



Las disputas

por los derechos de las personas migrantes.
Apuntes para una agenda posible de intervención
a través del litigio estratégico.

Las disputas por los derechos de las personas migrantes

APUNTES PARA UNA AGENDA POSIBLE
DE INTERVENCIÓN A TRAVÉS DEL
LITIGIO ESTRATÉGICO

FOTOGRAFÍA DE PORTADA: EDU PONCES

ÍNDICE

1	5	INTRODUCCIÓN
2	11	NOTAS SOBRE EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN DERECHOS HUMANOS. SU DEFINICIÓN
3	22	LAS POSIBILIDADES DEL LITIGIO ESTRATÉGICO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
4	37	CONCLUSIÓN. HACIA UNA DISCUSIÓN EN LA REGIÓN SOBRE LA INCORPORACIÓN DE UNA AGENDA DE LITIGIO ESTRATÉGICO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

1

1 INTRODUCCIÓN

En las últimas tres décadas es posible identificar en la región de centro y Sudamérica que las disputas por el reconocimiento de mayores derechos estuvo vinculada en gran parte al uso de los sistemas de justicia, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional. Este activismo legal original se vinculó en un primer momento con los reclamos de verdad y justicia por los crímenes cometidos por las dictaduras que asolaron la región en los años 70, 80 y 90 sostenido por víctimas y organizaciones sociales. Esta forma de intervención, a su vez, se extendió a otras problemáticas, tales como la violencia policial, la situación social, la discriminación, reclamos de pueblos indígenas, las restricciones ilegítimas a la libertad de expresión y al acceso a la información, así como a reformas en la administración de justicia, entre otras cuestiones. El litigio estratégico ha sido una de las principales herramientas que se han utilizado para sostener este activismo legal que ha permitido expandir el contenido y la definición de los derechos humanos en la región.¹

Pueden identificarse diversas razones para el desarrollo de esta forma de actuar de víctimas y organizaciones sociales en toda la región. Entre ellas, conviene destacar el desarrollo de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos; la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, o al menos, con jerarquía superior a las leyes nacionales; la habilitación de nuevas formas de acceso a la justicia, o, la reconfiguración más robusta de herramientas procesales ya existentes, como la acción de amparo o de habeas corpus.²

¹ Cfr. CELS, *La Lucha por el Derecho*. Litigio Estratégico y Derechos Humanos, Ed. Siglo XXI-CELS, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 18

² Ver *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Abregú, M., Courtis, Ch., ed. Del Puerto CELS, Buenos Aires, 1998; y también *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Abramovich, V., Bovino, A., Courtis, Ch. comps. Ed. Del Puerto CELS, Buenos Aires, 2008.; Tiscornia, S., "Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio", Ediciones del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2008, p. 133

Asimismo, es posible advertir dentro de aquellas razones que las redes nacionales o internacionales de defensores de derechos humanos intercambiaron experiencias y estrategias para el desarrollo de acciones de litigio, nacionales e internacionales que tuviesen como objetivo la defensa y ampliación de derechos.³ Los órganos estatales de protección de derechos humanos, como Defensorías del Pueblo, Procuradores y Defensorías Oficiales también iniciaron procesos de adecuación de sus estructuras para garantizar derechos a través del uso de la justicia.⁴

El poder judicial, mientras tanto, a través de sus Cortes Supremas o Tribunales constitucionales en la mayoría de los Estados de la región, en el marco de acciones de litigio estratégico, iniciaron un proceso de internalización de decisiones internacionales y es común encontrar decisiones que o bien se fundan o se construyen sobre la base de argumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En particular, es posible afirmar que en la región la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) ha tenido un considerable impacto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales que aplican las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Así, tal como señala Abramovich, la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos influyó en

“la despenalización del desacato y de las críticas emitidas por la prensa, el acceso a la información pública y los límites en la persecución penal de manifestaciones públicas pacíficas; la fijación de límites y condiciones objetivas para el uso de la prisión preventiva, de las facultades de detención de las poli-

3 Ver Sassen, S. "Territorio, Autoridad y Derechos: De los Ensamblajes Medievales a los Ensamblajes Globales", ed. Katz Editores, 2010, Buenos Aires; y "Caminando hacia la justicia - el trabajo en el área del derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo", Mary McClymont y Stephen Golub (edit.), Universidad Diego Portales, Fundación Ford, Santiago de Chile, 2001.

4 Ver por ejemplo, Defensoría General de la Nación, Argentina, www.mpd.gov.ar o Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, www.dhr.go.cr

cías y de la fuerza pública; la determinación de pautas para un sistema penal diferenciado para los menores de edad sobre el derecho a apelar ante un tribunal superior las condenas penales; la participación de las víctimas de crímenes de Estado en los procesos judiciales; el reconocimiento de mínimos derechos al debido proceso en la esfera administrativa y la revisión judicial de actos administrativos, así como de garantías básicas en los procesos de remoción de magistrados, entre otros asuntos de gran relevancia para el funcionamiento de las instituciones y orden constitucional en los Estados”⁵

En este contexto, los estándares jurídicos básicos que consolidó el derecho internacional de los derechos humanos y que se comprometió a respetar el Estado, determinan contenidos mínimos para la definición de políticas y pueden servir como marcos para la intervención judicial sobre esos asuntos. En otras palabras, así como el derecho internacional de los derechos humanos no sólo fija límites al abuso del poder sino que puede, en ciertos contextos, constituirse como un programa para desarrollar políticas concretas que apunten a problemas estructurales que traen aparejadas violaciones de derechos; el poder judicial puede utilizarse para analizar la existencia de límites a los abusos de poder y, también para verificar la implementación de programas que apunten a intervenir sobre problemas estructurales.

Por último, es posible advertir que algunos Estados de la región han entendido la importancia de cumplir con decisiones nacionales e internacionales que protegen derechos a través de acciones de litigio estratégico, y para ello, se han habilitado, entre otras respuestas, instancias de diálogo con víctimas y

⁵ Abramovich, V., “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Perú (PUCP), nro. 63, p. 100.

organizaciones,⁶ promovido reformas legislativas y mecanismos de reparación de las víctimas.⁷

En definitiva, es posible entender que el litigio estratégico desarrollado en la región como instrumento de incidencia y la invocación del derecho internacional de los derechos humanos para demandar la protección jurisdiccional de personas y grupos, constituyen desarrollos recientes. Se trata de una tendencia fuertemente marcada por el impulso de las organizaciones de la sociedad civil y por decisiones judiciales que marcan el camino para la utilización generalizada del derecho internacional de los derechos humanos.

Este diagnóstico sobre la capacidad y los efectos que ha producido el activismo legal en la región con relación a la expansión de derechos humanos a través del uso de mecanismos de protección judicial pareciera diferir cuando se lo traslada al estudio y su aplicación a la situación de los derechos de los migrantes. En efecto, de acuerdo al estudio realizado en el marco de este proyecto, sobre la jurisprudencia de los órganos judiciales nacionales, es posible anticipar un escaso control por parte del poder judicial de las reglas jurídicas que proveen los tratados internacionales de derechos humanos sobre las políticas migratorias de la región que afectan derechos fundamentales de los migrantes. De manera paradójica, ha sido precisamente en el campo de los derechos de los migrantes en los que el SIDH ha desarrollado –sobre todo, a través de la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH– un elenco preciso de estándares internacionales de derechos humanos que los Estados deben observar

⁶ Fairstein, C., Kletzel, G. y García Rey, P., "En busca de un remedio judicial efectivo: Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales", y Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, "Un giro en los estudios sobre derechos sociales", en Arcidiácono, P., Espejo, N., y Rodríguez-Garavito, C., *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes, CELS y Universidad Diego Portales, 2010 (págs. 27-82 y 83-154),

⁷ Arcidiácono P., Espejo Yaksic, N., Rodríguez Garavito, C., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, op.cit.

con relación a las personas migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción.⁸

Por esta razón, deviene necesario profundizar la relación entre acciones de litigio estratégico y su capacidad para ampliar los derechos de los migrantes en la región. Para eso, en los próximos apartados analizaremos en primer lugar, las características del litigio estratégico, sus objetivos y las consideraciones que deben realizarse para su implementación. En segundo lugar, brindaremos algunas pautas para definir una *agenda marco* para el desarrollo de acciones de litigio estratégico en materia de derechos humanos de los migrantes, en función de las experiencias recogidas en el marco de esta investigación. En definitiva –adelantamos- nos interrogamos en esta investigación acerca de las condiciones que existen en la región para el desarrollo de esta herramienta.

⁸ Ceriani Cernadas, P., Fava R. y Morales D., *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Ediciones de la UNLa, Buenos Aires, Argentina, 2009.

2

2 NOTAS SOBRE EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN DERECHOS HUMANOS. SU DEFINICIÓN

El litigio estratégico en derechos humanos, como adelantamos, es una herramienta que han utilizado víctimas, organizaciones de derechos humanos de la sociedad civil para la protección de derechos a través del uso de los sistemas judiciales y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos en la región centro y sur América, durante los últimos treinta años.

Algunos autores han definido el litigio estratégico a partir de sus efectos. Han considerado que este tipo de litigio rebasa los intereses personales de las partes que se ven superados por el interés de la sociedad.⁹ Por ejemplo, agregan, este tipo de acciones legales han asentado jurisprudencia que favorece la resolución de los casos judiciales desde las primeras instancias, utilizan criterios afines a los derechos humanos; provocan reformas legislativas encaminadas a otorgar mayor protección y seguridad jurídica; eliminan espacios de arbitrariedad de la administración públicas; e inducen cambios de política pública para que incluyan las demandas de la sociedad civil. También, sostienen que el litigio estratégico puede perseguir objetivos del tipo procedimental, para desarrollar más elementos técnicos o procesales en el derecho. Por ejemplo, i) para revelar barreras procesales en tribunales, ii) para procurar recursos alternativos y mejores formas de restitución a los individuos, iii) para promover una participación más positiva y progresiva de los juzgadores. El objetivo del litigio podría ser, desde esta perspectiva, el de educar a las cortes en el uso de un nuevo estándar o establecer técnicas para cambiar la carga de la prueba.¹⁰

Otros autores han señalado que el litigio estratégico es una técnica para impactar en el sistema de justicia en general, a partir de un caso concreto. La caracterización del litigio estratégico se

⁹ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH México), *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, OACNUDH México, México D.F, 2007, pág. 18

¹⁰ *Ibid.* pág. 30

asocia con términos como el litigio de impacto o paradigmático. Estos tres adjetivos denotan simplemente un punto de inicio, un objetivo y un plan para crear un efecto general. Como herramienta, es un arma para hacer prevalecer el estado de derecho y más específicamente, para impulsar los derechos constitucionales.¹¹ Asumen que el litigio estratégico permite fortalecer el estado de derecho, documentar la injusticia y permitir la reparación de la víctima por el mero acceso al foro judicial. Con mayor precisión que el litigio convencional, el litigio de tipo estratégico habilita una discusión a nivel del debate nacional en torno de la protección de derechos fundamentales.¹²

Otros autores han definido al “litigio estratégico” como aquellas acciones legales que tienen como objetivo generar un cambio social. En este sentido, entienden que el litigio puede resolver problemas que usualmente se resuelven dentro del proceso político. A diferencia del concepto clásico de litigio, en el cual éste no resulta más que una herramienta para la resolución de conflictos entre dos personas, el litigio estratégico posee un objetivo más amplio, ya que pretende generar un cambio en la relación entre el Estado y sus ciudadanos.¹³ Los jueces, desde esta perspectiva, además de lograr cambios sociales mediante el cumplimiento directo de sus órdenes, también pueden alcanzarlos a través de su habilidad para instigar y promover el debate en la sociedad. Su capacidad de posicionarse como un referente legal y moral permite al poder judicial tener un papel central a la hora de formar las ideas y demarcar el debate sobre los temas más

¹¹ Barrena, G., “Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México. ¿Un cincel en la piedra de Sísifo?”, en Sánchez Matus, F. (coord.), *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), México, 2007, p. 50.

¹² Barrena, G., art. cit., p. 51,

¹³ Robbins, J., “Re leyendo los casos Brown V. Board of Education, Marbury v. Madison y Verbitsky, H. s/Habeas Corpus: Lecciones para el litigio estratégico en la Argentina”, en Nueva Doctrina Penal, nro. 2007 A, Buenos Aires, p. 200 y ss.

importantes y controversiales, y puede ser usado de una manera complementaria a su rol tradicional de ordenar y controlar al poder ejecutivo y legislativo.¹⁴

Como puede observarse, la versión más habitual que define el litigio estratégico está vinculada con la capacidad de esta herramienta legal para producir cambios o efectos que se dirigen más allá del caso concreto. Es decir, a diferencia del litigio tradicional o convencional cuyos efectos tienen a producirse con relación al caso o situación que el poder judicial debe evaluar, en los casos de litigio estratégico el impacto de la intervención judicial debiera tener un alcance mayor. Este impacto puede evaluarse a su vez desde diversos aspectos, como la capacidad de producir cambios en la jurisprudencia, reformas del tipo procedimental o efectos en las políticas o prácticas públicas que afectan derechos fundamentales.

Como sea, en esta ocasión tan sólo diremos que un caso de litigio estratégico es aquel que representa una muestra emblemática de una situación de afectación de derechos que excede el caso individual y/o que pretende introducir argumentos novedosos para la resolución del caso. Se plantea, entonces, con el propósito de generar un cambio en la política que origina de la vulneración de derechos y/o en la forma de resolver ciertos conflictos por parte del poder judicial.¹⁵

1.1

En busca de razones para el desarrollo del litigio estratégico en derechos humanos

Asimismo, a partir de diversas investigaciones sobre el desarrollo de estas acciones de litigio en la región, se ha considerado que el litigio estratégico puede servir para:¹⁶

¹⁴ Robbins, J., art. cit., p. 2005.

¹⁵ Morales, D., Sigal, M., Rossi, J., "Ejecución de sentencias en materia de derechos sociales", en *Implementación de sentencias sobre derechos sociales. Una experiencia comparada*, 2012, Red DESC, en prensa.

¹⁶ Tomamos esta definición de la investigación de Sánchez Matus, F. (coord.), *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, OACNUDH México, op.cit. y la investigación citada CELS, *La Lucha por el Derecho. Litigio Estratégico y Derechos Humanos*, op.cit.

- a. develar y exponer patrones de conducta ilegales y estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos;
- b. promover derechos no garantizados por deficiencias o porque la protección efectiva solo se activa a partir de los reclamos de los grupos;
- c. Controvertir políticas públicas que contradicen estándares internacionales por el diseño, su contenido, o forma de implementación afectan derechos humanos;
- d. Someter a la agenda del poder judicial temas que están ausentes en la agenda pública, que también es un modo de darle publicidad;
- e. También para interpelar al poder judicial, es decir, que espacios están habilitados, cuáles clausurados para la discusión judicial sobre determinados temas.

Más allá de las definiciones que se han realizado, la experiencia concreta que ha tenido la región con relación al inicio, desarrollo y conclusión de acciones legales en clave estratégica da cuenta de una íntima vinculación entre el reclamo legal y procesos paralelos, como la protección integral de las víctimas, el fortalecimiento de actores sociales involucrados y la incidencia en políticas públicas.

En este sentido, la participación de las víctimas, grupos o comunidades en el diseño de las acción así como de propuestas concretas para la solución de situaciones de violación de derechos humanos y la articulación con otras estrategias de reclamo, –por ejemplo, protesta pública, campañas de divulgación y presión– serán centrales para establecer la eficacia de una acción legal estratégica.

A su vez, para el caso concreto de organizaciones o grupos no habituados a la traducción judicial de sus demandas, el litigio estratégico debe relacionarse con la fortaleza de la organización o del grupo. En este sentido, el reclamo legal debe tener muy en

cuenta las fortalezas y debilidades organizativas al momento de sugerir estrategias políticas y discutir las posibles alternativas en el ámbito judicial. No obstante, el litigio, y esto es central discutirlo con los grupos a la hora de cualquier planificación de la estrategia legal, puede servir para:

- fortalecer su capacidad de acción
- abrir nuevas vías de participación
- hacer efectivas conquistas que ya hayan logrado en el planopolítico.
- Control permanente sobre los órganos del Estado.

A su vez, los objetivos que subyacen a los planteos legales en materia de derechos humanos pueden necesitar estrategias que deban ser trazadas en conjunto con otros actores, distintos de los directamente afectados, pero centrales para fortalecer el reclamo o tornarlos más viable. Por eso en una etapa inicial también se pueden analizar las articulaciones posibles con otros actores, estatales o no gubernamentales: por ejemplo; organizaciones de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil, Defensorías del Pueblo, Universidades, Centros de Estudio y Clínicas Jurídicas.

Por último, el espacio judicial, que intenta habilitar el litigio estratégico, se presenta no solo como un lugar de resguardo de derechos sino como un ámbito en el que es factible transmitir demandas al Estado, fiscalizar o impugnar sus decisiones y dialogar o confrontar con sus diferentes instancias y con los demás protagonistas del conflicto.

2.2.

Hacia la definición de los objetivos del litigio estratégico. La variables que se sugieren

Ahora bien, la experiencia demuestra también que existen variables que operan en la definición de los objetivos que pueden impulsarse a través de un acción de litigio estratégico. En efecto, una de las cuestiones más importantes para definir si el litigio estratégico aumenta la eficacia de un reclamo para la protección de los derechos humanos, estará vinculado a los objetivos que

se proponga la acción. Sin embargo, estos objetivos no son uniformes y por lo tanto sus resultados pueden ser diversos en función de éstos. De esta manera es posible pensar que la definición de objetivos e impactos posibles de la acción puede estar mediada por diversas variables.

Es posible advertir una primera variable, estará dada por los intereses de una organización que impulsa la acción legal, y la situación de la víctima o la fortaleza de la organización a la que se intenta representar. Esta variable puede ser definida como ***variable de discusión y planificación de la acción***. En estos supuestos, la trayectoria de la organización legal que intenta traducir el reclamo en una demanda judicial, su capacidad para enfrentar una discusión a través de la herramienta del litigio estratégico, así como su vinculación con víctimas y organizaciones sociales serán centrales para la definición de los objetivos de la acción legal.

Un ejemplo concreto de esta variable lo representa el proceso de verdad y justicia en Argentina. A partir de una planificación estratégica entre organizaciones legales y víctimas se construyó una respuesta judicial para determinar, en primer lugar, la verdad de lo sucedido, a través de la presentación de acciones judiciales en las que reclamaron el derecho a la verdad. En segundo lugar, se impulsaron las acciones legales necesarias para establecer las responsabilidades penales por los hechos del pasado. De esta manera, en el contexto argentino, el litigio estratégico impulsado derrumbó el manto de impunidad por los crímenes del pasado. Aquellas leyes que garantizaron impunidad a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos fueron derogadas por el Congreso; declaradas inconstitucionales por parte de jueces de primera y segunda instancia; anuladas por

parte del Congreso que las dictó; y finalmente la Corte Suprema de Justicia declaró su inconstitucionalidad.¹⁷

Una segunda variable puede estar dada a partir del proceso judicial o administrativo que se ha utilizado –o se pretende utilizar– para llevar adelante el litigio estratégico. Esta variable puede ser definida como **variable procedimental**. En este supuesto, la existencia de vías procesales idóneas y útiles aún cuando no hayan sido exploradas con anterioridad para la protección de derechos humanos, incide en la definición de objetivos de la acción legal. Por ejemplo, algunos ordenamientos habilitan la presentación de acciones colectivas, que en su definición y argumentación difiere de las acciones individuales. La idea de abrir caminos de protección a través del uso de herramientas judiciales ha sido una fórmula utilizada en varios países de la región. De hecho, en algunos Estados de la región, esta variable también puede ser considerada como **variable de capacidad** de organizaciones para promover acciones judiciales.

Por ejemplo, en Argentina la incorporación del amparo colectivo con la reforma de la constitución del año 1994 desplegó un abanico de posibilidades que, junto con otras estrategias, han sido exploradas por distintas organizaciones que utilizan el litigio como herramienta de incidencia política y cambio social. Sin embargo, aún antes de la reforma constitucional la existencia de acciones colectivas ya había sido reconocida por el poder judicial. En algunas situaciones los pronunciamientos judiciales pueden adelantarse a la consagración legislativa de los institutos o, incluso, de los mismos derechos y, de esta manera, reflejan consensos gestados en el ámbito político y abren el camino para posteriores modificaciones en las normas.

¹⁷ Ver la investigación "Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina", investigación del Centro para la Justicia Transicional (ICTJ) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

A modo de ejemplo, en el caso de la aplicación de la ley de migraciones de Brasil, a partir de las presentaciones judiciales de habeas corpus, la justicia interpretó que si bien aquella norma vigente desde 1980 prevé que mientras no se efectivice la deportación de un migrante esto podrá ser detenido por orden del Ministro de Justicia, resulta necesario asegurar que aquella decisión administrativa sea reemplazada por una decisión judicial, sobre la base de la reforma constitucional de Brasil del año 1998. Es decir, a partir de acciones de litigio se modificó el procedimiento habilitado para la detención de personas.

Una tercera variable que se puede pensar para la definición de los objetivos de la acción legal, será aquella que se concentre en el proceso de ejecución de la sentencia o del acuerdo que se alcance en el marco del proceso judicial. Esta variable puede ser definida como **variable de implementación**. Es decir, de qué manera la conclusión del proceso judicial que se inicia, podrá dar respuesta a la situación que se intenta resolver. En esta variable no importará por cierto la apertura de la vía judicial o la legitimación para llevar adelante un reclamo legal, sino adquiere relevancia las reglas de ejecución que la sentencia o el acuerdo alcanzado fijen, el tipo de remedio judicial (inmediato, mediato, a largo plazo, etc). En general, esta variable toma en cuenta la capacidad de la intervención judicial para impulsar cambios que se propusieron al momento de la discusión o planificación de la acción. Por ejemplo, la posibilidad de obligar a la producción de una vacuna para enfrentar una enfermedad endémica, la modificación de prácticas carcelarias, o la implementación del voto de personas privadas de libertad sin condena.

Un ejemplo significativo de la necesidad de analizar esta variable surge de una reciente investigación sobre ejecución de sentencias que reconocen derechos económicos sociales y culturales. Allí se menciona que “si bien en los últimos años organizaciones de defensa de derechos humanos han optado por recurrir al poder judicial en estos casos, lo cierto es que una evaluación

exhaustiva acerca de la efectividad de los tribunales para la defensa de derechos sociales, requiere indudablemente del estudio de los cambios logrados a partir de una sentencia positiva, de las dificultades encontradas en el curso del proceso, así como de la reflexión sobre las mejores estrategias para obtener la implementación de las decisiones judiciales”.¹⁸ En definitiva la pregunta necesariamente en estos supuestos debe ubicarse en el análisis de lo que efectivamente sucede con la decisión judicial y de su capacidad transformación de una situación que –como reconoce la decisión judicial- afecta derechos.

Una cuarta variable que podemos pensar, estará dada por las relaciones que se generan entre las víctimas, las organizaciones de la sociedad civil y la organización legal que impulsa la acción con el poder judicial y el Estado (sobre todo poder ejecutivo y legislativo). En esta variable que podemos definir como **variable de interacción** las comunicaciones que operan entre todos los actores y sus roles dentro del proceso informarán sobre el alcance de los objetivos propuestos en la acción.

Resulta a su vez necesario destacar en este punto que en muchos supuestos esta interacción no ha existido de manera previa. En general, quienes promueven este tipo de litigio de derechos humanos se encuentran excluidos de cualquier negociación en las reglas de debate formal con el Estado –por ej. la situación de comunidades indígenas-. La interacción que habilita el litigio les reconoce una forma de participación novedosa. Por eso, la visibilidad del reclamo, la incorporación en la agenda de debate democrático de ciertos temas, pueden ser elementos relevantes a la hora de pensar la eficacia de la acción legal iniciada.

También es posible pensar en una quinta variable que analice las relaciones que se pueden generar entre los espacios nacionales y los mecanismos internacionales de protección de derechos

¹⁸ Morales, D., Sigal, M., Rossi, J., *Ejecución de sentencias en materia de derechos sociales*, op.cit.

humanos. En la región el uso de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos en general, y el sistema interamericano, en particular, ha dado como resultado una práctica saludable en algunos Estados, que puede ser definida como variable de internalización de las demandas internacionales.

Además este modelo de litigio estratégico a través del uso de los mecanismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos colabora con el diagnóstico de situación en los países de la región. Así “las peticiones reiteradas sobre ciertos asuntos son una «señal de alerta», y el registro de casos funciona de alguna manera como una «caja de resonancia» de ciertos conflictos extendidos y a veces de problemas estructurales, así como de las deficiencias o debilidades de las respuestas institucionales” que se dan a nivel doméstico.¹⁹ De allí la importancia que tiene analizar la re-configuración de situaciones o argumentos que operan entre las discusiones domésticas y las discusiones con los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Por último es posible pensar en una variable que indague sobre el resultado concreto de la acción en términos clásicos de cobertura o protección de las víctimas que impulsaron la acción. Esta **variable de protección** está vinculada a la utilidad directa de la acción judicial para brindar una respuesta a la violación de derechos humanos planteada. Si bien esta variable se asimila al litigio convencional, en casos de grupos en situación de vulnerabilidad, alejados de los mecanismos judiciales de defensa, la respuesta concreta a éstos puede ser definido como un objetivo estratégico de la acción.

Todas estas variables en general están relacionadas, y deben analizarse en todas las etapas de un litigio estratégico, en definitiva estas variables pueden operar como indicadores genéricos, particulares o encadenados, sobre la evolución de una acción legal y los sucesivos impactos que ésta provoca a lo largo del tiempo.

¹⁹ Abramovich, V., *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit.

3

3 LAS POSIBILIDADES DEL LITIGIO ESTRATÉGICO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Es posible encontrar experiencias concretas de intervención por parte de organizaciones sociales, clínicas jurídicas, centros de estudios y órganos estatales de protección de derechos humanos que han aplicado el litigio estratégico para la protección de derechos humanos y grupos subordinados. Si bien este tipo de intervención depende de contextos políticos, condiciones institucionales y de reacciones del poder judicial, lo cierto es que temas tan complejos y diversos han tenido algún tipo de respuestas en la arena judicial.

En las dos últimas décadas se ha evidenciado una creciente intervención del poder judicial en asuntos colectivos y complejos que escapan a los casos tradicionalmente llevados a los tribunales y que suelen concebirse como cuestiones propias de la decisión política.²⁰ La situación de los desplazados en Colombia, las condiciones de detención en cárceles en Argentina, el reconocimiento de derechos de pueblos indígenas en Chile, el respeto a la libertad de expresión de aquellos que realizan sus tareas en radios comunitarias en México, o el acceso a medicamentos de VIH en Brasil, entre otros tantos temas, han tenido algún tipo de respuestas en el poder judicial.²¹

Además, para definir una estrategia de litigio que procure la protección de derechos, es preciso analizar las experiencias previas, las decisiones judiciales precedentes y su impacto en términos políticos. De ese modo es posible advertir cuál es el nivel de intervención que el Poder Judicial admite tener respecto de una cuestión determinada y los argumentos de los actores de ese proceso. Este análisis debe ser un imperativo para quien se abo-

²⁰ Cfr. Uprimny Yepes, R., "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en Sur. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 6, año 4, 2007; Sieder, Rachel, *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia. L. Schjolden y A. Angell Eds., Colombia, Octubre 2008; y CELS, *La Lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, ya citado.

²¹ Ver por todos, Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D., "Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia", ed. Siglo del Hombre y Dejusticia, Bogotá, 2009.

que al litigio en el ámbito de los derechos, ya que forma parte y condiciona sus decisiones estratégicas en el caso.²² Sin embargo, no es este el espacio para realizar un análisis detallado de todas estas experiencias, nos remitimos a la prolífica producción académica que existe al respecto.²³ Tan sólo nos interesa reflexionar sobre el desarrollo de esta herramienta de intervención en temas de derechos humanos de los migrantes.

3.1.

Las acciones judiciales relevadas y la lectura de experiencias en clave de litigio estratégico

Tal como afirmamos en el informe sobre la jurisprudencia en la región en materia de derechos humanos de los migrantes, *la justicia constituye una dimensión decisiva para la realización efectiva de los derechos humanos. No obstante, sea por los recursos profesionales, económicos y temporales que su protección demanda, como por la implicancia política y social que supone el traslado de ciertas discusiones al plano judicial, es posible señalar que los mecanismos para el acceso a la justicia de personas migrantes en los países de América Latina y el Caribe presentan numerosos desafíos pendientes.* No obstante, es posible modular esta afirmación a partir de algunas experiencias de litigio estratégico en la región que suponen –al menos– que existen canales para plantear discusiones de acuerdo a las consideraciones formuladas en los apartados anteriores.

Así si bien en una primera aproximación consideramos que el ámbito judicial no era un espacio habilitado para desarmar o controlar políticas migratorias; incluso entendíamos que no iba a ser posible encontrar fallos donde se declarase la inconstitucionalidad de las leyes migratorias o de alguno de sus artículos; la sistematización de casos judiciales en materia de migrantes

²² CELS, *La Lucha por el Derecho. Litigio Estratégico y Derechos Humanos*, op.cit. pág. 30

²³ Ver Abramovich, V. y Pautassi L., "La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2009. Ver también, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, "Cortes y cambio social...", ob. cit. (2009), y Arcidiacono, P., Espejo, N. Y Rodríguez Garavito C., "*Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*", ob. cit., entre otros.

indican la existencia de algunas experiencias que sí alcanzaron ese objetivo.

En Costa Rica, en septiembre de 2011, cinco organizaciones de la sociedad civil interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Migración y Extranjería.²⁴ En abril del presente año la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia decidió admitir parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, habilitó así el procedimiento contra algunos de los artículos cuestionados, sin que hasta la fecha exista una sentencia de fondo. Los artículos que se encuentran en estudio están relacionados con la privación de la libertad de migrantes y la retención de pasaportes u otros documentos de identidad. La decisión judicial fue posteriormente acompañada por un comunicado de prensa elaborado por las organizaciones y también por varias notas periodísticas²⁵.

A través del Comunicado de Prensa, las organizaciones dieron a conocer los principales puntos del reclamo, y el alcance de la decisión de la Sala Constitucional. Allí expresaron que *“La admisión de esta acción de inconstitucionalidad confirma la importancia del papel de las organizaciones en la reivindicación de los derechos humanos de las personas inmigrantes trabajadoras y sus familiares en Costa Rica. Por eso, Independientemente de lo que resuelva la Sala Constitucional, valoramos mucho recurrir a las instancias constitucionales para tutelar derechos de las personas migrantes”*.

²⁴ Ley N° 8764, Vigente en Costa Rica desde el 1° de marzo de 2010.

²⁵ La nueva Prensa del 8/5/2012 “Actualidad: Sala IV ordena a Migración suspender detención de indocumentados por más de 24 horas” y del 3/7/2012 “Acción de Inconstitucionalidad contra Ley de Migración”, disponibles en www.lanuevaprensacr.com, La Nación 30/4/2012 “Gestión ante Sala IV impide a Migración detener a ilegales”, disponible en <http://www.nacion.com/2012-04-30/Sucesos/gestion-ante-sala-iv-impide-a--migracion-detener-a-ilegales-.aspx>, El Nuevo Diario, del 29/6/2012 “Sala Constitucional dará trámite parcial al litigio legal” “Admiten recurso de inconstitucionalidad contra Ley Migratoria tica” disponible en www.elnuevodiario.com, Comunicado de prensa elaborado por las Organizaciones, Video “Acción de inconstitucionalidad Ley de Migración en Costa Rica” disponible en www.youtube.com.

En el año 2008, también en Costa Rica, la Sala Constitucional anuló por inconstitucional un artículo de la Ley de Migración y Extranjería que no permitía considerar una unión de hecho a los fines migratorios²⁶, reconociendo así a la unión de hecho entre personas del mismo sexo como una familia de hecho. La acción de Inconstitucionalidad había sido interpuesta por una Organización civil²⁷. El resultado fue difundido en la prensa²⁸. La sentencia representa un gran avance en el reconocimiento de los derechos de personas homosexuales, y las posibilidades que abre el litigio estratégico en el diseño de las políticas públicas.

Otro caso paradigmático con relación a reformas de normas migratorias restrictivas por intermedio de instancias judiciales, fue resuelto en el año 2001 por el Tribunal Constitucional de Bolivia²⁹. El Tribunal decidió hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad –recurso directo o abstracto, promovida por el Defensor del Pueblo contra 3 artículos del Decreto Supremo que regula las Migraciones³⁰ que vulneraban la libertad de expresión y el derecho a la asociación sindical de las personas migrantes.

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hizo lugar a una medida cautelar³¹ planteada por el

²⁶ Artículo 69.— Anulado. La Sala Constitucional mediante resolución N° 16978-08 del 12 de noviembre del 2008, anulo este artículo cuyo texto disponía textualmente: “La unión de hecho no produce efecto jurídico migratorio alguno, por tanto, no podrá alegarse con fines de eludir la ejecución de la orden de deportación ni para pretender autorización de permanencia legal como residente”.)

²⁷ Sala Constitucional, Resolución N° 16978-08. Demanda interpuesta por la Fundación Centro de Derechos Sociales del Inmigrante

²⁸ El Pregón, 24/11/2008, “Sala IV avala unión de hecho para efectos migratorios”, disponible en www.elpregon.org

²⁹ Sentencia Constitucional N° 004/2001, Tribunal Constitucional, Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad planteado por Ana María Romero de Campero, Defensora del Pueblo, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 20 inc. h), 46 inc. b) y 48 inc. j) del Decreto Supremo N° 24423 de 29 de noviembre de 1996, 5 de enero de 2001. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2145> y en la página oficial del Tribunal Constitucional www.tribunalconstitucional.gob.bo

³⁰ N° 24423 de 29 de noviembre de 1996

³¹ Sala Constitucional, Expediente N° 04-0147

Defensor del Pueblo con el fin de que se suspenda la aplicación de varios artículos de la Ley de Extranjería que estaba en vigencia entonces que permitía a las autoridades migratorias detener a migrantes en el marco de procesos de expulsión, sin orden judicial previa y sin control judicial³². Es de resaltar que la Sala modificó el *remedio* propuesto por el Defensor del Pueblo, y sin declarar la suspensión normativa, decidió entonces ordenar a las autoridades administrativas que *“se abstengan de la imposición directa de medidas restrictivas de libertad personal respecto de los sujetos de derecho a los que aluden dichas normas”* y que para el caso de que la medida sea necesaria, la autoridad administrativa debe pedir autorización previa al juez. A juicio de la Sala, la suspensión requerida por el Defensor de Pueblo *“podría resultar contraria a los intereses generales, pues traería como consecuencia un vacío legal –aunque temporal– respecto de la potestad de policía administrativa ante los casos de inmigración contraria al ordenamiento jurídico venezolano, y podría suponer una impunidad lesiva al orden público e irreparable, también, por la definitiva”*.

De alguna manera, la decisión anticipó y acompañó la Ley de Extranjería y Migración que estaba por entrar en vigencia en los días siguientes al fallo, y que prohíbe expresamente toda

³² “Artículo 46: El extranjero contra quien se haya dictado un Decreto de expulsión, puede ser detenido preventivamente o sometido a vigilancia de la autoridad, según el caso, mientras espera su partida del lugar donde se encuentra, o durante su traslación por tierra, o durante su permanencia a bordo hasta que el buque haya abandonado por completo las aguas venezolanas, o hasta que compruebe que es venezolano”.

“Artículo 49: Como medida de seguridad y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 34 y 46 de esta Ley, el Ejecutivo Federal, a los fines de hacer efectiva la salida del país, podrá ordenar que ingresen en una colonia o establecimiento de régimen de trabajo, los extranjeros que hubieren entrado al territorio nacional sin cumplir los requisitos exigidos por esta Ley y especialmente los prófugos o enjuiciados o condenados en otros países, por delito común que califique y castigue la ley venezolana. Igual medida podrá adoptarse contra los extranjeros que oculten su verdadero nombre, disimulen su personalidad o domicilio y contra los que usen o porten documentos de identidad falsos o adulterados o se negaren a exhibir los propios”.

medida restrictiva de la libertad a los fines de expulsar a personas del país³³.

En Colombia, dos abogados, miembros del Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” plantearon la inconstitucionalidad de normas del trabajo restrictiva de derechos fundamentales de migrantes, en concreto el reconocimiento de derechos sindicales. La Corte constitucional consideró que las normas eran violatorias del derecho humano a la asociación sindical y por ende declaró su inconstitucionalidad.

En Argentina, el decreto reglamentario de pensión por discapacidad exige a las personas migrantes veinte años de residencia legal en Argentina para acceder a ella. Este requisito se aplica incluso a niños, niñas y adolescentes. En el año 2003, la Clínica de Derechos de Inmigrantes y Refugiados CELS-CAREF -UBA denunció la inconstitucionalidad del requisito y solicitó que se le otorgara la pensión. El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en septiembre de 2007 condenó al Estado a otorgarle una pensión por invalidez a Reyes Aguilera. En su fallo, la Corte sostuvo que frente a situaciones de extrema necesidad que ponen en juego la subsistencia de las personas “el Estado está obligado a adoptar medidas positivas que aseguren condiciones mínimas de una vida digna” y que esta obligación rige con independencia del origen nacional de las personas y es un favor discrecional del Estado. La sentencia enfatizó que sumar a los requerimientos un lapso de residencia implica un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social consagrado en los diversos instrumentos internacionales y en la

³³ “Artículo 46. Medidas cautelares. A los fines de garantizar la ejecución de las medidas de deportación o expulsión, la autoridad competente en materia de extranjería y migración, en el auto de inicio del respectivo procedimiento administrativo, podrá imponer al extranjero o extranjera que se encuentre sujeto al procedimiento a que se contrae este Capítulo, las siguientes medidas cautelares: (...)Cualquier otra que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal.”

Constitución Nacional. A pesar de esta decisión judicial el requisito de veinte años de residencia para acceder al derecho a la seguridad social, en estos casos, es utilizado por el Estado.

Fallo de la Corte en contra de la discriminación por nacionalidad

El tribunal ordenó al Estado pagar una pensión por invalidez a una joven boliviana con parálisis cerebral. El beneficio le fue negado porque la chica no tenía veinte años de residencia en el país.



La sentencia se basa en reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio por origen. La joven boliviana había sufrido dos fallas anteriores que le negaban el derecho a percibir la pensión.

Por Carlos Rodríguez

El Tribunal Argentino, a través del Ministerio de Desarrollo Social, ordenó que otorgarle una pensión, por invalidez, a una joven boliviana con parálisis cerebral que acrisoló cumplir 20 años y que tenía una parálisis cerebral desde su nacimiento. La medida fue ordenada por la Corte Suprema de Justicia, que dejó sin efecto dos fallos anteriores, de primera y segunda instancia, que habían negado una resolución del Poder Ejecutivo que otorgó el beneficio alegando que la joven no tenía los requisitos para los extranjeros residentes en el país que quieren acceder a este tipo de pensiones. El fallo ordenó al Estado reconocer el derecho al artículo primero del decreto 432/97 porque en todo "en el derecho común correspondiente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen o nacionalidad". La Corte resolvió que ante situaciones de extrema necesidad como la suya, el Estado "está obligado a adoptar medidas provisionales que aseguren condiciones mínimas de subsistencia digna".

La Corte, con el voto a favor de cinco de sus miembros, sostiene que "puesto que la subsistencia es un derecho humano que involucra un nivel de dignidad y garantiza" por la Constitución. El caso de la joven boliviana involucra el derecho de la persona de

padre con la Clínica Dexeus de Inmigración y Refugiados. Caelel, S.A., que patrocinó la presentación del recurso en su condición ante la Corte. Al voto de una mayoría de tres miembros que otorgó el beneficio se opusieron los miembros de subsistencia" en el artículo de Control de Extranjería y Excepciones (C.E.E.).

"La decisión de la Corte es un paso más para las familias afectadas en la sociedad de las personas con discapacidad intelectual", dice el Guatemalteco, director ejecutivo de CELS. Challa se opone que el gobierno argentino y sus aliados mantenga la vigencia del país "discriminación a inmigrantes que al momento de ingresar a un país no tienen los requisitos de inmigrantes de derechos humanos e igualdad de acceso a los servicios que rigen desde 2008".

El fallo de primera instancia que le otorgó la pensión a la menor D.B.A., nacida en Bolivia el agosto de 1987 y radicada con sus padres en la Argentina desde 1991, fue anulado por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social. La I de la Sala que preside con el doctor Lacort alegó la grave "discriminación por origen" del caso por ser una mujer con discapacidad intelectual. El Tribunal acordó con el voto de Challa. La Asociación Argentina de los Desplazados y Extranjeros del Hemisferio que "esta persona tiene derecho a la participación social que le otorga como los extranjeros (...). de la igualdad que le garantiza el artículo 17 de la Constitución Nacional y el artículo 25.1 de la Constitución Nacional de Derechos Humanos y en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte afirmó que en su caso "el carácter fundamental del derecho a la vida".

Derechos: "Puesto que la subsistencia es un derecho humano que involucra un nivel de dignidad y garantiza" por la Constitución. El caso de la joven boliviana involucra el derecho de la persona de

de, tienen además un fundamento humano del mismo". El fallo dejó sentado que el derecho a la vida comprende "no sólo el derecho de nacer, sino también el de tener condiciones de vida adecuadas, necesarias para el desarrollo humano y el acceso a los servicios que rigen desde 2008".

El fallo, como anteriormente, la decisión de la Corte es un paso más para las familias afectadas en la sociedad de las personas con discapacidad intelectual", dice el Guatemalteco, director ejecutivo de CELS. Challa se opone que el gobierno argentino y sus aliados mantenga la vigencia del país "discriminación a inmigrantes que al momento de ingresar a un país no tienen los requisitos de inmigrantes de derechos humanos e igualdad de acceso a los servicios que rigen desde 2008".

Por tanto, el fallo es un paso más para las familias afectadas en la sociedad de las personas con discapacidad intelectual", dice el Guatemalteco, director ejecutivo de CELS. Challa se opone que el gobierno argentino y sus aliados mantenga la vigencia del país "discriminación a inmigrantes que al momento de ingresar a un país no tienen los requisitos de inmigrantes de derechos humanos e igualdad de acceso a los servicios que rigen desde 2008".

de los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos quedan devaluados". Lacort se refiere que en su caso "el carácter fundamental del derecho a la vida".

El fallo, como anteriormente, la decisión de la Corte es un paso más para las familias afectadas en la sociedad de las personas con discapacidad intelectual", dice el Guatemalteco, director ejecutivo de CELS. Challa se opone que el gobierno argentino y sus aliados mantenga la vigencia del país "discriminación a inmigrantes que al momento de ingresar a un país no tienen los requisitos de inmigrantes de derechos humanos e igualdad de acceso a los servicios que rigen desde 2008".

El fallo, como anteriormente, la decisión de la Corte es un paso más para las familias afectadas en la sociedad de las personas con discapacidad intelectual", dice el Guatemalteco, director ejecutivo de CELS. Challa se opone que el gobierno argentino y sus aliados mantenga la vigencia del país "discriminación a inmigrantes que al momento de ingresar a un país no tienen los requisitos de inmigrantes de derechos humanos e igualdad de acceso a los servicios que rigen desde 2008".

El fallo, como anteriormente, la decisión de la Corte es un paso más para las familias afectadas en la sociedad de las personas con discapacidad intelectual", dice el Guatemalteco, director ejecutivo de CELS. Challa se opone que el gobierno argentino y sus aliados mantenga la vigencia del país "discriminación a inmigrantes que al momento de ingresar a un país no tienen los requisitos de inmigrantes de derechos humanos e igualdad de acceso a los servicios que rigen desde 2008".

Pedidos de Informes frente a prácticas administrativas violatorias de derechos

También es posible encontrar acciones administrativas que —bajo la amenaza de recurrir a la instancia judicial— las autoridades estatales modificaron prácticas burocráticas que afectaban derechos de los migrantes. Por ejemplo, en el caso del trámite migratorio argentino, la persona migrante tiene derecho a obtener un certificado de residencia en trámite o, como lo denomina la ley, certificado de *residencia precaria*. Es el instrumento idóneo para acreditar la existencia de un trámite administrativo de residencia, que habilita a permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia. Hasta tanto no exista una resolución de expulsión sin posibilidad de ser impugnada o una resolución que otorgue la residencia temporaria o definitiva, las personas migrantes tienen derecho a tener su certificado de residencia precaria.

En la práctica, en cambio, cuando el trámite era rechazado y aún cuando se encontraba pendiente la presentación de recur-

sos legales contra esa decisión, los migrantes no tenían la posibilidad de contar con el certificado de residencia en trámite. Por eso, en mayo de 2011, desde la Clínica jurídica CELS-CAREF-UBA a través de un pedido de informes sobre la falta de renovación de los certificados de residencia precaria provocó que la autoridad administrativa modificara su práctica. Dijo expresamente “el certificado de residencia precaria es renovado en el sector de Renovación de Precarias de este organismo, cuando existan recursos administrativos o judiciales pendientes de resolución”.

Ahora bien, más allá de estas experiencias que permiten pensar en las posibilidades del poder judicial en desarmar políticas o prácticas migratorias violatorias de derechos humanos, tal como señalamos en el informe de sistematización de jurisprudencia, no ha sido posible encontrar sólidas decisiones que resolvieran con profundidad temas tan sensibles para los derechos de los migrantes como detención, expulsión y acceso a derechos sociales.

En todo caso, puede analizarse que aquellas decisiones relevadas la decisión judicial sirvió como espacio de resguardo de derechos, y generaron un piso mínimo de protección judicial. Es posible, entonces, pensar que esas decisiones habilitaron una respuesta –acotada– para víctimas migrantes. Por ejemplo, las decisiones judiciales detrás de los temas de detención en razón de su condición migratoria se han concentrado, tan sólo, en la extensión del plazo razonable o la violación del debido proceso. Al menos, la intervención judicial generó para la víctima una respuesta que la norma legal no preveía. La sumatoria de casos similares –en algunos contextos– supone la habilitación judicial de un mecanismo de discusión que puede estar bloqueada en el debate público y político, de normas y prácticas migratorias.

Es importante señalar aquí la experiencia de discusión de las reglas de detención y expulsión en contextos de normas o

prácticas migratorias que clausuran la intervención judicial en estos asuntos pueden servir de base para la preparación de otras discusiones, por ejemplo, en la arena internacional. En este sentido, el Caso De la Torre en Argentina informa sobre posibles estrategias que pueden desarrollarse por parte de organizaciones sociales.

El caso De la Torre ante la CIDH

El ciudadano uruguayo Juan Carlos De la Torre había ingresado a Argentina en 1974 y vivía con su padre y sus cuatro hijos, todos ellos de nacionalidad argentina. En 1996 fue detenido por orden de la Dirección Nacional de Migraciones y luego expulsado del país. Este caso marcó un precedente –negativo en la instancia interna– ya que fue un *hábeas corpus* que logró cuestionar y debatir la Ley de Migraciones en todas las instancias judiciales en un contexto de numerosas expulsiones administrativas a mediados de la década de 1990, con una crisis socio-económica en aumento y un discurso oficial cargado de xenofobia.

La presentación del *hábeas corpus* fue rechazada por el juez de primera instancia y por la Cámara de Apelaciones y, por último, fue desestimada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1998. El máximo tribunal consideró que la causa se había tornado abstracta porque la DNM ya había hecho efectiva la medida cuestionada, es decir, la expulsión de De la Torre. La Corte entendió que ya no había ninguna garantía afectada pese a que su derecho a la libertad aún estaba restringido como consecuencia de la prohibición de reingreso al país dispuesta por la DNM.

Frente a la decisión de la Corte, el CELS denunció el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1999, en tanto se habían violado los derechos a la libertad personal, al debido proceso, a la protección familiar y al acceso a la justicia. En 2003, cuatro años después de presentada la petición, se inició un proceso de solución amistosa entre las partes que



contribuyó de manera decisiva a la derogación de la “Ley Videla” entonces vigente y su sustitución por la nueva ley de migraciones 25.871 en 2004. La denuncia y los debates que se produjeron en la arena internacional sirvieron de fuente para incorporar en la nueva legislación la intervención obligatoria del poder judicial en todo proceso administrativo que implique una detención o expulsión del territorio.

En este contexto, tal como afirma Abramovich, las experiencias registradas en el Sistema Interamericano, tanto la Comisión como las organizaciones sociales han procurado adaptar “el litigio de casos a sus estrategias de incidencia en políticas públicas, de modo que, en la mayoría de los casos, reciben el tratamiento de un «litigio paradigmático». Los casos individuales suele ser la plataforma para el debate de cuestiones de interés público que trascienden la situación particular de las víctimas y su reparación, tales como el cuestionamiento de prácticas, políticas de gobierno y patrones estructurales”.³⁴

Con todo, de acuerdo al diagnóstico sobre instancias habilitadas en el poder judicial para el desarrollo de estrategias de litigio para la protección de migrantes da cuenta de una escasa intervención judicial y sugiere que las acciones que han tenido algún tipo de éxito asimilan a la arena judicial como un espacio de resguardo de derechos y en menor medida han propuesto cambios en la interpretación o aplicación de normas migratorias que afectan derechos. Sin embargo, es posible pensar que existen –aun en ese contexto- posibilidades para el desarrollo de acciones judiciales que exploren nuevas posibilidades de protección e incidencia.

³⁴ Abramovich, V., *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ob. cit.

En este sentido, tal como señalamos, el SIDH ha desarrollado un elenco preciso de estándares internacionales de derechos humanos que los Estados deben observar con relación a las personas migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción. En este contexto, es posible suponer que las reglas definidas por el sistema interamericano pueden servir de guía argumental a la hora de pensar acciones de litigio en los ámbitos nacionales.

3.2.

Los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos y su lectura como marco para el desarrollo de acciones de litigio estratégico

Ya se ha destacado la jurisprudencia del sistema interamericano con relación a los derechos de los migrantes en el informe de jurisprudencia de esta investigación. Interesa ahora reflexionar sobre algunos mensajes que han brindado los órganos con relación a la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en los contextos de regulaciones migratorias.

En la Opinión Consultiva nro. 18 la Corte analizó la forma que tienen los Estados para vincularse con migrantes. En este sentido, considera que la política migratoria está “*constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versan sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio*”³⁵. Señala la Corte:

“Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló... las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”³⁶.

Podemos señalar también que la política migratoria, sobre todo en Estados de la región, está constituida, asimismo, por las prác-

³⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17/09/2003, Serie A No. 18, párr. 163.

³⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, op.cit., párr. 168.

ticas de las agencias estatales. De ahí entonces que, para este análisis, no sólo debemos considerarse el nivel de vigencia o eficacia del ordenamiento sino, también, los efectos de los comportamientos de las oficinas públicas concretas³⁷. Al respecto, la Corte agrega:

“Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable. Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable”³⁸.

En los casos contenciosos vinculados a los derechos de los migrantes, también la Corte, en el capítulo de reparaciones ha establecido la necesidad de modificar políticas y prácticas migratorias. Así en el caso de las Niñas Yean y Bosico contra la República Dominicana, la Corte solicitó que se adoptaran aque-

³⁷ En este sentido, “los efectos de un sistema –migratorio- no debieran medirse exclusivamente en función del grado de cumplimiento de las normas, sino también de las prácticas que se manifiestan en oficinas concretas, toman cuerpo en acciones de los funcionarios y se vehiculizan a través de rutinas burocráticas que conforman el funcionamiento cotidiano del sistema. En función de ellas, y no de principios abstractos, es posible medir la eficacia o no de las leyes”, TISCORNIA, S. y otros, *Políticas de regularización migratoria y prácticas de las agencias estatales*, en Cuadernos de Trabajo del Instituto de Estudios e Investigaciones, ed. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, pp. 14-15.

³⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, op.cit., párr. 171.

llas 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, mediante la declaración tardía de nacimiento y la existencia de un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud, y que para esto, el Estado debía tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana.³⁹

En el último documento al cual puede accederse desde la página de la Corte IDH, puede observarse que se mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de este punto, y otros, pendientes de acatamiento ya que “si bien el Estado ha realizado algunas acciones en la ejecución del presente punto, el Estado continúa sin proporcionar elementos suficientes para valorar oportunamente si las medidas internas adoptadas consiguen “regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento”.⁴⁰

La Corte también en el caso Vélez Loor, consideró

“pertinente recordar al Estado que debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana. Asimismo, debe adoptar todas –las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos– los derechos re-

³⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 239 y 240.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de octubre de 2011. Párr. 17. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yean_10_10_11.pdf

conocidos por la Convención Americana, razón por la cual la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes.”⁴¹

De acuerdo a las afirmaciones realizadas por el sistema interamericano de derechos humanos, es posible suponer que las acciones de litigio estratégico que se planteen acercan, en definitiva, las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos con las normas y prácticas migratorias que se aplican en la región.

De esta manera, los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los migrantes, pueden incorporarse como argumentos de defensa en el caso concreto y como obligación de los jueces de asegurar la vigencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los Estados. En otras palabras, el Estado –a través del poder judicial- podría asegurar en su análisis la garantía de no repetición y prevención de violaciones a los derechos humanos de los migrantes.

⁴¹ Corte IDH, caso Velez Loo vs. Panamá, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párrafo 254.

4

4. **CONCLUSIÓN. HACIA UNA DISCUSIÓN EN LA REGIÓN SOBRE LA INCORPORACIÓN DE UNA AGENDA DE LITIGIO ESTRATÉGICO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES**

La incorporación de una agenda de litigio estratégico para la protección de los derechos de los migrantes exige tener en cuenta los objetivos y actividades que desarrollan las organizaciones dedicadas al tema migratorio. En este sentido, tal como hemos confirmado en el marco de este proyecto, las organizaciones que promueven los derechos de los migrantes son de lo más heterogéneas y resulta fundamental construir con ellas un concepto, su alcance y las posibilidades, en definitiva, del litigio pensado como herramienta de defensa e incidencia para la ampliación de derechos.

También, tal como hemos adelantado en este documento, resulta fundamental ampliar acciones de coordinación y vinculación entre organizaciones de derechos humanos que han utilizado en los últimos 30 años el litigio estratégico en la región y aquellas organizaciones que promueven los derechos de los migrantes. Es posible suponer que en todos los países de la región compartan, lamentablemente, patrones de vulneración de derechos de los migrantes. Así, en un encuentro a donde asistieron algunas organizaciones de defensa y promoción de los derechos humanos, la preocupación por los centros de detenciones migratorias, las dificultades de procesos de regularización, así como también los derechos laborales de los migrantes en situación irregular, fueron los temas que aparecieron como primordiales y comunes en la región.⁴² Sin embargo, cada organización tiene su experticia, sus fortalezas y debilidades, y muchas de ellas se enfrentan a situaciones de extrema urgencia diaria, donde el litigio estratégico no aparece, por lo menos en principio como un futuro cercano. Paradójicamente, en varios de estos casos, son estas organizaciones las que conocen de primera mano y con

⁴² Esta información se ha recopilado en el encuentro "Intercambio Regional de Litigio Estratégico de derechos humanos. Uniendo Nuestros Pensamientos Para Un Amanecer de Justicia" organizado por Idheas, CELS, UNLA y PCS en Guatemala del 29 al 31 de agosto de 2012. Allí asistieron, varias organizaciones de la región, de promoción y protección de los derechos humanos.

absoluta actualidad los patrones comunes de violación de derechos humanos de los migrantes y la necesidad, entonces, de actuar de manera coordinada con otros actores.

En todo caso, este documento intenta sentar las bases para establecer una agenda de discusión común sobre cómo pensar el litigio estratégico como herramienta para la protección de derechos humanos de los migrantes.

2012

