegure, de forma inmediata y efectiva, el acceso a servicios de salud esenciales sin discriminación a todas las personas que se encuentran en [dichas] Estaciones de Recepción Migratoria [...], incluyendo detección temprana y tratamiento del COVID-19".[43]

Sobre las medidas para reducir el hacinamiento, y mejorar la ventilación y el distanciamiento para evitar el contagio de COVID-19, la Corte ordenó al Estado "a) [r]educir el hacinamiento al nivel más bajo posible de forma tal que se puedan respetar las pautas recomendadas de distanciamiento social para prevenir el contagio del virus, teniendo en cuenta especialmente a las personas con factores de riesgo, e incluyendo la posibilidad de examinar medidas alternativas y basadas en la comunidad"; "h) [a]doptar las medidas que sean necesarias para superar barreras legales, idiomáticas y culturales que dificulten el acceso a la salud y a la información", e "i) [a]doptar medidas para asegurar la ventilación natural, limpieza máxima, desinfección y recolección de residuos para evitar que la enfermedad se propague".[44]

En cuanto a medidas para proveer alimentos, agua e implementos sanitarios para evitar el contagio de COVID-19, la Corte IDH ordenó al Estado "j) [c]ontinuar con la dotación gratuita de mascarillas, guantes, alcohol, toallas desechables, papel higiénico

41 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 29 de julio de 2020.

42 *Ibid.*, punto resolutivo 2.

43 *Ibid.*, punto resolutivo 3.

44 *Ibid.*, considerando 35.

y bolsas de basura, entre otros elementos, tanto para la población que se encuentra en los establecimientos como el personal de custodia y sanitario"; "k) [p]romover, a través de los suministros y la información necesarias, las medidas de higiene personal recomendadas por las autoridades sanitarias, tales como el lavado regular de las manos y del cuerpo con agua y jabón para prevenir la transmisión de dicho virus y de otras enfermedades infecciosas"; "l) [p]roveer una alimentación suficiente y agua potable para consumo personal, con especial consideración de los requerimientos nutricionales pre y post natales", y "o) [e]vitar que las medidas que se adopten promuevan la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación".[45]

Sobre medidas para garantizar el derecho a la salud y prevenir los contagios, la Corte ordenó "e) [e]stablecer protocolos o planes de actuación para la prevención del contagio del COVID-19 y la atención de personas migrantes infectadas, de acuerdo a las pautas recomendadas";[46] "f) [b]rindar a las personas migrantes acceso gratuito y sin discriminación a servicios de atención en salud, incluyendo aquellos necesarios para enfrentar la enfermedad del COVID-19, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz y al mismo estándar de atención que se encuentra disponible en la comunidad"; "g) [p]roporcionar a las mujeres embarazadas acceso gratuito a servicios de atención en salud sexual y reproductiva, así como a servicios de atención de maternidad, y facilitar servicios de atención en salud adecuados para niñas y niños", y "m) [p]osibilitar el acceso a servicios de salud mental para las personas que así lo requieran, teniendo en cuenta la ansiedad y/u otras patologías que se pueden generar a raíz del temor provocado por la situación del COVID-19".[47]

En cuanto a las medidas para proteger los derechos de la niñez migrante y prevenir la violencia contra las mujeres, y garantizar

---

45 *Idem*.

46 *Idem*. Entre otros aspectos, "asegurarse de realizar controles de salud a cada persona que ingrese al establecimiento, verificando si tiene fiebre o síntomas de la enfermedad; realizar la toma de muestras biológicas de todos aquellos casos clasificados como 'sospechosos', y adoptar las medidas de atención médica, cuarentena y/o aislamiento necesarias".

47 *Idem*.

el principio de no devolución, la Corte ordenó "b) [d]eterminar, cuando sea posible, de acuerdo al interés superior, opciones de acogida familiar o comunitaria para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, así como para aquellos que están junto con sus familias preservando la unidad familiar, de conformidad con lo establecido en la Opinión Consultiva OC-21/2014", y "d) [a]doptar medidas para prevenir el riesgo de violencia, y en particular aquella de carácter sexual, a la que están expuestas las mujeres, las niñas y los niños migrantes". Asimismo, "[g]arantizar el respeto del principio de no devolución a toda persona extranjera, cuando su vida, seguridad o integridad personal esté en riesgo, así como el acceso efectivo a los procedimientos de asilo cuando corresponda".[48]

La Corte IDH dispuso, adicionalmente, que la Secretaría de la Corte comunique la Resolución al Secretario General de la OEA "para que, en el marco de sus atribuciones de acuerdo a la Carta de la OEA, coadyuve a impulsar el diálogo indicado y a promover soluciones regionales a la situación descrita por el Estado de Panamá".[49]

El 6 de mayo de 2021, durante el 141 Periodo Ordinario de Sesiones, el Tribunal celebró una audiencia pública virtual de supervisión de la implementación de las medidas provisionales. En dicha audiencia participé nuevamente con las abogadas de CEJIL.[50] En mi participación puse en evidencia que la experiencia que viví en Panamá se repite hoy, agravada por los efectos de la pandemia. La tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes continúan, ahora en las ERM del Darién. Insistí en que el Estado de Panamá estaba obligado a cumplir con las medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH y a presentar información clara y precisa que permitiera determinar las condiciones en las que se encuentran las personas que están en las ERM de Lajas Blancas, incluida la información sobre los problemas de infraestructura reportados; las medidas especí-

48 *Idem*.

49 *Ibid*., considerando 37 y punto resolutivo 6.

50 En la audiencia participaron Gisela De León, Marcela Martino y Gabriela Oviedo Perhavec, abogadas de CEJIL.

ficas adoptadas en materia de salud para impedir la propagación del COVID-19 y garantizar atención médica a las personas migrantes que lo requieran, y las medidas adoptadas para cumplir con todo lo demás ordenado por la Corte. Asimismo, reiteré el pedido de realizar una visita *in situ* una vez que existieran condiciones para ello, porque, como señalé en la audiencia de 2020, "nadie debe morir por ser migrante".

El 24 de junio de 2021, la Corte Interamericana emitió una resolución de supervisión de la implementación de las medidas provisionales[51] en la que hizo notar que, "[d]e la información aportada se desprende que con el cierre de la Estación Migratoria La Peñita [...], la población migrante que ingresa a Panamá por la región del Darién estaría en la actualidad repartida, fundamentalmente, entre las estaciones migratorias de Lajas Blancas y de San Vicente", así como "[en] la comunidad receptora de Bajo Chiquito, en la frontera con Colombia. En Bajo Chiquito las personas son recibidas por las autoridades del Servicio Nacional de Fronteras (SENAFRONT), quienes realizan los procedimientos de registro e identificación previo a su traslado a los otros centros de recepción migratoria".[52] La Corte IDH se pronunció de manera específica sobre la implementación de las medidas para reducir el hacinamiento, y mejorar la ventilación y el distanciamiento para evitar el contagio de COVID-19; las medidas para proveer alimentos, agua e implementos sanitarios para evitar el contagio de COVID-19; las medidas para garantizar el derecho a la salud y prevenir los contagios, y las medidas para proteger los derechos de la niñez migrante y de las mujeres, y garantizar el principio de no devolución.

Asimismo, la Corte IDH consideró necesario realizar algunas precisiones con respecto a las implicancias que tiene el principio de igualdad y no discriminación en el acceso de las personas migrantes a las vacunas:[53]

---

51 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 24 de junio de 2021.

52 *Ibid*., considerando 4.

53 *Ibid*., considerando 46.

> 47. De conformidad con el principio de igualdad y no discriminación, los Estados deben garantizar que las personas migrantes tengan acceso a los programas de vacunación sin ninguna distinción basada en su nacionalidad o estatus migratorio, en igualdad de condiciones que las personas nacionales y residentes. Este Tribunal comprende que, en el contexto actual, la escasez de vacunas contra el COVID-19 dificulta en muchos países garantizar que todas las personas tengan acceso inmediato a las vacunas, por lo que se requiere establecer grupos de prioridad. Al respecto, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana. En este sentido este Tribunal concuerda con lo indicado por varios organismos especializados en cuanto a que las distinciones que se establezcan en la priorización de acceso a las vacunas contra el COVID-19, deben ser realizadas con base en las necesidades médicas y en los criterios de riesgo establecidos científicamente, incluyendo a todas las personas que cumplan los requisitos de un grupo prioritario, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio.[54]
>
> 48. Asimismo, este Tribunal resalta la importancia de que, para la superación de la pandemia, la comunidad internacional realice acciones para procurar asegurar una distribución global y equitativa de las vacunas, que contrarreste la actual situación en que los países de mayores ingresos han acaparado la adquisición de la mayoría de vacunas. Resulta imperante que también los países de ingresos bajos y medios puedan disponer de una cantidad suficiente de vacunas que permita, como mínimo, brindar protección a todas aquellas personas que corren un mayor riesgo de contraer el virus y/o de enfermar gravemente, así como llegar a alcanzar suficiente inmunidad de la población a nivel mundial [...].[55]

Este pronunciamiento de la Corte IDH sobre la distribución global de las vacunas, supone un nuevo impacto de la sentencia Vélez Loor que trasciende los límites nacionales, e incluso regionales, a favor de todas las personas migrantes, sin discriminación.

Dicho esto, la Corte IDH resolvió mantener las medidas provisionales a favor de las personas que se encontraban en la ERM

[54] *Ibid.*, considerando 47.

[55] *Ibid.*, considerando 48.

Lajas Blancas en la Provincia de Darién, por lo cual requirió al Estado de Panamá que "continúe adoptando todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente sus derechos a la salud, integridad personal y vida",[56] y "que asegure, de forma inmediata y efectiva, el acceso a servicios de salud esenciales sin discriminación a todas las personas que se encuentran en la Estación de Recepción Migratoria Lajas Blancas, incluyendo detección temprana y tratamiento del COVID-19".[57] La Corte amplió las medidas provisionales a favor de las personas que se encontraban en la Estación de Recepción Migratoria de San Vicente y en la comunidad receptora de Bajo Chiquito en la Provincia de Darién[58] y, además, declaró que "las medidas provisionales adoptadas a favor de las personas en la Estación de Recepción Migratoria La Peñita han dejado de tener objeto, en razón del cierre de dicho establecimiento".[59]

En 2022, los días 17 y 18 de marzo, el Presidente de la Corte IDH efectuó una visita en terreno y una audiencia privada en Panamá, con el fin de recibir información sobre la implementación de las medidas provisionales y la solicitud del Estado sobre su levantamiento. El Presidente del Tribunal solicitó la participación de la Defensoría del Pueblo de Panamá como "otra fuente de información" distinta a la que brinda el Estado en su carácter de parte en el procedimiento de medidas provisionales, conforme lo permite el Reglamento de la Corte IDH (artículo 27.8). Como resultado de dicha visita y de la audiencia privada, la Corte emitió una nueva resolución el 25 de mayo de 2022, en la que dispuso el levantamiento de las medidas provisionales.[60]

La Corte IDH estimó que "en la actualidad no subsisten las condiciones excepcionales que dieron origen a la adopción de las [...] medidas provisionales relativas a la necesidad urgente

---

56 *Ibid*., considerandos 62 y 63 y punto resolutivo 1.

57 *Ibid*., punto resolutivo 2.

58 *Ibid*., considerandos 66 y 67 y punto resolutivo 4.

59 *Ibid*., considerando 64 y punto resolutivo 3.

60 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Medidas Provisionales. Resolución de 25 de mayo de 2022.

de reducción de hacinamiento y provisión de atención en salud ante la situación generada por la pandemia COVID-19".[61] Asimismo, de acuerdo con la Corte, "Panamá ha demostrado su compromiso para continuar realizando acciones que garanticen los derechos de las personas en situación de movilidad, entre ellas las personas migrantes en tránsito".[62] Sobre el particular, destacó que Panamá "ha venido trabajando de manera constante y coordinada con agencias de Naciones Unidas, organizaciones internacionales, así como con organizaciones de la sociedad civil, y tiene la disposición de continuar complementando sus capacidades con la cooperación especializada que le permita seguir identificando y atendiendo las condiciones que requieren una mejora y trabajo continuo".[63]

La Corte destacó que las medidas provisionales adoptadas por Panamá "cumplieron su fin de proteger los derechos a la salud, integridad personal y vida de las personas en situación de movilidad en la provincia de Darién, ante la excepcional situación generada por la pandemia de COVID-19"[64] y "permitieron contener y mitigar los posibles brotes generalizados de contagio".[65] Conforme a la Corte IDH, "[d]e no haberse mejorado las condiciones materiales y sanitarias en las estaciones migratorias, podrían haberse presentado altas tasas de contagios y de fallecimientos".[66] Si bien la Corte IDH reconoció que "persisten problemas estructurales de fondo que generan retos permanentes y cambiantes en esta materia",[67] estimó que "aquellos aspectos que mantengan vigencia y conexidad con lo dispuesto en la Sentencia del caso *Vélez Loor vs. Panamá*, deben ser abordados a través del mecanismo de supervisión de cumplimiento de la Sentencia y no por medio de medidas de carácter provisional que tienen otra naturaleza y propósito, salvo que se presenten

61 *Ibid*., considerando 55.

62 *Idem*.

63 *Idem*.

64 *Ibid*., considerando 59.

65 *Idem*.

66 *Idem*.

67 *Ibid*., considerando 60.

nuevas circunstancias de extrema gravedad y urgencia de evitar un daño irreparable".[68]

4. Algunas reflexiones sobre la sentencia y su cumplimiento

La sentencia de la Corte IDH en mi caso representa un hito en el desarrollo de la jurisprudencia en materia de derechos humanos de las personas migrantes. Constituye un referente a nivel regional y universal de estándares jurídicos de protección de las personas migrantes.

Fui la primera persona en el continente en lograr que un caso vinculado a la migración llegue a la Corte IDH. Así, quedó evidenciada por primera vez la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes, sobre todo aquellas indocumentadas o en situación irregular. Con el paso de los años, la sentencia ha sido también el punto de partida para nuevos desarrollos en la materia, tanto a nivel de la Comisión como de la Corte.

El Sistema Interamericano ha contribuido así, de manera amplia y clara, a visibilizar el fenómeno de la migración en América y a resaltar las obligaciones de los Estados frente a las personas migrantes bajo su jurisdicción, sin discriminación. Las resoluciones de medidas provisionales vinculadas al caso, han contribuido además a fortalecer los estándares de protección de las personas migrantes en el contexto de la crisis sanitaria de COVID-19.

Sin embargo, debo decir que, a más de 12 años desde que la Corte Interamericana emitió la sentencia, aún quedan pendientes de ejecución cuatro importantes medidas de reparación. Pese a todos los esfuerzos de la Corte, la CIDH y de CEJIL, el Estado de Panamá no ha cumplido con establecer los responsables de las violaciones cometidas en mi contra. A más de 20 de años de los hechos, los victimarios siguen en absoluta impunidad. Los años pasan y no existe ninguna señal concreta de que el Estado panameño avance en su obligación de investigar, juzgar y, en su caso,

[68] *Idem*.

sancionar a los responsables. Pese a ello, sigo sin descanso en la búsqueda de justicia. Los recuerdos y las escenas vividas me dan fuerzas para continuar.

El Sistema Interamericano no posee un mecanismo coercitivo para obligar a los Estados a cumplir con sus sentencias y resoluciones. Pese a que los plazos establecidos por la Corte IDH para el cumplimiento de las medidas de reparación son razonables, los Estados los extienden por años para cumplir, a veces solo parcialmente. De esta manera, la supervisión de cumplimiento representa un nuevo desafío para las víctimas.

Además, considero que todavía queda mucho por hacer para lograr un auténtico respeto y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes en la región. Los estándares desarrollados por la Corte IDH en la sentencia y en las resoluciones de medidas provisionales, así como aquellos desarrollados por la Comisión, no están siendo aplicados por todos los Estados de la región. Las violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes en la región son noticia de cada día y eso debe interpelar a los Estados y al Sistema Interamericano como un todo.

Organizaciones de derechos humanos como CEJIL devuelven la esperanza. CEJIL creó en mí la esperanza de alcanzar justicia y jamás se han apartado de mi lucha y siguen comprometidos con la supervisión de cumplimiento de las medidas de reparación. Mi agradecimiento infinito a CEJIL, por haber logrado con ellos justicia y estándares de derechos humanos de las personas migrantes en la región. Esas personas migrantes que a diario son protagonistas de tristes episodios, de escenas de angustia, de sufrimiento, de encarcelamiento, de discriminación, de violencia sexual, de xenofobia, de humillaciones, dejados al olvido, separados de sus familias y niños, muertos, desaparecidos.

He sobrevivido para contar mi historia. Sentado en un café de la cálida ciudad de Santa Cruz, en Bolivia, país en el que vivo desde hace 16 años, termino de escribir estas líneas pensando en lo que significan los duros momentos que he atravesado.

Mi caso me ha permitido ser protagonista de una lucha solidaria por los derechos de todas las personas migrantes en la región. Me siento un defensor de derechos humanos que ha ayu-

dado, ayuda y continuará ayudando a las personas migrantes. Esas personas migrantes que, frente al agotamiento de recursos internos o a la denegación de justicia en sus países, carecen de información acerca del Sistema Interamericano.

A pesar del quebrantamiento físico que me afecta por las torturas de las que fui víctima, siento una gran fortaleza moral, por haber decidido buscar justicia, verdad y reparación, para mí y para todos aquellos que migran buscando una vida mejor.

Derechos humanos de las personas migrantes: una mirada desde el ius commune
se terminó de imprimir en febrero de 2023,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Sentencias feministas.
Reescribiendo la justicia con perspectiva de género.
Proyecto México
Geraldina González de la Vega Hernández
Isabel Montoya Ramos (coords.)
(En coedición con el COPRED)

Reflexiones contemporáneas sobre
derecho constitucional comparado
Antonio Olguín Torres (coord.)
(En coedición con la UG)

Constitución Política del Estado Libre
y Soberano de Querétaro comentada
María Pérez Cepeda
Greco Rosas Méndez
Carlos Rubén Eguiarte Mereles
Rogelio Flores Pantoja (coords.)
(En coedición con el Poder Judicial
del Estado de Querétaro y el IEEQ)

Aportes de Sergio García Ramírez al derecho
María Elisa Franco Martín del Campo
Guillermo Raúl Zepeda Lecuona
Pedro Salazar Ugarte (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM y el COLJAL)

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: UNA MIRADA DESDE EL *IUS COMMUNE*

En nuestro continente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano representan el marco de protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familiares. A partir de dichos instrumentos, y en ejercicio de sus respectivas competencias, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado estándares fundamentales para la consolidación de dicha protección.

A través de los capítulos de esta obra colectiva se pretende contribuir a mejorar el entendimiento de la dimensión de los estándares interamericanos en materia migratoria y explorar su potencial impacto transformador.

El proceso de interamericanización de los ordenamientos jurídicos nacionales evidencia una tendencia hacia la protección de los derechos humanos de las personas migrantes en América Latina y, en esa medida, orienta el cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto y garantía. Ello se suma al impulso de los demás actores de la comunidad de práctica en la región para cumplir el mandato transformador de la Comisión y de la Corte Interamericanas.

En síntesis, la interamericanización, como uno de los procesos que apalancan la construcción del *ius commune* en el ámbito de la movilidad humana, conlleva una relevante visibilización de los avances logrados y hace posible dar voz a las personas migrantes y a sus familias y, entre ellas, a quienes han sido víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

ISBN 978-607-7822-99-8

9 786077 822998

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO