



Jurisprudencia

sobre los derechos de las
personas migrantes en
América Latina y El Caribe

Jurisprudencia

sobre los derechos de las personas migrantes en América Latina y El Caribe

TRIBUNALES Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

**Informe elaborado por el Centro de Derechos
Humanos de la Universidad Nacional de
Lanús (UNLA) y el Centro de Estudios Legales
y Sociales (CELS)**

en el marco del Proyecto "Promover el litigio
estratégico en defensa de los derechos de las
personas migrantes en México y Centroamérica para
la incidencia en políticas migratorias", coordinado
por I(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos
Humanos; Conserjería en Proyectos (PCS); Centro
de Estudios Legales y Sociales; y Universidad
Nacional de Lanús

FOTOGRAFÍA DE PORTADA: EDU PONCES

1	5	INTRODUCCIÓN
2	9	LA INFORMACIÓN EN CADA PAÍS: BASES DE DATOS PÚBLICAS Y OTRAS FUENTES
3	19	JURISPRUDENCIA SOBRE MECANISMOS DE CONTROL MIGRATORIO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES <ul style="list-style-type: none">3.1 Detención de migrantes y derecho a la libertad personal3.2 Expulsiones de migrantes y garantías de debido proceso3.3 Procedimientos migratorios y el derecho a la vida familiar
4	51	JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE PERSONAS MIGRANTES <ul style="list-style-type: none">4.1 Derecho a la seguridad social4.2 Derechos laborales4.3 Derecho a la Salud4.4 Derecho a la Educación4.5 Derecho a la asociación sindical
5	58	LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE PERSONAS MIGRANTES
6	79	REFLEXIONES FINALES: ALGUNOS INSUMOS PARA EL DEBATE COLECTIVO

1

INTRODUCCIÓN

El presente informe se propone sistematizar y describir las decisiones de tribunales de justicia de países de América Latina y el Caribe en materia de derechos humanos en el contexto de la movilidad humana. Es decir, acerca de los derechos de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas. En este sentido, se analizarán las principales sentencias y resoluciones en que han estado en juego los derechos de esta población, destacando los aspectos positivos y negativos de estos antecedentes.

El objetivo de este documento es, por un lado, conformar una base de datos lo más completa posible, sobre las respuestas del poder judicial ante casos relativos a los derechos de las personas migrantes. Y por el otro, contribuir al desarrollo de acciones de litigio o defensa legal que permitan elevar los niveles de protección y reconocimiento de estos derechos por parte de los órganos del sistema de administración de justicia de los países de la región.

Teniendo en cuenta la extensión cuantitativa y la diversidad temática de los casos en que los derechos de personas migrantes se han debatido en el ámbito de los tribunales, para la elaboración de este informe hemos realizado una clasificación y delimitación material. La selección de los casos, a su vez, ha estado basada en diversos informes que dan cuenta de la situación de los derechos humanos de los y las migrantes en la región, y particularmente en países de centro y norte América. Por lo tanto, los casos bajo análisis están clasificados en dos grandes secciones:

- a) los derechos afectados por las políticas y prácticas de control migratorio, identificando en consecuencia, vulneraciones al derecho a la libertad personal, el debido proceso, la unidad familiar, el interés superior del niño y la integridad personal, entre otros; y
- b) casos relativos al acceso y ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales, analizados a la luz del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación. De allí que se examinen casos relativos a los derechos a la salud, la seguridad social, el trabajo, los derechos laborales, etc.

Por otra parte, se entendió necesario establecer un marco temporal a la investigación y los casos a analizar, a las decisiones judiciales producidas con

posterioridad al año 2000. La razón de este recorte es, por un lado, debido a la limitada extensión de esta exposición, y por el otro, a fin de no redundar en análisis que, a la fecha, dadas las mutaciones acaecidas en materia de legislación y política migratoria en los últimos doce años, ya no tendrán incidencia práctica. A ello hay que agregarle el impacto que han tenido los eventos del 11 de septiembre de 2001 en las políticas de la región, particularmente en materia de control migratorio y seguridad, con su consecuente incidencia en los derechos de las personas. De todas maneras, serán incluidos algunos casos previos a esa fecha, dada su relevancia y vigencia en términos de potencial incidencia en la resolución futura de casos similares.

Es importante señalar, que en la investigación dirigida a reunir el material suficiente para la elaboración del diagnóstico, se presentaron diversos obstáculos para obtener la información. Éstos están asociados con, al menos, dos problemas de gravedad. Por un lado, las numerosas deficiencias en cuanto a la producción y el acceso a la información provista por el Poder Judicial. Son pocos los países que han diseñado medidas que aseguren el acceso público al contenido de sentencias judiciales. En algunas ocasiones, ello responde a obstáculos generales para acceder a esa información, bien a través de sitios web o por cualquier otra vía. En otras ocasiones, en razón de no estar disponible de manera digital.

El segundo problema consiste en la falta de acceso a la justicia de personas migrantes propiamente dicho. La ausencia o el acotado número de casos que han sido sometidos ante los tribunales, en la mayoría de los países, también da cuenta sobre un aspecto central en materia de políticas migratorias: las dificultades o inexistencia de mecanismos eficaces que garanticen a las personas migrantes el acceso a la justicia ante decisiones o prácticas que afectan sus derechos en razón de su nacionalidad o condición migratoria. En muchos países, los procedimientos migratorios son exclusivamente administrativos –aun para la detención y deportación de personas, y no es posible o es muy dificultoso– la impugnación de esas medidas ante el Poder Judicial. Eso se debe tanto a trabas normativas –por ejemplo, la legislación prohíbe la interposición de recursos contra esas medidas, o el uso de esos recursos implica la prórroga de la detención–, como a cuestiones prácticas –por ejemplo, ausencia de servicios de asistencia jurídica; o cuando se expulsa a la persona antes de el vencimiento de plazos para acudir a la justicia.

Otro punto a destacar es que en el aspecto cuantitativo de las decisiones identificadas y analizadas, se advierte una notable disparidad entre los sistemas de los distintos países de la región. Por esta razón, una primera sección está dedicada a informar sobre la cantidad de sentencias identificadas por país, así como las diferentes fuentes utilizadas para la obtención de la información.

La metodología empleada es la analítico-descriptiva. Por ello hemos dispuesto la desagregación del informe según la clasificación temática mencionada -control migratorio y DESC-, a su vez cada sección se subdivide en capítulos que examinan diferentes temas vinculados a las políticas migratorias que impactan en los derechos de las personas migrantes. De este modo, se ha resignado la clasificación ordenada por países a fin de facilitar un abordaje de la lectura en el mismo sentido de la clasificación dispuesta, de modo que cada persona y organización pueda analizar los diferentes antecedentes positivos o negativos de las respuestas judiciales en cada tema en toda la región¹. Por último, se ha incluido un capítulo exclusivamente dirigido al análisis de la jurisprudencia emanada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir, de la Comisión y la Corte Interamericana.

Finalmente, es preciso enunciar que este informe representa un documento en progreso que busca contribuir a una discusión más amplia y a investigaciones más profundas en esta materia. Por un lado, porque consideramos que en cada uno de los países de la región podrían eventualmente identificarse otras decisiones judiciales que puedan complementar este análisis. A su vez, porque una discusión entre diversos actores sociales, comprometidos por los derechos de los y las migrantes, podrá aportar nuevas ideas y reflexiones sobre los casos identificados, y por ende enriquecer su análisis, el valor de cada uno y su posible utilización en futuras acciones y estrategias. Por otro lado, porque la sucinta evaluación aquí presentada precisa de un abordaje más integral, que incluya, entre otros aspectos, enfoques particulares en casos que afectan a determinadas categorías de migrantes, como pueblos indígenas, mujeres y niños, niñas y adolescentes.

¹ De todas maneras, paralelamente a este informe, se está elaborando una base de datos en la cual se podrá acceder fácilmente a todas las decisiones judiciales identificadas en la investigación –y otras que se vayan incorporando-, a través de dos criterios: temático y por país.

2

LA INFORMACIÓN EN CADA PAÍS: BASES DE DATOS PÚBLICAS Y OTRAS FUENTES

Atendiendo al propósito del proyecto, “Promover el litigio estratégico en defensa de los derechos de las personas migrantes en México y Centroamérica para la incidencia en políticas migratorias”, el relevamiento jurisprudencial fue llevado a cabo en virtud de una división geográfica por regiones del continente americano. Así, en esta sección se describen brevemente las fuentes de información identificadas y utilizadas para la obtención de los casos y las decisiones judiciales que fueron analizadas. También se señalan, en cada país, los obstáculos o problemas identificados para acceder a esta información.

Es preciso destacar la escasa información que se ha podido relevar en varios de los países prioritarios en cuanto al objeto del proyecto, es decir, México y Centroamérica. Estas falencias, en nuestra opinión, vienen a reforzar la necesidad de iniciativas de esta naturaleza, debido al acotadísimo rol del Poder Judicial en cuanto a los procesos de legitimación de las políticas y prácticas migratorias, y por ende, en la debilidad o ineficacia de la protección judicial de los derechos de las personas migrantes afectadas por esas medidas.

La tabla presentada a continuación constituye una síntesis cuantitativa de las decisiones analizadas. Sin embargo, es importante señalar que los números aquí representados no siempre constituyen el total de casos obtenidos en cada país, toda vez que en algunos países se han descartado aquellos que reiteran los mismos criterios jurisprudenciales, teniendo en cuenta el objetivo principal de presentar la mayor variedad posible de situaciones, en el marco de los criterios temáticos identificados.

Países	Decisiones Judiciales	Sitios web disponibles
Centroamérica		
Costa Rica	4	200.91.68.20/pj/scij/jur_repartidor_principal.asp 200.91.68.19:81/cumbre/
El Salvador	3	www.jurisprudencia.gob.sv
Guatemala	1	
Panamá	4	bd.organojudicial.gob.pa/registro.html
Caribe		
Barbados	2	www.lawcourts.gov.bb
Bahamas	1	www.courtofappeal.org.bs/ www.courts.gov.bs/ www.deathpenaltyproject.org
República Dominicana	3	www.suprema.gov.do/
Sudamérica		
Argentina	12	www.tsjbaires.gov.ar/; www.scba.gov.ar/portada/ www.infojus.gov.ar; www.pjn.gov.ar; www.csjn.gov.ar;
Bolivia	2	suprema.poderjudicial.gob.bo/
Brasil	7	www.stf.jus.br; jurisprudenciabrasil.blogspot.com.ar; www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp; www.legjur.com; www.trtes.jus.br
Chile	2	
Colombia	3	
Ecuador	3	
Paraguay	5	
Venezuela	3	www.tsj.gov.ve/index.shtml
Norteamérica		
México	4	

2.1

Centroamérica

Belice

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

Costa Rica

El relevamiento jurisprudencial de Costa Rica, fue posible a través de la página oficial del Poder Judicial², el mismo posee un moderno sitio con información sistematizada completa y motores de búsqueda sencillos que facilitan el contacto con las decisiones. El mismo se llama –Sistema Costarricense de Información Jurídica– (SCIJ). Los casos identificados se refieren a temáticas como la detención y expulsión de migrantes, los procedimientos de ingreso y obtención de residencia en el país, y la protección de la vida familiar.

El Salvador

En el sitio web oficial sobre jurisprudencia del Poder Judicial de El Salvador³ se identificaron algunas decisiones relativas a derechos de migrantes –todas en relación con cuestiones de control migratorio–, asimismo, fue posible obtener otras decisiones a través de la página oficial de El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en referencia a este país.

Guatemala

La única decisión que ha sido posible obtener ha sido la que figura en la base de datos del sitio web del ACNUR. Concurrentemente, tras la consulta con el área jurídica de una de las organizaciones que trabaja en la materia, se nos informó respecto de la existencia de serios obstáculos para el acceso a información en temas de migración, así como, en general, para acceder a la información producida por el Poder Judicial.

Honduras

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

Nicaragua

En análoga situación con Guatemala, desde el Servicio Jesuita a Migrantes, hemos recibido la información de la imposibilidad de acceso a decisiones judiciales mediante sitios oficiales. Los casos serían resueltos en la esfera administrativa, por la Dirección General de Migraciones y Extranjería, a cuyas

² Poder Judicial República de Costa Rica <http://www.poder-judicial.go.cr/>

³ Corte Suprema de Justicia de El Salvador, www.csj.gob.sv/.

decisiones no sería posible acceder, no llegando a discutirse en el ámbito judicial.

Panamá

En Panamá ha sido posible acceder a decisiones jurisprudenciales en materia de derechos de migrantes, a través de la página oficial del Poder Judicial de este país⁴.

Los casos que resuelve la Corte Suprema de Justicia abordan, en general, cuestiones relativas a la legalidad de las detenciones llevadas a cabo por el Servicio Nacional de Migraciones, aunque no cuestionan la potestad de dicho organismo administrativo de efectuar detenciones. La totalidad de las sentencias encontradas son *habeas corpus*, presentados entre los años 2006 y 2010.

2.2

Caribe

Bahamas

Fue posible acceder a decisiones jurisprudenciales a través del sitio web oficial del Tribunal de Apelaciones de Bahamas⁵, hallándose una decisión de significativa importancia en el sitio del “Death Penalty Project.”⁶

Barbados

La búsqueda correspondiente a Barbados, fue iniciada a través del sitio oficial de su Corte Suprema⁷, compuesta por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones⁸, la cual tiene potestad revisora respecto de los casos decididos por la primera. Conforme lo anuncia el propio sitio, el mismo estaría en etapa de construcción, la cual al finalizar incluiría los casos decididos desde 1948 en Barbados. No obstante, de momento, sólo es posible acceder a decisiones dictadas a partir del año 2000.

Cuba

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

⁴ <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

⁵ Court of Appeal - Bahamas www.courtofappeal.org.bs

⁶ www.deathpenaltyproject.org/content_pages/30

⁷ High Court and Court of Appeal <http://www.lawcourts.gov.bb>

⁸ Conforme nombres en idioma original, "High Court and Court of Appeal" respectivamente -traducción libre CELS, CAREF, CDH UNLa-

Haití

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

Puerto Rico

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

República Dominicana

Pese a tratarse de un país con uno de los mayores flujos migratorios en la región, el escaso número de decisiones jurisprudenciales denotan serias deficiencias en el acceso a la justicia por parte de la población migrante, sólo dos casos, con resultado negativo, fueron encontrados en la página web de la Corte Suprema de Justicia⁹.

Trinidad y Tobago

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

2.3

Norteamérica

México

El relevamiento jurisprudencial en México ha dado muy pocos resultados, debido a las dificultades para acceder a la información. No existen decisiones completas publicadas en línea. Tras la consulta realizada a organizaciones de derechos humanos dedicadas a la defensa de los derechos de las personas migrantes, manifestaron la imposibilidad de acceder a información jurisprudencial. En consecuencia, se recurrió a las decisiones estudiadas en un trabajo previo de Sin Fronteras¹⁰.

Por otra parte, existen en el sistema judicial mexicano las llamadas tesis jurisprudenciales, lo que *grosso modo*, refiere a una compleja estructura de armonización de decisiones, según la cual, sólo tras la emisión de cinco tesis consecutivas o la resolución de una contradicción de tesis podrá entenderse el carácter vinculante de las mismas.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana www.suprema.gov.do

¹⁰ Sin Fronteras I.A.P., *Litigio estratégico y deportación de extranjeros en México*, Ciudad de México, 2011.

2.4

Sudamérica

Argentina

La jurisprudencia relativa a Argentina fue recabada principalmente en los portales oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹, del Centro de Información Judicial (CIJ) y del Poder Judicial de la Nación¹², siendo estos dos últimos limitados en el acceso a la información: únicamente se tiene acceso a una selección de sumarios y sentencias. Ante estas restricciones, la búsqueda fue enriquecida con el aporte de artículos de doctrina disponibles¹³, investigadores¹⁴ y de la Clínica jurídica de atención a migrantes y refugiados CAREF-CELS-UBA¹⁵. La ley nacional de migraciones n° 25.871, sancionada en el año 2004, derogó el entonces decreto-ley 22.439, conocido como “ley Videla” (por ser dictado bajo la dictadura cívico-militar al mando de Rafael Videla), dando paso a una política migratoria con eje en los derechos humanos. La sanción de esta ley implicó un cambio jurisprudencial en lo que respecta a los temas debatidos, el acceso a las instancias judiciales y el reconocimiento de los derechos de los migrantes. Sin embargo, muchas de las respuestas judiciales dan cuenta de cierta resistencia a incorporar el nuevo paradigma instaurado por la actual ley.

Brasil

La búsqueda de jurisprudencia se centró en las bases oficiales del Tribunal Superior de Justicia (TJ, también llamado “el tribunal de la ciudadanía”)¹⁶ y del Supremo Tribunal Federal (STF, también llamado Tribunal Constitucional,

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación www.csjn.gov.ar

¹² www.pjn.gov.ar En el sitio, es posible acceder a sumarios y casos seleccionados de los fueros nacionales en lo contencioso administrativo federal, civil, laboral, seguridad social, casación penal, y de algunas cámaras de apelaciones federales del interior.

¹³ Ceriani Cernadas, Morales y Ricart. "Los derechos de los extranjeros en la jurisprudencia argentina (1994-2005)", en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.). "La aplicación local de los tratados de derechos humanos: la experiencia de una década (1994-2005)", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

¹⁴ Agradecemos la colaboración por los aportes de Lila García, investigadora adscripta del instituto de investigaciones Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho, UBA y de Leonel Toledo, abogado especialista en derechos humanos.

¹⁵ La Clínica Jurídica funciona en el marco de un convenio entre las organizaciones Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), por medio del cual se desarrolla la asignatura de práctica profesional de la facultad de Derecho en el marco de un trabajo de clínica jurídica.

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia, sitio web oficial www.stj.jus.br

o “Pretorio Excelso”¹⁷). Ambos son los Tribunales de más alto rango en el país. El primero se ocupa de la interpretación de las leyes federales, mientras que el segundo se encarga especialmente de velar por la aplicación de la Constitución Federal. Importa mencionar, que en el derecho brasileño, la decisión clara y directa emitida por un tribunal, tras la existencia de varias decisiones en igual sentido, recibe el nombre de *súmula*¹⁸. A partir del año 1994, las *súmulas* del STF tienen carácter vinculante sobre decisiones futuras, y a partir de la ley 11.276/2006, los jueces están obligados a rechazar recursos contra sentencias que sean dictadas conforme a *súmulas* vinculantes.

Respecto a la jurisprudencia del STF, se trabajó sobre decisiones relativas a extradiciones, expulsiones y derechos de personas extranjeras privadas de la libertad. El Tribunal publicó el documento “Acceso al Tribunal Constitucional: Posibilidad de acciones promovidas por extranjeros”¹⁹, en el cual expresa que los derechos fundamentales previstos en la Constitución son igualmente garantizados a los brasileños y a los extranjeros, residentes o que simplemente se encuentren en el territorio nacional. Dentro de esos derechos se encuentra el derecho a recurrir ante el Poder de Justicia a fin de reparar o prevenir una violación de derechos.

En cuanto al TJ, se trabajó sobre decisiones relativas a expulsiones de migrantes, refugiados y derechos de personas privadas de la libertad. Son de especial relevancia las decisiones emitidas en el marco de procesos de *habeas corpus* interpuestos a favor de personas migrantes con familia brasileña, contra quienes se les instruyó un procedimiento de expulsión por contar con antecedentes penales.

Bolivia

Las páginas oficiales del Poder Judicial boliviano, no ofrecen la publicidad de

¹⁷ Supremo Tribunal Federal www.stf.jus.br.

¹⁸ En el Glosario disponible en la Web Oficial del STF se lee: “*Súmula* (Jurisprudencia Vinculada) Palabra originaria del latín *Summula*, que significa sumario, limitado, resumen. Es una síntesis de todos los casos, parecidos o decididos de la misma manera, colocados por medio de una proposición directa y clara. Hasta el 2004, la *súmula* no poseía carácter vinculante, sirviendo solamente de orientación para futuras decisiones. Con la Enmienda Constitucional n. 45/2004, artículo 103-A, caput, la *súmula* editada por el Supremo Tribunal Federal pasa a tener eficacia vinculante sobre decisiones futuras. Con la Ley n. 11.276/2006, la *súmula* vinculante pasa a tener carácter impeditivo de recursos, o sea, la existencia de *súmula* vinculante sobre determinada materia constitucional impide que el juez acepte el recurso contra sentencia que esté en conformidad con la *súmula*.”

¹⁹ Supremo Tribunal Federal www.stf.jus.br/Jurisprudencia/temas en materia constitucional y el link es: http://www2.stf.jus.br/portaStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portaStfJurisprudencia_es_es&idConteudo=181037

decisiones en materia de derechos de migrantes, de manera que sólo fue posible hallar sentencias publicadas en la página oficial del ACNUR²⁰, relativas a solicitantes de asilo y refugiados en Bolivia. Una de las sentencias es resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de máximo tribunal de justicia ordinaria, contenciosa y contenciosa-administrativa de la República. Otra de las decisiones es del Tribunal Constitucional de Bolivia, el órgano que ejerce el control concentrado de constitucionalidad.

Chile

En el caso de Chile, la búsqueda se realizó a través del sitio web oficial del Poder Judicial de la República de Chile²¹. Las sentencias que se analizan han sido dictadas por la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano jurisdiccional, y por las Cortes de Apelaciones.

Colombia

La Corte Constitucional de Colombia tiene por objeto velar por la integridad y la supremacía de la Carta Política y decidir sobre las demandas de constitucionalidad promovidas contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformatorios de la constitución, entre otras. Sus funciones consisten en decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformatorios de la Constitución; decidir sobre la efectividad de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben y revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución, entre otras. En el sitio web oficial de ésta Corte, fue posible hallar dos decisiones referidas a derechos de personas migrantes.²²

Ecuador

El Poder Judicial del Ecuador no sistematiza información en la materia bajo estudio. No obstante, fue posible tomar contacto con algunas decisiones judiciales contenidas en el sitio oficial del ACNUR²³, así como material proveniente

²⁰ Web oficial del Acnur www.acnur.org/, <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=95>.

²¹ Sitio Oficial del Poder Judicial de Chile www.poderjudicial.cl/.

²² Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/.

²³ <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=100>.

de informes y publicaciones previas.²⁴

Guyana

No fue posible hallar decisiones en este país.

Guyane Francesa

No fue posible hallar decisiones en este país.

Paraguay

En el caso de Paraguay, la búsqueda se inició a través del sitio web oficial de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay²⁵, en la zona de consulta de jurisprudencia. De allí se obtiene que el Paraguay cuenta con un sistema de Información de jurisprudencia del Poder Judicial, el cual permite localizar documentos completos de las resoluciones dictadas por las Salas que integran la Corte Suprema de Justicia a partir del año 1995.

Perú

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

Surinam

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

Uruguay

No fue posible hallar decisiones jurisprudenciales en este país.

Venezuela

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, es el órgano rector del Poder Judicial, y como tal es su máxima autoridad jurisdiccional, ejerce su dirección, gobierno y administración. Está conformado por 6 Salas. Cada una de ellas está integrada por cinco (5) Magistrados/as, a excepción de la Sala Constitucional que la conforman siete (7) Magistrados/as. La Jurisprudencia recabada se centra principalmente en las decisiones de la Sala Constitucional²⁶, y son relativas a la temática de control migratorio.

²⁴ Benavides Llerena, Gina, "Aplicación doméstica de estándares internacionales de derechos y migración. La situación de irregularidad migratoria en Ecuador", en Ceriani Cernadas y Fava (editores), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Ediciones UNLA, Lanús, 2009, pp. 291-336.

²⁵ Corte <http://www.pj.gov.py/>.

²⁶ <http://www.tsj.gov.ve/index.shtml>

3

JURISPRUDENCIA SOBRE LOS MECANISMOS DE CONTROL MIGRATORIO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

De acuerdo a la propuesta de plantear una división temática en dos ejes fundamentales, las medidas adoptadas por los Estados en el marco del control migratorio tienen una incidencia transversal sobre el conjunto de derechos fundamentales de las personas migrantes, en particular de quienes tienen un status migratorio irregular. De la jurisprudencia identificada y analizada sobre temas vinculados a las políticas de control migratorio y su impacto en determinados derechos de las personas migrantes, es posible realizar una subdivisión, condicionada por las decisiones judiciales a las que fue posible acceder.

Si bien esta división presenta límites difusos y relativos, podremos decir no obstante que las situaciones vinculadas al control migratorio que han derivado en un proceso judicial, podrían ser clasificadas en tres grupos: casos vinculados a la privación de la libertad de migrantes; casos relativos a procesos de expulsión y deportación; y casos donde esté en juego el derecho a la vida familiar. A su vez, como se observará, cada caso podrá encajar en más de un subgrupo. Por otra parte, en todos estos temas vinculados al control migratorio, se analizan situaciones íntimamente ligadas al derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Finalmente, podrá advertirse, a modo de diagnóstico general, la existencia de serias falencias en materia de garantías de debido proceso.

3.1

Detención de migrantes y derecho a la libertad personal

El caso De la Torre, decidido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el año 1998²⁷, se inició por un *Hábeas Corpus* presentado en nombre de una persona de nacionalidad uruguaya para cuestionar las medidas de detención y expulsión llevada en su contra por parte de la Dirección Nacional de

²⁷ Si bien el año de la decisión analizada no se corresponde con la delimitación temporal relativa al presente estudio, lo citamos igualmente en atención a su pertinencia.

Migraciones, con base en su status migratorio irregular y el hecho de poseer antecedentes penales. La detención se ordenó e implementó por autoridades administrativas y la policía federal –como auxiliar de la autoridad migratoria–, sin la intervención de un juez o tribunal, y sin valorar que tenía esposa e hijos argentinos, llevando varios años de residencia en el país.²⁸

Debido a que la expulsión del país ya había sido ejecutada al momento de resolver, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dispuso que ya no estaba en juego la libertad de la persona, pese a la existencia de una medida accesoria de prohibición de reingreso al país.

Se trata de un caso resuelto con anterioridad al año 2000 y bajo la ley migratoria vigente hasta el año 2004²⁹, y la actual normativa es considerablemente diferente y más progresiva que la anterior, inclusive en la temática de la detención de migrantes.³⁰ Sin embargo, es un antecedente de un valor importante, en tanto el caso fue posteriormente presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la discusión en ese contexto fue un insumo importante para la posterior modificación de la legislación migratoria³¹.

La Corte Suprema del Paraguay³², en 2002, analizó un *hábeas corpus* reparador³³, planteado por nacionales brasileños que se hallaban privados de la libertad por orden de un juez de garantías³⁴. La acción tenía como objetivo

²⁸ Tanto el juez de primera instancia, la Cámara y la Corte, rechazaron la acción de *Hábeas Corpus* que buscaba cuestionar la detención administrativa de Juan Carlos de la Torre y su expulsión del país, sin ningún tipo de intervención judicial sobre esas medidas. En las dos primeras instancias, consideraron que la autoridad migratoria era el órgano administrativo competente para determinar las medidas de detención y expulsión.

²⁹ La ley 22.431, vigente hasta el año 2004, era en rigor, un decreto ley de la última dictadura militar (1976-1983). A partir del año 2004, la ley 25.871 es la ley vigente en Argentina.

³⁰ Para un análisis del cambio de la ley migratoria, ver, entre otros, Giustiniani, Rubén (coord.), *Migración: un derecho humano*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2004; FIDH-CELS, *Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos*, Buenos Aires, 2011.

³¹ En la sección sobre jurisprudencia en el sistema interamericano, y particularmente en el Informe sobre estrategias de litigio en derechos de migrantes, el cual se ha elaborado conjuntamente con este informe, se puede observar con mayor detalle la estrategia utilizada en este caso y su impacto en el cambio de la política y legislación migratoria argentina.

³² Corte Suprema de Justicia de Paraguay, Tavares B. y Krysan R. s/ Habeas Corpus Reparador, 13 agosto 2002. Disponible en: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>

³³ El Hábeas Corpus Reparador tiene rango constitucional y es aquel en virtud del cual toda persona ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso..."

³⁴ El juez había admitido un pedido de detención del Director General de Migraciones sobre estas personas, para asegurar la su posterior expulsión, sobre la base de la ley de migraciones.

el cese de la medida restrictiva de libertad, en tanto ésta se había decidido al margen del debido proceso. La Sala Penal de la Corte, rechazó la acción al considerar que las personas se encontraban privadas de su libertad, en virtud de una orden escrita emanada de autoridad competente. Se presentó entonces *habeas corpus* genérico³⁵ –entonces se cumplían siete meses de prisión–, en tanto ninguna de las instancias del proceso, dispuso la sustitución de la privación de la libertad por otra medida alternativa que resultara menos grave para la integridad de las personas afectadas. La Sala Penal de la Corte consideró entonces, que era imperativa la necesidad de sustituir dicha detención por medidas alternativas, aunque sin que ello implique estudiar el fondo de la cuestión.³⁶ Admitió, de esta manera, el *habeas corpus* genérico, y ordenó al arresto domiciliario, bajo estricta vigilancia policial, estableciendo mecanismos de control diarios, la obligación de informar de forma diaria al Juzgado y la fianza personal del abogado defensor.³⁷

En el año 2004, el Defensor del Pueblo de Venezuela, presentó ante la Sala Constitucional una medida cautelar³⁸ denunciando los artículos 46 y 49³⁹ de la Ley de Extranjeros⁴⁰, en tanto éstos vulneraban el artículo 44.1 de la

³⁵ Corte Suprema de Justicia de Paraguay, Tavares B. y Krysan R. s/ Habeas Corpus Genérico, 3 marzo 2003. Disponible en: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>

³⁶ La Corte menciona el artículo 10.1 y 10.2.a) del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos; el artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 7.5 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos."

³⁷ Para llegar a esta conclusión la Corte entendió que debían cumplirse estrictamente "todos los principios consagrados en la Constitución Nacional, Tratados y Convenios Internacionales, y las leyes dictadas en consecuencia, rectificando toda situación que las vulnera", ya que de no hacerlo los principios "no serán otra cosa que una mera declaración de derechos, seguida de una vaga promesa de protección y simple retórica, lo cual no debe permitirse en un Estado de Derecho (...)" (Sentencia citada, *Ibidem*. Párr. 14).

³⁸ Expediente N° 04-0147

³⁹ "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".

⁴⁰ Gaceta Oficial N° 19.329 de fecha 3 de agosto de 1937, derogada en el año 2004 por la Ley de Extranjería y Migración que rige actualmente.

Constitución⁴¹ al habilitar a las autoridades administrativas la detención preventiva a personas migrantes, contra las que se haya dictado un decreto de expulsión, o aquellos que se encuentren en situación irregular con el fin de hacer efectiva su salida del país, o que hubieren entrado al territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley. La Sala Constitucional, luego de considerar los riesgos que podían ocasionarse como consecuencia de detenciones administrativas prolongadas, ordenó a las autoridades administrativas abstenerse de imponer medidas restrictivas de la libertad con fundamento en tales artículos –salvo los supuestos de flagrancia–, y dispuso que toda detención requerirá que la autoridad administrativa, a través de los Fiscales del Ministerio Público con competencia en materia de extranjería, solicite previamente, una orden judicial de detención a un juez competente. Posteriormente, la Ley de Extranjería y Migración del 2004, derogó expresamente los artículos cuestionados de la Ley de Extranjeros de 1937. La actual normativa prohíbe la privación de la libertad al momento de regular las medidas cautelares que podrían aplicarse en el marco de un proceso de expulsión del país⁴².

También la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, en el año 2008, analizó una solicitud⁴³ de interpretación constitucional sobre el derecho a la notificación consular en caso de detención, reconocido en el artículo 44.2⁴⁴ de la Constitución de Venezuela, presentada por una persona

⁴¹ "Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso. La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad del detenido no causará impuesto alguno [...]"

⁴² Ley de Extranjería y Migración, N° 37.944 (del 24 de Mayo del 2004). El actual artículo 46 establece: "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 medidas cautelares siguientes: 1. Presentación periódica ante la autoridad competente en materia de extranjería y migración. 2. Prohibición de salir de la localidad en la cual reside sin la correspondiente autorización. 3. Prestación de una caución monetaria adecuada, para lo cual deberá tomarse en cuenta la condición económica del extranjero o extranjera. 4. Residenciarse mientras dure el procedimiento administrativo en una determinada localidad. 5. 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." (el destacado nos pertenece).

⁴³ Expediente N° 2008-0391.

⁴⁴ "Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia: [...] 2. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada

extranjera acusada en una causa penal, motivada en la notificación tardía y errónea –en tanto se había dirigido al Embajador del país de origen de la solicitante.⁴⁵ Se argumentó que cuando el detenido es un extranjero –turista o residente–, debe ser informado sin demora de su derecho a comunicarse con la oficina Consular de su país, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁴⁶, para que pueda recibir asistencia y defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor, indicando que, como consecuencia de tales irregularidades vulneraron la libertad individual, el debido proceso legal y el cumplimiento del deber de las autoridades consulares en el país. Sin embargo, la Sala Constitucional declaró inadmisibile el recurso por entender que la pretensión podía presentarse a través de recursos ordinarios que prevé el ordenamiento jurídico, y no uno extraordinario como es el hábeas corpus.

En Brasil, en el marco de un *habeas corpus* el Tribunal Superior de Justicia analizó si derecho a la igualdad y el principio de no discriminación eran vulnerados cuando la situación de migración irregular es alegada para justificar el peligro de fuga en el marco de un proceso penal. El Tribunal expresó que tanto la ejecución penal, respecto de un nacional como de un extranjero, deben cumplir con los cánones de igualdad constitucional e individualización de la pena⁴⁷ y que, la condición migratoria irregular no constituye un factor que por sí mismo pueda obstaculizar la progresión del régimen de prisión⁴⁸. En otro

o persona de su confianza, y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas del lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o con el auxilio de especialistas. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios que la practicaron. Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia. 3" (el subrayado nos pertenece).

⁴⁵ Expediente 06-1403

⁴⁶ "Artículo 36: Comunicación con los nacionales del Estado que envía: () si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado".

⁴⁷ "Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena." (HC 164.744/SP, 6.ª Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza De Assis Moura, DJe 16/08/2010.)

⁴⁸ "Esta Corte, em diversos julgamentos, firmou entendimento no sentido de que a execução

caso, el mismo Tribunal sostuvo que la mera circunstancia de que el migrante se encuentre en situación irregular no puede constituir un obstáculo a la imposición de un régimen abierto, siendo suficiente que tenga un trabajo regular y demuestre poder conseguir medios de vida para su subsistencia⁴⁹.

La Cámara Federal de Paraná, provincia de Entre Ríos, Argentina, en el caso *Dai Jianqing*⁵⁰, de junio de 2011, en el marco de una acción de *habeas corpus*, aplicó el concepto “Ningún ser humano es ilegal”⁵¹ en una decisión judicial. En el caso, la fuerza de seguridad de frontera –Gendarmería– detuvo a ciudadanos chinos que viajaban en un autobús hacia la Ciudad de Buenos Aires, en tanto éstos no tenían la documentación requerida para permanecer en la Argentina. La Cámara Federal expresó que la ley de migraciones de Argentina⁵² distingue dos momentos relativos al control migratorio, según la persona haya o no traspasado la frontera. Las facultades de control, que podrían habilitar una retención por parte de autoridades administrativas, se limita exclusivamente al primer supuesto, pero no una vez que la persona extranjera se encuentra dentro del territorio Argentino. Agregó además que la naturaleza de las normas en juego es administrativa y no penal, y que la legalidad o ilegalidad se refiere a actos y nunca a personas. De allí se deduce, sostuvo la Cámara, que “ningún ser humano es ilegal”. En consecuencia, ordenó la libertad de las personas detenidas.

penal do nacional e do estrangeiro submetem-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo a condição de estrangeiro irregular, por si só, fator impeditivo à progressão de regime prisional.” (HC 121.677/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 08/09/2009.) En igual sentido se expidió el STF en el marco del hábeas corpus 94477, sentencia del 6/9/11, pág 5.

- ⁴⁹ Habeas Corpus Nº 222.290 - SP (2011/0250864-0). Se trata de un hábeas corpus interpuesto conjuntamente con una medida cautelar contra la sentencia de la Corte de Justicia del Estado de San Pablo, en tanto fijó un régimen “semiabierto” en contraposición al régimen abierto que se había fijado en primera instancia, consistente en la prestación de servicios comunitarios. El TJ hizo lugar al recurso de hábeas corpus y ordenó restituir la sentencia de 1º grado. Consideró que no se había justificado debidamente la imposición de un régimen semiabierto, el derecho a la igualdad de trato de los extranjeros, y que no se encuentra en curso un trámite de expulsión en contra de la persona.
- ⁵⁰ CFed. Paraná , expte. Nº 5-17.559 – 20.768-2.011 "Incidente de Hábeas Corpus deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Chenguang y Zhuang Bisheng – Relacionado con los autos nº32/11 caratulados: "Dirección Nacional de Migraciones s/retención de personas de nacionalidad china", 11 de junio de 2011. Disponible en www.cij.gov.ar.
- ⁵¹ "El país", 31 de julio de 2011 http://elpais.com/diario/2011/07/31/eps/1312093609_850215.html. "La voz", Ciudadanos, 15 de junio de 2011 <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/fallo-camara-asegura-que-ningun-ser-humano-es-ilegal%F2%80%9D>, entre otras publicaciones.
- ⁵² Ley de Migraciones 25871, sancionada el 17 de diciembre 17 de 2003 y promulgada el 20 de 2004.

En Guatemala, un caso resuelto en 2002 por la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones, Constituida en Tribunal Constitucional de Exhibición Personal, analizó un planteo judicial de veinticinco ciudadanos de la India que fueron expulsados desde México, e ingresaron a Guatemala tras la aceptación expresa de sus autoridades para recibirlos, y solicitaron ser reconocidos como refugiados en ese país. El Estado decidió no proceder a analizar las peticiones presentadas hasta contar información que proporcionara el gobierno de la India, y los mantuvo en un centro de detención fronterizo, en condiciones inhumanas y por tiempo indefinido.

La Sala de la Corte de Apelaciones, resolvió de manera favorable el recurso de Exhibición Personal y señaló que ninguna persona puede ser detenida, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden emanada de autoridad judicial competente y ajustada a la ley⁵³. Al considerar que las personas no habían cometido ningún delito, tan sólo una infracción migratoria –que tampoco habría existido ya que el ingreso fue aceptado por parte del Gobierno de Guatemala–, ordenó su inmediata liberación. La Sala de la Corte de Apelaciones, no obstante, no se pronunció con relación a la prohibición de la consulta al país de origen de los peticionarios de la condición de refugiados. En un caso resuelto en 2011, en El Salvador, dos personas de nacionalidad cubana estaban detenidos por la Dirección General de Migración y Extranjería, en el “Centro de Atención Integral al Migrante”, tras haber sido enviados a dicha dependencia por parte de los agentes de control de la frontera, que consideraron que las personas ingresaron con documentación falsa⁵⁴. Las personas alegaron que permanecieron detenidas sin que fuera respetado el debido proceso, ya que no fueron notificados de las razones por las cuales fueron detenidos, ni se facilitó la comunicación con un defensor, permaneciendo detenidos por un plazo superior al previsto en la legislación.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar al *habeas corpus* interpuesto, y ordenó su inmediata libertad, por considerar la violación del principio de legalidad, en detrimento del derecho de libertad personal. La Corte afirmó que en ningún caso debía suponerse que el desarrollo de un trámite de expulsión habilitaba el arresto de la persona, por un tér-

⁵³ Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁵⁴ H.A.C.A. y E.M.G v. Dirección General de Migraciones y Extranjería del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, la Fiscalía General de la República, Departamento de Tráfico de Personas y los Juzgados de Ahuachapán.

mino mayor a cinco días, a efectos de asegurar el éxito de dicha expulsión, entendiéndose finalmente que tal situación vulneraba principios constitucionales.

En otros dos casos resueltos por la misma Sala, la decisión también determinó la liberación inmediata de las personas migrantes detenidas en condiciones ilegales⁵⁵. En el primero de los casos, un grupo de personas de nacionalidad china, habían sido detenidas por no tener documentos migratorios. Se interpuso un *habeas corpus*, alegando que la detención era ilegal ya que no existió ningún procedimiento administrativo ni judicial a favor de los detenidos, no pudiendo ejercer su derecho de efectivo acceso a la justicia. Tampoco recibieron la asistencia de intérprete ni de asistencia de un abogado, con lo que fueron lesionadas las garantías de debido proceso.

En el segundo caso, una persona de nacionalidad española fue privada de su libertad por haber ingresado irregularmente al país. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia manifestó que la atribución que le corresponde a la autoridad administrativa de imponer sanciones de arresto y multa, deben ser precedidas de un juicio previo que cumpla con las garantías del debido proceso y que respete el derecho de defensa de la persona. Ordena la inmediata libertad del detenido, pero aclara que la decisión no resuelve la permanencia legal del solicitante en el país.

En el año 2010 la Corte Suprema de Panamá analizó el caso de Euclides Moreno Mena⁵⁶, de nacionalidad colombiana, detenido hasta que el Servicio Nacional de Migración decidiera su deportación. Sin embargo, la persona aguardaba la resolución de la residencia definitiva, en tanto su madre, de nacionalidad colombiana, residía en Panamá. El Departamento de Seguridad Externa de la Policía Nacional, a la vez, informó que Moreno Mena, había sido acusado por la presunta comisión del delito de tráfico de personas, por lo que el Servicio de Migraciones decidió la cancelación de su visa y la solicitud de permanencia definitiva. Ordenó entonces su expulsión por constituir una “amenaza para la seguridad colectiva, la salubridad o el orden público”⁵⁷.

⁵⁵ Cañas y otros v. Dirección General de Migraciones s/Habeas Corpus (Exhibición personal), del año 1997, y Rosales v. Ministerio del Interior y del Director General de Migraciones s/Habeas Corpus (Exhibición personal), del año 1998.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Panamá: “Acción de habeas corpus promovida por Idis A. Espinoza a favor de Euclides Moreno Mena contra la Dirección General del Servicio Nacional de Migración”, 01 de Septiembre de 2010.

⁵⁷ *Ibidem*.

La Corte Suprema de Justicia consideró que el Servicio Nacional de Migración debió atender a lo dispuesto por el régimen penal y procesal para la investigación del presunto delito y cuestionó la legalidad de la orden de expulsión, exigiendo que las decisiones se ajusten al debido proceso, al orden procesal y constitucional y no se incurra en arbitrariedades que desmeriten las competencias y atribuciones que por ley debe desempeñar esa entidad de seguridad pública.

Es importante mencionar que en otras tres sentencias sobre *habeas corpus* dictadas en 2010⁵⁸, el Pleno de la Corte Suprema panameño también se refirió a la ilegalidad de las detenciones. En otro caso, de dos personas de nacionalidad china que cuestionaron su detención por más de cinco meses, por no contar con documentos legales que acreditaran permisos laborales y de permanencia en territorio panameño⁵⁹. La Corte sólo consideró si la autoridad que dispuso la detención –Dirección General de Migración– era competente para ejecutar medidas privativas de la libertad personal y dispuso la legalidad de la medida. No obstante, el tribunal se limita a hacer un “llamado de atención” a las autoridades migratorias, en vistas al tiempo que llevaba la detención, sin resolver la situación migratoria, sobre la base del principio de celeridad procesal. En otras dos sentencias, el Pleno de la Corte resolvió la legalidad de las detenciones, ya que el Servicio Nacional de Migración es la autoridad competente para dictarlas⁶⁰.

Un caso resuelto por la Corte Constitucional de Costa Rica, analizó el *habeas corpus* presentado a favor de una mujer de nacionalidad guatemalteca, quien había ingresado al país con el propósito de solicitar asilo, pero al no ser tratada su solicitud, las autoridades procedieron a su detención y le informa-

⁵⁸ Acciones de hábeas corpus interpuesta a favor de Sandra Milena Montoya; de Martha Cecilia Castaño; y de Luz Ángela Morales Romero, todas contra la Dirección Nacional de Migración y Naturalización.

⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de Panamá, Acción de habeas corpus interpuesta a favor de Jilian Huang, Minhua Cai, Jianfeng Cai, contra de la orden de detención de la Dirección Nacional de Migración, Panamá, 19 de junio de 2006.

⁶⁰ .La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velez Loor, adelantamos, analizó la legislación de Panamá con relación al deber de asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. Dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención Americana se aplican también a las decisiones de órganos administrativos (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. 108).

ron que sería deportada a su país⁶¹. La persona alegó que su vida correría peligro si era expulsada, y que no se le respetaron las mínimas garantías de debido proceso.⁶² La Corte reconoció que “el Estado, en ejercicio de su soberanía, está facultado para regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el país, [pero] que tales medidas deben obedecer a criterios objetivos plasmados en la ley, de conformidad con el principio de legalidad, y en su aplicación deben respetarse los derechos fundamentales de los no nacionales”.⁶³ Sin embargo, la Corte entendió que no se habría probado que la mujer haya permanecido detenida por la Policía de Migración por más de una semana, y rechazó el amparo presentado.

En el relevamiento jurisprudencial de casos resueltos en Bahamas, fue posible acceder a una sentencia del Comité Judicial del Consejo Privado (PRIVY COUNCIL), del año 2009⁶⁴. Atain Takitota, de nacionalidad japonesa había llegado a Bahamas en agosto de 1992, y las autoridades de Bahamas le otorgaron un permiso como visitante por una semana. Sin embargo, el día de su llegada fue arrestado por la policía de Bahamas en tanto no tenía su visa ni equipaje, como consecuencia de un robo. La oficina de migraciones sugirió su deportación. Fue trasladado a una prisión de máxima seguridad, y allí permaneció detenido por más de seis años. Luego de sufrir dos intentos de suicidio y tras una evaluación médica que concluyó con el diagnóstico de amnesia en 1998, fue trasladado a otra prisión en la cual permaneció otros dos años, sin recibir procesamiento o condena por comisión de algún delito. Hasta entonces, nunca había sido comunicado con un intérprete ni con un defensor.

Tras la interposición de un *habeas corpus* en 2000, el juez de primera instancia dispuso su liberación bajo fianza, pero decidió que la detención había sido legal. Recurrió al Tribunal de Apelaciones de las Bahamas, solicitó daños especiales, agravados y ejemplares por “daño mental grave” y una declaración

⁶¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Recurso de hábeas corpus interpuesto por Giovanni Calderón Calderón, a favor de Mariana González Sánchez, contra Directora General de Migración y Extranjería, Jefe De La Policía De Migración Del Aeropuerto Juan Santamaria, 25 de enero de 2011.

⁶² La autoridad migratoria administrativa, contrariamente, informó que la mujer había ingresado como turista y que en ningún momento manifestó su intención de solicitar asilo.

⁶³ Ibidem. Considerando III.

⁶⁴ El hábeas corpus fue presentado en el 2000, no ha sido posible encontrar el texto. Tribunal de Apelaciones de las Bahamas, Takitota, A. s/ daños por detención ilegal, 23 de febrero de 2006. El Comité Judicial del Consejo Privado de Reino Unido, Takitota c/ el Fiscal General, 18 de marzo de 2009.

de que se violaron sus derechos fundamentales. El Tribunal analizó el tratamiento que tuvo la prueba durante la instancia anterior, reprochando que el juez hubiere tomado como prueba las declaraciones infundadas del Director Asistente de Migraciones, en cuanto a la supuesta ilegalidad en su ingreso al país⁶⁵; destacó la falta de acción en la búsqueda de la efectiva nacionalidad de la persona y la ausencia de un informe escrito y detallado sobre el período en que estuvo detenida, circunstancias que el juez anterior no consideró. El Tribunal condenó el hecho de que ninguna Corte interviniera en la detención sucedida durante los 8 años, y criticó que el juez no considerara que Takitota no fue acusado de ningún delito, que haya declarado que la entrada fue ilegal con base en las pruebas antes mencionadas, encontrando contradictoria la posición del juez respecto a la legalidad o ilegalidad de la orden de detención⁶⁶, y juzgando de contradictoria e inconsistente la decisión de que la entrada del señor al país fuera ilegal (nótese que no queda claro que la detención hubiera correspondido si el ingreso era “ilegal”). El Tribunal decidió que la detención había sido ilegal y dispuso la correspondiente indemnización monetaria⁶⁷.

Un *habeas corpus* resuelto en Barbados en 2009,⁶⁸ hace mención a los límites a los que está sujeta la facultad del Ministro Responsable de la Inmigración para detener a una persona. En el caso, la detención de O.R.S.C., de nacionalidad cubana, se había realizado con motivo de decidir la posterior

⁶⁵ El Tribunal cuestionó, por ejemplo, la declaración de que el sistema de ingreso al país estuviese computarizado desde 1968 y que era 98% confiable. Incluso, de estar computarizado, el ingreso de los formularios al sistema se realizaba por personas con lo cual no pueden ser calificados de 98% confiables.

⁶⁶ El juez reconoce que "La Sección 40 de la Ley de Migraciones autoriza la detención de una persona para ser deportado. La sección 9 del acta autoriza el arresto de una persona bajo la sospecha de violación de esa ley, pero requiere que el funcionario –policial o migratorio– que realiza el arresto, lleve a esa persona ante una corte dentro de las 48 horas del arresto, habiéndole previamente explicado en un lenguaje que entienda el motivo de su arresto. La detención con el fin de deportar debe seguir y no preceder la orden de deportación para que la misma sea legal. El arresto o la detención con intención de deportar a una persona sin ser llevado ante una Corte no es permisible". Sin embargo, concluye que "...con la firma y ejecución de la orden de deportación, la detención dejó de ser ilegal ya que estaba autorizado por ley".

⁶⁷ El Tribunal aclara que la Ley de Migraciones no otorga una carta blanca para detener a las personas. Así es que, incluso de haberse probado la ilegalidad de su ingreso, su detención habría sido legal sólo durante un tiempo razonable. Esto implica, por un lado, tener presente lo que prescribe la Sección V de la ley, la cual establece que la multa por esa infracción no puede exceder de 3.000 USD o de prisión por un término no mayor a 12 meses. Y por el otro, incluso si hubiese sido llevado ante un juez, todo el tiempo que permaneció detenido no sería razonable ya que Japón no lo consideraba como uno de sus ciudadanos y por lo tanto, no tenía la obligación de aceptarlo. Así se descarta también el argumento alternativo de que las autoridades se encontraban buscando un país con una cultura más similar a la suya que lo aceptara.

⁶⁸ Tribunal Superior de Barbados, ORSC s/ Habeas Corpus. 2009.

expulsión del país, por haber permanecido con un permiso de residencia vencido. La situación migratoria de la persona había devenido en apátrida, en tanto la permanencia fuera de Cuba sin el permiso correspondiente –conforme a la legislación interna– determinaba la pérdida de su nacionalidad. El Tribunal aplicó un límite temporal a la detención, al que definió como el tiempo razonable necesario para permitirle al Ministerio responsable de la inmigración llevar adelante el proceso de la deportación y expulsión del país. Y agregó que, si el Ministerio advierte que la expulsión o la deportación de una persona, no pueden conseguirse dentro de un período de tiempo razonable, es incorrecto ampliar los plazos de detención. Asimismo, consideró que, al encontrarse Barbados obligado por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), no era posible realizar la expulsión, ni deportar a la persona. La Corte, no obstante, estableció que O.R.S.C. tenía que presentarse en el departamento de inmigración dos veces por semana y decidió no darle autorización para trabajar hasta que su situación fuera regularizada.

Tal como mencionamos, debido a las dificultades de acceso a la información sobre jurisprudencia en México, las decisiones de las que hemos podido tomar conocimiento fueron tomadas de un trabajo previo de la organización Sin Fronteras AIP⁶⁹. Una sentencia del año 2002 se refiere al caso de Luis Castillo Sepúlveda –de nacionalidad colombiana–, quien se encontraba privado de su libertad en la Estación Migratoria de Iztapalapa e iba a ser deportado a su país de origen. El Juzgado de Amparo en materia Administrativa resolvió suspender el acto de deportación, y declinar la competencia, ordenando remitir el expediente al Juez de Distrito en materia penal, debido a que la figura de la deportación atentaba contra la libertad de la persona.

En el marco del proceso ante el juez penal, las autoridades migratorias negaron la existencia de actos tendientes a la deportación, en tanto no habían emitido orden de deportación alguna sino únicamente una orden de aseguramiento. El juez resolvió entonces rechazar la acción porque no existe el mandato de deportación. Ello pese a que existían elementos para presumir su existencia.

⁶⁹ Sin Fronteras, *Litigio estratégico y deportación de extranjeros en México*, Ciudad de México, junio de 2011. A modo de aclaración, la figura del Amparo –por la cual son resueltos los casos analizados en México– se refiere a un Juicio constitucional especial que tiene como finalidad determinar si hubo violaciones a derechos humanos o no. Asimismo es importante resaltar que el Amparo no es lo mismo que el habeas corpus, en tanto éste se encuentra incorporado en la figura del amparo para ciertos actos de autoridad.

En el sistema judicial mexicano existen las llamadas Tesis de Jurisprudencia, que son extractos de resoluciones judiciales en los que se resume el sentido de la decisión, emitidos por Tribunales Colegiados, o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por los cuales se exponen interpretaciones de algún criterio jurídico de relevancia. A su vez, las Tesis Plenas⁷⁰ determinan que el criterio expuesto será vinculante, mientras que las Tesis Aisladas, si bien no poseen el mismo carácter, resultan orientativas y, en ocasiones, representan herramientas que permiten interrumpir la jurisprudencia. En la investigación se encontró la tesis aislada llamada “Extranjeros. Su aseguramiento o detención administrativa. Corresponde conocer de la demanda de amparo a un juez de distrito de amparo en materia penal.”⁷¹

El texto de la tesis dispone, en líneas generales, que cuando a través de un amparo indirecto se reclama un acto de autoridad que afecta la libertad de una persona, a los fines de determinar el juez competente, debe contemplarse el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que, “debe conocer el Juez de Distrito de Amparo en Materia Penal, [...], por lo que si la autoridad migratoria es la que ordena la detención del extranjero con motivo de un procedimiento administrativo y no se actualizan las causales de excepción anotadas, resulta incuestionable que el Juez Federal mencionado es el competente para resolver el litigio planteado.”

3.2

Expulsiones y debido proceso

En materia de expulsión de migrantes, las decisiones judiciales obtenidas abordan diversos supuestos: personas sobre las que se decide su expulsión por poseer antecedentes penales o registros administrativos sobre la supuesta

⁷⁰ Existen dos formas de generar tesis plenas o de jurisprudencia, la primera es a través de criterios que han sido reiterados en 5 ocasiones sin interrupción. La segunda forma de generar jurisprudencia es a través de la resolución de una contradicción de tesis, es decir, en este caso se solicita a la SCJN que resuelva sobre el sentido de dos tesis que hablan exactamente sobre el mismo supuesto pero que ha sido resuelto en sentido contrario por otra autoridad. En este caso, la SCJN resuelve cuál es la tesis que debe prevalecer, en cuyo caso ésta se convierte en jurisprudencia con fuerza vinculante.

⁷¹ Registro No. 174464 - Localización: Novena Época - Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito - Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Agosto de 2006 - Página: 2199 - Tesis: .2o.P.132 P - Tesis Aislada - Materia(s): Penal.

participación de extranjeros en hechos delictivos; personas a las que se las expulsa por el hecho de constatarse una situación de irregularidad migratoria, y aquellas que son expulsadas luego de la denegación de una solicitud de asilo o una medida de protección complementaria.

En el primer supuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina (CSJN), analizó la existencia de registros administrativos sobre la posible participación de extranjeros en hechos delictivos, como justificación de una expulsión o rechazo de ingreso al país. En el caso *Zhang Hang*⁷², señaló que la derogación de la ley de migraciones adoptada durante el último gobierno de facto y la implementación de la Ley 25871 en el año 2004, abandonó la categoría subjetiva de “proclividad al delito”, como impedimento al ingreso y permanencia, para establecer la necesidad de que exista una condena penal.

La Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en 2009⁷³, analizó el caso de un migrante condenado por un Tribunal Criminal, en el marco de una causa penal, ordenaba, además de la aplicación de una sanción penal, su expulsión del país. De esta manera, se alegó que la sanción de expulsión constituía una discriminación por su condición de extranjero, afectando el principio según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa –*non bis in idem*–. Los jueces declararon la inconstitucionalidad del artículo 22 del decreto ley 1434/87, reglamentario de la antigua ley de migraciones de argentina⁷⁴ en tanto resultaba contraria al derecho a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación.

En los tribunales de Bolivia, fue posible hallar la decisión que analizó una solicitud de extradición⁷⁵ por parte de las autoridades de la Embajada del Perú, sobre Mogrovejo Pacheco, a quien se le imputaba el delito de terrorismo en contra del Estado peruano. En el caso, luego de la detención de Mogrovejo, la Corte Suprema consideró la comunicación recibida de la Comisión Nacional del Refugiado (CONARE), en tanto informaba que la persona gozaba de la

⁷² CSJN Fallo 330:4454.

⁷³ Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I - TCPBA - Causa n°29.006 - G. M., R. s/ Recurso de Casación, 29/10/09. Si bien la sentencia data de 2009, cuando ya estaba en vigencia la LNM actual, los jueces fallaron con el marco normativo dado por la “ley Videla” vigente al momento de los hechos juzgados.

⁷⁴ Al momento de los hechos regía la ley de migraciones n° 22.439.

⁷⁵ Corte Suprema de Bolivia, Extradición del súbdito peruano Percy David Mogrovejo Pacheco, 16 de diciembre de 1999. Considerando 2. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2443>.

condición de refugiado desde hacía seis años, y por eso adecuó su respuesta a las normas contenidas en la Convención de 1951, y su Protocolo de 1967 (artículo 33) y declaró improcedente la extradición y ordeno dejar sin efecto la detención preventiva.

En un caso de Chile, del año 2010, la Corte Suprema analizó un Recurso de Reclamación, contra un decreto que disponía la expulsión del territorio chileno de un ciudadano peruano, por la supuesta simulación de un contrato de trabajo, a fin de obtener una residencia en Chile.⁷⁶ La Corte Suprema consideró que el actuar del extranjero no revestía una gravedad tal como para imponer una sanción de expulsión. Ello en tanto la persona había realizado, con anterioridad, trabajos remunerados con contratos que aparecen como legítimos y su arraigo estaba más que acreditado: tenía una familia constituida en Chile, esposa y dos hijos, uno de ellos de nacionalidad chilena.

En el marco de un Recurso de Protección interpuesto en el año 2006 a favor de F.A.V., contra el Departamento de Extranjería de la Gobernación Provincial de Llanquihue, Chile, se cuestionó el rechazo de su solicitud de visado encuadrada en la existencia de un contrato de trabajo⁷⁷. Según los hechos planteados, la autoridad administrativa rechazó la solicitud de visado de una mujer, por no cumplir con los requisitos que la legislación de extranjería establece para residir en Chile, y dispuso el abandono del país en el plazo de 15 días desde la fecha de la notificación. El recurso planteó que la notificación resultaba ilegal en tanto ésta no cumplía con los recaudos mínimos de cualquier notificación administrativa, ni se le había entregado copia de la resolución, sino tan sólo una copia del acta de notificación. La autoridad migratoria, informó que rechazó la solicitud de visado –sujeta a contrato laboral–, debido a que los ingresos de la solicitante, “no permiten a un extranjero vivir en Chile, más aún, aportar a su familia en su país de origen”.⁷⁸ Además, el órgano administrativo, puso en duda la validez del contrato laboral, al afir-

⁷⁶ Corte Suprema de Chile, Rosalía Marlene Apolinar de Colchao y Ana Elizabel Ruidias Peralta, deducen a favor de César Aníbal Apolinar Becerra Recurso De Reclamación Contra Decreto Que Dispone Expulsión Del Territorio Nacional, 16 de septiembre de 2010 Fallo: 6.733-10.

⁷⁷ Fallo: 3.659-2006.-Tres de agosto del año dos mil seis. Tercera Sala Corte de Apelaciones. Considerando primero: “El recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección a los afectados cuando, por causa de alguna acción u omisión arbitraria o ilegal, sufran privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en los números que éste señala.”

⁷⁸ Párr.9 in fine.

mar que la solicitante se dedicaba al comercio sexual⁷⁹. Si bien debido a la extensión del presente informe, no será posible desarrollar un capítulo específico sobre grupos de personas migrantes en situación de mayor vulnerabilidad, corresponde encuadrar el presente caso entre uno de ellos, debido al fenómeno de doble discriminación dirigida en perjuicio de mujeres migrantes.

Una Acción de Tutela presentada ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia en 2009, fue interpuesta por I.S.T. –de Eritrea–, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores⁸⁰. Tras haber sido notificado de la negación del órgano administrativo de dar tratamiento a su petición, manifestó que se habría lesionado su derecho de acceso a un procedimiento para presentar la solicitud de asilo, y el derecho de debido proceso, al no garantizar información adecuada y en un idioma que fuera de su comprensión⁸¹. Asimismo, indicó que la actitud del órgano administrativo vulneraba también el derecho a la vida del solicitante. Por su parte, la autoridad que negó la solicitud, debido a la demora en la presentación de su petición, y que pese a haberse permitido su entrada y permanencia en territorio colombiano, nunca se presentó ante ninguna autoridad a solicitar protección.

El órgano judicial, entendió que la acción de tutela era el medio idóneo para hacer valer los derechos y que la resolución administrativa era manifiestamente infundada y abusiva.⁸² Agregó que la petición de amparo era pertinente y concedió la tutela del derecho al debido proceso del solicitante, ordenando que se reiniciara el trámite de la solicitud de asilo, observando rigurosamente el procedimiento previsto en las normas internacionales aplicables al caso, en particular la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

⁷⁹ Conforme la expresión literal: "Considerando CUARTO: Que no puede dejar de tenerse presente que el contrato de trabajo que en copia se acompaña a fojas 3, como asesora de hogar, es contradictorio con lo constatado por la Policía de Investigaciones el día 20 de mayo de 2006, en que junto a otras mujeres extranjeras fue sorprendida trabajando en un local nocturno de la ciudad de Calbuco, manteniendo carné de control de salud sexual, lo que hace presumir que no ejerce la actividad laboral informada en su solicitud".

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia T- 11001/09. Protección de los derechos fundamentales. Disponible en: www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7278.

⁸¹ *Ibidem*. Apartados 2.2 y 2.4. Según lo argumentado por el representante, la notificación de la Directora de Asuntos Políticos de Medellín (D.A.S.), le había sido transmitida en idioma español y se fundamentaba en que el peticionario no había acudido a la citación previa, desoyendo con ello un requisito formal del procedimiento.

⁸² *Ibidem*. Consideraciones, apartado 2, párr. 2, y apartado 3, párrafo 6.

Un caso resuelto en el año 2004 en Ecuador, se refiere a la presentación de una acción de *habeas data* interpuesta a favor de un solicitante de asilo, en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores⁸³. En sus argumentos, la persona mencionó que la autoridad ministerial le había negado la entrega de una copia certificada de la resolución por la cual le fue negada la condición de refugiado. En los fundamentos del Ministerio se aludió a que no era necesario emitir una copia certificada de la resolución, ya que contenía las razones por las que no se le concedió la calidad de refugiado. Se señaló también que la resolución adoptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores no es susceptible de recurso alguno.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano concedió el *habeas data* solicitado, en tanto consideró que ésa era la petición concreta presentada y que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al negar la entrega de la copia solicitada, lesionaba disposiciones constitucionales que garantizan el acceso a la información.⁸⁴ Con excepción del anterior, otros casos relevados en Ecuador resultan de acciones de amparo interpuestas por personas solicitantes de asilo, en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores –organismo encargado de coordinar el actuar de la Comisión para determinar la condición de refugiado–, por la falta de motivación en las resoluciones que deniegan las solicitudes presentadas. Las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional resuelven la obligatoriedad de garantizar el derecho al debido proceso, y exigen asegurar la protección a la integridad personal de los solicitantes que, por diversos motivos, se ven en la necesidad de huir de su país de origen, solicitando en uno de ellos se les conceda la condición de refugiados.

En el caso de “J. C. P. contra el Ministerio de Relaciones Exteriores”, el Tribunal Constitucional consideró que “[l]a motivación del acto debió dar respuestas concretas a la negativa de conceder el estatuto de refugiado al peticionario; y si hubiera sido así, el país habría actuado soberanamente de acuerdo con la normativa nacional e internacional sobre la materia. Por el contrario, la falta de motivación del acto [...] construye una cadena de actos que puede terminar con la injusta expulsión del solicitante, injusta en cuanto no aparece que su petición haya sido debidamente analizada, lo cual puede amenazar su vida; y, por lo tanto, la correspondencia entre el acto ilegítimo y

⁸³ Resoluciones del TC, Resolución No. 0007-2004-HD Quito, 30 de abril de 2004, párr. 4.

⁸⁴ *Ibídem* Considerandos Tercero y Quinto.

la inminencia del daño grave aparece relacionada claramente en la amenaza latente de vulneración del derecho a la vida.”⁸⁵ En consecuencia, el tribunal concedió la acción de amparo, disponiendo que se deje sin efecto la Resolución denegatoria del estatuto de refugiado, por carecer de motivación.

El caso del solicitante L.F.G.M. contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, se basa en similares argumentos de hecho y de derecho que el caso anterior⁸⁶. No obstante, el amparo presentado, va más allá, puesto que el afectado solicitó a la Corte que se deje sin efecto la resolución que denegaba su solicitud del estatuto de refugiado y otorgaba un plazo de 30 días para la presentación de la misma en otro país –plazo que el Ministerio entendió suficiente para sostener que no se violaba el principio de *non refoulement*–, considerando que la medida era arbitraria por la falta de fundamento.

Pese a que el Tribunal Constitucional entendió que la resolución violaba derechos fundamentales por carecer de motivación, consideró que el otorgamiento del plazo de 30 días para lograr que su solicitud fuera recibida en un tercer país era un período de tiempo razonable a los fines de garantizar el principio de no devolución⁸⁷. Por ello, el Tribunal sólo decidió que la resolución que dio lugar a la acción de amparo era ilegítima por carecer de motivación, vulnerando el derecho de debido proceso reconocido por la Constitución Nacional. En idéntico sentido fueron resueltos los casos de J.E.S.G., del año 2006, y D.A.M.P., de 2007.

En el año 2001, en Paraguay, en el marco de un *Habeas Corpus* presentado a favor de dos personas de nacionalidad cubana, se cuestionó la detención motivada en que habían ingresado al Paraguay con documentación falsa, resolviéndose, tras un proceso abreviado en sede penal, la imposición de una pena de multa y expulsión del territorio⁸⁸. El recurso presentado se fundó en que, de realizarse la deportación a Cuba la vida de los condenados correría peligro, y puso de manifiesto que ambos tendrían familiares cercanos que habrían sido reconocidos como refugiados en Estados Unidos de América.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que “si bien el

⁸⁵ Acción de amparo, sentencia N° 0106-2005-RA del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2006, J.C.P vs Ministro de Relaciones Exteriores. Disponible en: www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5565, considerando décimo segundo, párr. 2.

⁸⁶ Ecuador, caso No. 0236-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional.

⁸⁷ *Ibidem*, considerandos séptimo y noveno.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia de Paraguay, Santos Morales, M. y Acosta González J. s/ Hábeas Corpus Genérico, 7 de marzo 2001.

delito por el que se los condenó, no constituía una afrenta a la soberanía del Estado Paraguayo, la configuración del acto antijurídico no pierde por ello su gravedad intrínseca.” Finalmente la Corte resolvió que, como no existieron vicios de fondo y forma en la resolución analizada, no existía por tanto motivo para hacer lugar a la garantía en la forma solicitada. El Tribunal no consideró las normas internacionales ratificadas en el Paraguay, relativas a los derechos de las personas solicitantes de asilo, por las cuales, por un lado, debe respetarse el principio de no devolución y, por otro, no corresponde sancionar posibles infracciones relativas al ingreso y la circulación.

También en Paraguay se presentaron tres *habeas corpus* por parte de un ciudadano libanés⁸⁹, que también tenía la nacionalidad brasilera, cuya radicación habría sido cancelada por la autoridad migratoria paraguaya, disponiendo la prisión preventiva para luego proceder a la expulsión. Todas las acciones fueron rechazadas⁹⁰.

Por medio de un *Habeas Corpus* reparador, el abogado defensor sostuvo que era ilegal pretender o insinuar dar trámite de extradición, debido a que no se daban las características específicas para un juicio de tal naturaleza. Además, fundamentó que no existía pedido formal de extradición, ni tratado de extradición entre Paraguay el Líbano, ni orden de captura internacional o nacional pendiente de ser cumplida, por lo que no había motivos para justificar una medida cautelar privativa de libertad, más aún cuando la persona había manifestado su voluntad de salir del país. Finalmente, solicitó que se acepte su requerimiento para que abandone el territorio nacional, hacia el República Federativa del Brasil, dada su nacionalidad brasilera.

Al analizar la petición, la Corte aceptó los argumentos del defensor y no hizo lugar a la extradición. No obstante, con relación a la prisión preventiva, decidida por el juez de la instancia penal, el Tribunal decidió no hacer lugar al *habeas corpus* reparador, continuando la detención de la persona hasta que se hiciera efectiva su expulsión –al Brasil–.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia de Paraguay, *Habeas Corpus Reparador* presentado por el Abog. Alfredo Duarte Motiel a favor de Assaad Khalil Kiwan, 20 de agosto, de 2008; *Habeas Corpus Reparador* presentado el 3 de marzo de 2008; y *Habeas Corpus Reparador* presentado el 22 de enero de 2009. Disponibles en: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>.

⁹⁰ En los hechos, se mencionaba un oficio remitido por el Jefe del Departamento de INTERPOL Asunción, en donde comunicaba que la persona debía ser extraditada al Líbano, para ser juzgada por el delito de tráfico de estupefacientes. Tras recorrer distintas instancias procesales, el Juzgado Penal de Garantías resolvió ordenar la cancelación de la radicación permanente en el Paraguay y dispuso su expulsión. La decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelación Penal de FERIA.

Una acción de amparo constitucional, presentada ante la Sala Constitucional Venezolana⁹¹, cuestionó la decisión de expulsión de una mujer migrante, decidida por un tribunal penal⁹², durante la celebración de una audiencia en la que se analizó la presunta comisión del delito de uso de pasaporte falso. En el caso, la mujer alegó que no había tenido oportunidad de probar su inocencia por irregularidades que afectaban el debido proceso, por lo que solicitó la nulidad de la audiencia oral y pidió que se ordenara la libertad de la mujer. La Sala Constitucional hizo hincapié en que la orden de expulsión fue decidida por una orden judicial, dentro de un proceso penal, y que en este contexto el remedio correspondiente era la apelación de la decisión y no el recurso de amparo constitucional por lo que rechazó la solicitud y confirmó la decisión.

En Barbados, sólo fue posible hallar un caso, en el marco del control migratorio, relativo a la revisión judicial de un acto administrativo, dictado por el titular de la Oficina de Migraciones, en el cual se decidía la revocación del permiso de residencia otorgado a una persona nacional de CARICOM, sin que se le hubieran dado a conocer los fundamentos de la decisión, y sin hacer lugar a su derecho de cuestionarla⁹³. El Tribunal explicó que la Ley de Justicia Administrativa establece que el derecho de la justicia natural –que incluye la noción de debido proceso–, se aplica a cualquier persona u órgano con autoridad para denegar, modificar o revocar cualquier licencia, permiso, calificación o autoridad, o imponer cualquier multa bajo cualquier ley. Por lo que, en el caso de una cancelación de un permiso de residencia, la decisión del titular de la Oficina de Migraciones sería nula de nulidad absoluta ya que la decisión sobre la cancelación del permiso de residencia habría sido tomada con base en las previsiones de la Ley solamente y no tuvo en cuenta que requería utilizar los principios de la justicia natural (debido proceso)⁹⁴. Por último, el Tribunal mencionó que el hecho de que la decisión fuera revisada por un Comité Migratorio de Revisión, no implica que el procedimiento haya tenido dos etapas. Los fundamentos de su decisión explicaron que la resolución del Comité era nula porque el mismo no era competente para el caso.

⁹¹ Expediente 02-0873.

⁹² Tribunal Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta.

⁹³ Tribunal Superior de Barbados, Sparman, A. s/ Revisión Judicial. 2004.

⁹⁴ La traducción nos pertenece, no es oficial.

En República Dominicana, se identificó una Acción de Declaratoria de Inconstitucionalidad⁹⁵, decidida en 2008, presentada por el ciudadano canadiense Ivan Cech contra el acto de deportación realizado por el Poder Ejecutivo. Se alegó que no se habían respetado garantías de debido proceso para decidir la solicitud de extradición, vinculada a la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes. La Corte mencionó que en el caso las autoridades competentes hicieron uso de las facultades legales atribuidas por la Ley General de Migración, con relación a los extranjeros implicados en la comisión de delitos, y citó los artículos 138 y 139 de la misma, según los cuales “[...] La expulsión puede ser pronunciada obviando todo recurso en caso de urgencia absoluta cuando esté en juego la seguridad del Estado o la seguridad pública.”⁹⁶ Finalmente la Corte encuadró el caso en un supuesto de “urgencia absoluta” por el cual rechazó la solicitud del señor Cech, y sostuvo que no se habían violado las normas nacionales e internacionales sobre debido proceso.

Como anticipamos en la sección anterior, los casos de la jurisprudencia mexicana provienen del trabajo realizado por la organización Sin Fronteras. En lo que respecta a este apartado, se analiza una decisión del año 2002 relativa a un ciudadano colombiano, respecto de quien se había decidido la expulsión –ejecutada con anterioridad a la presentación de la demanda– y prohibición de reingreso por 10 años, por no poseer documento legal vigente. Al ser rechazado el recurso de revisión previsto en la Ley de Población, Sin Fronteras interpuso una demanda de amparo ante el Juzgado de Distrito de Amparo en materia penal en el Distrito Federal. A su vez, se planteó un incidente de suspensión provisional de la deportación el cual fue rechazado al considerarse que la persona ya no se encontraba en el territorio y el acto se había consumado “irreparablemente”. Frente a ello, se interpuso un recurso de Revisión ante el Segundo Tribunal Colegiado de circuito en materia penal que reiteró la negativa a la suspensión del acto sosteniendo que sólo los actos reclamados que no se han consumado son susceptibles de suspensión y siendo que en el caso en cuestión los actos se habían consumados con la salida de la persona del país, no era procedente la suspensión.

Otro caso resuelto en México, en 2004, refería a un nacional nicaragüense

⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana. “Acción en Declaratoria de Inconstitucionalidad”. SENTENCIA DEL 16 DE JULIO DE 2008, NÚM. 4

⁹⁶ El subrayado nos pertenece.

que se encontraba privada de la libertad en la Estación Migratoria de Iztapalapa, desde donde sería deportado a su país de origen. La persona llevaba viviendo en México 10 años, originalmente como refugiado y después como migrante irregular. Por ello, interpuso demanda de amparo ante un juez en materia penal, en contra de la eminente expulsión, y solicitó la suspensión de la medida.

El juez de primera instancia negó la suspensión, por considerar que la medida adoptada era una de las facultades del órgano administrativo, y como consecuencia se interpuso un recurso de revisión ante el Tercer Tribunal Colegiado en materia penal. El Tribunal consideró que era procedente confirmar la decisión del Juzgado Quinto, y agregó que “una persona no necesariamente está alojada para ser expulsada, sino para que se resuelva su situación migratoria por lo que puede o no determinarse su expulsión del país”. De todas maneras, en este caso se suspendieron las acciones legales ante oficio de salida de la Estación Migratoria para regularización.

En un amparo cuya sentencia se dictó en el año 2007, se analiza la situación de una persona –de nacionalidad canadiense– que se encontraba de visita en México y su permiso se venció. Fue privada de su libertad en la Estación Migratoria de Iztapalapa, desde donde sería expulsada. La acción, dirigida a detener el acto de deportación y/o expulsión, fue resuelta por un juez en materia penal, quien determinó ser incompetente por razón de la materia, en tanto el asunto se trata de actos [de expulsión] administrativos, ejecutados y emitidos por autoridades administrativas. Por lo que se remitió el juicio a un Juez de Distrito en materia administrativa en la Ciudad de México.

En lo que refiere al acto reclamado como orden de deportación y su ejecución, se resolvió que como las autoridades responsables negaron la existencia del acto de deportación, sin que existiera prueba en contrario del solicitante respecto de dicho acto. El juicio se interrumpió ante la salida de la Estación Migratoria del hombre, bajo oficio de salida del país.

Por último, en relación con las Tesis Jurisprudenciales del sistema judicial mexicano, analizamos una Tesis Aislada relativa a las deportaciones.⁹⁷ Según el documento, sería erróneo desechar una demanda de amparo indirecto cuando el acto reclamado consiste en la deportación de la persona, por considerar

⁹⁷ Registro No. 203992 - Localización: Novena Época - Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito - Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta II, Octubre de 1995 - Página: 518 - Tesis:I.2o.P.1 K - Tesis Aislada - Materia(s): Común.

que ese acto se ha consumado irreparablemente. “[]no es suficiente que el acto reclamado se consume para que surja la improcedencia, sino que se requiere que tal consumación sea irreparable; pues el acto consumado de modo irreparable es aquel en que es físicamente imposible volver las cosas al estado que tenían antes de la violación; lo cual no sucede si se otorga el amparo solicitado contra la deportación, pues el quejoso estaría en la posibilidad jurídica de volver al territorio nacional, con lo cual se le restituiría en su garantía individual violada. Máxime que no se reclama una orden de deportación, sino la deportación misma, entendida ésta como un ataque a la garantía de la libertad personal, que aún no está consumado definitivamente, por sufrirla, quien la padece, de momento a momento; es decir, es un acto de realización instantánea pero de efectos que se prolongan en el tiempo, o sea, de tracto sucesivo y, por ende, contra ella procede el juicio de amparo indirecto”.

3.3

Procedimientos migratorios y el derecho a la vida familiar

Las decisiones tomadas por los órganos administrativos o judiciales en los distintos países, con relación a personas migrantes, tienen generalmente una fuerte incidencia en el derecho a la vida familiar. Este derecho además debe ser analizado de manera más cuidadosa aún cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, en tanto resulta indispensable para el desarrollo de la infancia y para la efectiva realización de otros derechos humanos. Los casos analizados, en su mayoría, están vinculados con medidas de expulsión, o con procedimientos de ingreso y residencia.

En el caso *Cribillero*⁹⁸, en Argentina, una jueza ordenó a la autoridad migratoria la adopción de todas las medidas necesarias para que Juan Carlos Cribillero, un migrante de nacionalidad peruana, que había sido expulsado sin considerar la existencia de una familia en Argentina, regresara de Perú de manera inmediata. En el citado caso *Zhang Hang*⁹⁹, la Corte Suprema argentina entendió que la Dirección Nacional de Migraciones, no puede hacer uso

⁹⁸ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, Secretaría 15.

⁹⁹ CSJN Fallo 330:4454.

de la facultad de admitir o rechazar el ingreso y la permanencia de extranjeros en el país, dejando de lado los fines y objetivos de la ley, entre los que se encuentra, el derecho a la unidad y reunificación familiar.

En Brasil, el marco legal prevé distintos supuestos que limitan las facultades de expulsión según exista matrimonio formal, hijos, naturales o adoptivos. A su vez, un elemento que puede incidir en la decisión administrativa es la cuestión temporal, en tanto se trate de matrimonios con una antigüedad inferior a 5 años, o según se refiera a niños/as nacidos o adoptados con anterioridad o posterioridad a la comisión de delito, o juzgamiento o a la orden de expulsión.

Respecto de las decisiones de expulsión seguidas contra migrantes casados con un brasileño/a, con un matrimonio con una vigencia menor a 5 años anteriores a la orden de expulsión, el Tribunal de Justicia del Brasil ha entendido que la expulsión es improcedente en tanto el o la cónyuge dependa económicamente del/la no nacional¹⁰⁰, considerando que “[e]stá prohibida la expulsión del extranjero casado con una brasileña, o que tenga un hijo brasileño, dependiente de la economía paterna.”¹⁰¹ A su vez, el TJ y el STF debieron resolver varios *habeas corpus* promovidos a raíz de expulsiones decretadas contra personas migrantes, por tener antecedentes penales.

En el marco de una acción de *habeas corpus*, promovida por el Consulado General de Portugal en San Pablo, a favor de un ciudadano portugués¹⁰², el Supremo Tribunal Federal (STF) entendió que la convivencia con una persona de nacionalidad brasileña por más de 5 años constituye también una unión estable, pero, que para que se limite la expulsión en los términos de la legislación interna, no debe existir algún impedimento para que la unión se transforme en casamiento. En el caso analizado, la persona se encontraba separada de su anterior pareja, sin que existiera una sentencia de divorcio que habilite un nuevo matrimonio. Además, el STF consideró que el hecho de que el migrante tenga 3 hijos de nacionalidad brasileña no constituía un impedimento de expulsión ya que no se probó que se encuentren bajo su

¹⁰⁰ Hábeas Corpus Nº 217.409 - RR (2011/0207331-0).

¹⁰¹ "É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna." (traducción libre por CAREF-CELS-CDH UNLa).

¹⁰² Hábeas Corpus Nº 100.793, del 2/12/2010. Disponible en www.stf.jus.br.

guarda o que dependen económicamente de él, por lo que fue rechazado el recurso de *Hábeas Corpus*.¹⁰³

Se trata de personas con hijos que, o bien no estaban bajo la guarda y no se había probado la dependencia económica, o bien eran niños/as nacidos con posterioridad a la condena penal o al acto de expulsión, pero que sí estaban bajo la guarda del migrante o se había probado la dependencia económica entre el niño/a y el padre o madre. El TJ en decisiones precedentes entendió que la expulsión de un/a migrante, cuyo hijo o hija depende económicamente de él/ella, resulta improcedente, a pesar que el niño o niña haya nacido con posterioridad al decreto de expulsión o la aplicación de la condena penal.¹⁰⁴

Por último, el TJ, sin valorar elementos emocionales o afectivos propios de la unión familiar, expresó que la prohibición de expulsar a un migrante con hijos/as de nacionalidad brasileña, dificulta extremadamente el cumplimiento de la obligación de brindar alimentos en favor del niño¹⁰⁵. En efecto, la decisión protege derechos de la niñez, pero no pone en consideración la situación individual de las personas migrantes, ni los derechos que le asisten, situación que evidencia el carácter sancionatorio de la expulsión, en detrimento del derecho a la igualdad y no discriminación con relación a nacionales.

¹⁰³ Idem *Hábeas Corpus* Nº 100.793. El Ministro Marco Aurélio en su calidad de Relator expresó "O habeas corpus, para ser concedida a ordem, pressupõe a demonstração de ilegalidad a alcançar o directo de ir e vir do cidadão, isso não ocorre na especie. Consoante as alíneas "a" e "b" do inciso II do artigo 75 da lei Nº 6815/80, se, de um todo, a exigência de cônjuge e filho brasileiros obstaculiza a expulsão, de outro, mostra-se indispensável que o interessado em permanecer no Brasil não se encontre divorciado ou seprado de fato ou directo, contando o casamento com mais de cinco anos, e o filho viva sob a respectiva guarda e dele dependa economicamente. No caso, o paciente estava separado de fato da mulher, na se podendo, em face do argumento de que morava com outra brasileira, cogitar de união estável, não fizesse a lei 6815/80 alusão ao casamento. Em síntese, não há como potencializar a alegação de união estável ante o impedimento, a teor do desposto no artigo 1521, incito VI do Código Civil, de a relação transforma-se em casamento. Quanto à existência de filhos brasileiros, observem que o termo de declarações de folha 77 revela que estes não viviam sob a guarda do paciente nem sob a respectiva dependência."

¹⁰⁴ Entre otros, *Habeas Corpus* Nº 212.454 - DF (2011/0157266-0); *Habeas Corpus* 182834 / DF - 2010/0154483-7. Ver también notas publicadas por la Sala de Noticias de la Página Web del Supremo Tribunal de Justicia, disponibles en <http://www.stj.gov.br>: —Africano que é pai de uma menina brasileira não será expulso do país; —Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ; —É proibida a expulsão de estrangeiro com filhos brasileiros, mesmo que nascidos após condenação; —STJ impede a expulsão de estrangeiro condenado pai de criança brasileira.

¹⁰⁵ *Habeas Corpus* Nº 22.446 - RJ (2002/0058601-0). Disponible en www.stj.jus.br. El TJ hizo lugar por mayoría a una acción de *habeas corpus* presentada a favor de un migrante nativo de Angola, quien había tenido un hijo brasileño fruto de una unión estable con una mujer brasileña, pero respecto de quien no se había probado que esté bajo su guarda o dependencia económica.

En un caso referido a reunificación familiar, decidido por la Corte Constitucional de Colombia, la señora Raquel Estupiñán Enríquez, actuando en nombre propio y en el de sus dos hijos menores de edad, presentó una acción de tutela a fin de que se revoque la resolución dictada por el Departamento Administrativo de Seguridad mediante la cual se ordenó la deportación de su esposo y padre de sus hijos, Robert Müller de nacionalidad alemana, por considerar que esta decisión vulnera derechos fundamentales que consagra los artículos 42 y 44 de la Carta Orgánica colombiana.¹⁰⁶ La Sala de la Corte Constitucional revisó la sentencia por la cual la Cámara de Apelaciones había ratificado el acto de expulsión del órgano administrativo, y consideró que “[] la protección de la infancia es un deber prioritario e ineludible del Estado que debe servir para garantizar la prevalencia de los derechos de los niños [...] y que deben garantizarse a todos los niños sin distinción alguna y sin consideraciones discriminatorias”.¹⁰⁷

Al reconocer el derecho a que los niños tengan una familia y a no ser separados de ella, la Corte estimó que “bajo los postulados de la nueva Constitución, resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, garantizados por el artículo 44 de la Carta, la deportación del territorio nacional a una persona extranjera que sea padre o madre de menores residenciados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia [...] y que la deportación y la prohibición de ingreso al territorio nacional puede comportar la ruptura de aquellos vínculos entre padres e hijos.”¹⁰⁸

En efecto, la Corte Constitucional de Colombia resaltó que “los derechos de los niños menores prevalecen ante los de los demás, e inclusive, condicionan las competencias administrativas de las autoridades de extranjería y de migraciones, lo mismo que a las autoridades de extranjería del DAS y de visas del Ministerio de Relaciones Exteriores, las que no pueden seguir actuando en estos casos de manera absolutamente discrecional.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia, "Raquel Estupiñán Enríquez, en nombre propio y en representación sus dos hijos menores de edad, presenta acción de tutela c/ Resolución 230 del Departamento Administrativo de Seguridad", Sentencia T-215/96 del 15 de mayo de 1996. Si bien el mismo excede a la delimitación temporal prevista, entendimos pertinente su mención.

¹⁰⁷ *Ibidem* párr. II, tercera consideración, inciso a) y b).

¹⁰⁸ *Ibidem*. párr. II, cuarta consideración, inciso f).

¹⁰⁹ *Ibidem*. párr. II, cuarta consideración, inciso m).

En Costa Rica, fue resuelto un caso relacionado con una solicitud de permiso de entrada de personas, motivada en el principio de reunificación familiar.¹¹⁰ Un hombre que poseía residencia permanente, por ser hijo de un nacional costarricense, solicitó en varias oportunidades una visa de turismo para su hija menor de edad, a fin de lograr una visita, la que le fue concedida años después, por el plazo de treinta días. Cumplido ese plazo, la niña no abandonó el país y permaneció en forma irregular bajo la tutela de su padre. Más tarde, presentó una solicitud para obtener una visa a favor de su esposa, siendo la misma denegada por la Dirección General de Migraciones y Extranjería, por ser nacional de uno de los países respecto de los cuales existe una política restringida de emisión de visas, por parte de Costa Rica. Pese a solicitar recurso de reconsideración, el ingreso de su esposa y madre de su hija le fue denegado en al menos cinco oportunidades.

El Tribunal Constitucional de Costa Rica afirmó que la Constitución consagra una protección especial del Estado a la familia, proclamándola elemento natural y fundamento de la sociedad.¹¹¹ Y señaló que “el núcleo familiar es básico y primordial para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que lo conforman o integran y, por consiguiente, de todo el conglomerado social. Bajo esa inteligencia, ninguna política pública, instrumento legal o reglamentario o, en general, actuación administrativa activa u omisiva puede propender a la desintegración o desmembración de la familia como base esencial de la sociedad, puesto que, de lo contrario se transgrediría [...]. Resulta lógico que tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentran en nuestro territorio, tienen el derecho a gozar de la protección especial, por parte del Estado Costarricense, [...]”.¹¹²

Además, mencionó que “en el núcleo familiar, la madre ocupa un papel muy importante en el desarrollo del menor, por ello, el interés superior del menor de edad, enerva toda posibilidad de privarlo de contar con el cuidado, apoyo y presencia de la figura materna”.¹¹³ La Corte ordenó a las autoridades migratorias que autoricen, el ingreso al país de la madre de la niña, así como

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Zhong Guaquan, a favor de Ai Li Zhong y Du Yu Yun contra el Director General de Migración y Extranjería s/amparo, 26 de noviembre de 2002.

¹¹¹ *Ibidem*. Conforme resultando III.

¹¹² *Ibidem*. Considerando III.

¹¹³ *Ibidem*. Considerando VI.

que se conceda a la niña, la posibilidad de poner a derecho su situación migratoria.¹¹⁴ En una decisión posterior, la Corte usó el principio del interés superior del niño, para exigir que su consideración y valoración de circunstancias debe ser analizada en cualquier disposición de la Dirección Nacional de Migraciones en la que este involucrado un niño, niña o adolescente.¹¹⁵

En el 2007, la autoridad migratoria de Costa Rica denegó la solicitud de renovación de cédula de residencia a una mujer, residente permanente en Costa Rica desde 1995, y madre de dos menores de edad, por haber sido condenada del delito de usurpación. En atención al artículo 19 de la Constitución Política, el Tribunal reconoce que, “[...] es constitucionalmente válido establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, cuando estén fundadas, tanto en las normas de rango constitucional, como en las de rango legal, siempre cuando, éstas últimas resulten lógicas, razonables y sean acordes con el principio de proporcionalidad, y no resulten contrarias a la dignidad humana...”.¹¹⁶ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió que la actuación de la autoridad administrativa lesionaba el Derecho de la Constitución y que la interpretación que realizó la autoridad administrativa fue abusiva y arbitraria, y decidió anular la resolución de la Dirección General de Migración y Extranjería, y ordenó la valoración de los derechos fundamentales correspondientes.¹¹⁷

Un proceso de conocimiento presentado ante la Sala Primera de la Corte Costarricense en 2010, analizó la solicitud de un nacional de Costa Rica para que se anule la decisión adoptada por la Dirección General de Migración y Extranjería, en la que se denegó el otorgamiento de una visa restringida a su esposa, nacional de la República Popular China, por no haber presentado la documentación correspondiente para acreditar la solvencia económica del requerida¹¹⁸. La Corte consideró que era legítimo que el órgano competente en materia de migraciones, solicite el cumplimiento de requisitos formales

¹¹⁴ En el resolutorio no se vuelve a mencionar la concesión a la niña de la posibilidad de poner a derecho su situación migratoria, tal como figura en el considerando VI.

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Recurso de amparo, interpuesto por Edwin Zumbado Duarte, a favor de Noemí Cruz Izaguirre, contra Director General de Migración y Extranjería, 5 diciembre 2008.

¹¹⁶ *Ibidem*. Considerando IV.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Proceso preferente establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por Alexander Fung León Lao c/ el Estado, 22 de enero de 2010

que se encuentren previstos en la legislación, aunque entendió que toda decisión al respecto, debía ser contemplativa de los derechos fundamentales de las personas.¹¹⁹ Si bien el Tribunal declaró sin lugar ambos recursos, fijó un plazo de 15 días para que el órgano administrativo proceda a resolver la solicitud de visa presentada, indicando que debía tenerse por cumplido el requisito de acreditación de solvencia económica.¹²⁰

La Suprema Corte de Justicia Dominicana, resolvió un recurso de casación presentado por el Sr. Emildo Bueno Oguis, contra la sentencia denegatoria de un amparo interpuesto en 2008, en razón de que la Oficialía del Estado Civil de su municipio había negado entregarle copia de su acta de nacimiento dominicana¹²¹. La decisión alegó el cumplimiento de instrucciones emitidas por la Cámara Administrativa de la Junta Central Electoral, a través de la Disposición Circular Nro. 17, por la cual dispuso que “[] las actas correspondientes a personas cuyos padres son nacionales de la República de Haití no podían ser ejecutadas []”. Según se argumentó en la demanda, la sentencia recurrida violó derechos fundamentales, tales como el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, entre otros.

La fundamentación presentada por el Estado se respaldó en el artículo 11 de la Constitución Nacional que, desde la reforma del año 2010, establece una excepción para el reconocimiento de la nacionalidad derivada del *jus solis*, a los hijos de extranjeros en tránsito. Al respecto, la Suprema Corte sostuvo que si “[] una extranjera alumbró en el territorio nacional, su hijo(a), por mandato de la misma Constitución, no nace dominicano, [] con más razón no puede serlo el hijo(a) de la madre extranjera que al momento de dar a luz se encuentra en una situación irregular []”. En efecto, tras negar que la disposición analizada fuera violatoria de derechos fundamentales, entendiendo que no era injusta ni discriminatoria, la Suprema Corte dominicana, haciendo aplicación retroactiva de la disposición constitucional a un ciudadano dominicano nacido décadas atrás, rechazó el recurso presentado¹²².

Finalmente, y en íntima relación con el caso antes mencionado, resulta

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem. Considerando XIV.

¹²¹ SCJ. República Dominicana- Sentencia No. 460. 02 de noviembre de 2011.

¹²² En la actualidad, el caso del Sr. Emildo Bueno Oguis se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

importante analizar una decisión de la justicia de República Dominicana relativa a una acción de inconstitucionalidad de la ley migratoria. Aunque los temas en debate no tratan solamente sobre cuestiones relativas al derecho a la vida familiar y la nacionalidad de niños/as nacidos en el país de destino, consideramos que es relevante examinar la decisión de manera conjunta en esta sección del informe.

Se trata de una acción de inconstitucionalidad contra de la Ley de Migraciones 285-04, interpuesta conjuntamente por múltiples Organizaciones Civiles, que solicitaron que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 28, 36, 49, 56, 58, 62, 100, 101, 103, 138, y 139 de la Ley General de Migraciones número 285-04, del 27 de agosto de 2004, referidos a la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio dominicano. Se sostuvo que dichos artículos lesionan, o restringe el acceso a derechos fundamentales de personas haitianas o dominico haitianas.¹²³

El artículo 28 de la Ley General de Migración 285-04 crea una excepción al principio constitucional *ius solis*, disponiendo que las personas extranjeras “No Residentes”, que durante su estancia en el país den a luz a un niño(a), deben conducirse al consulado de su nacionalidad a los fines de registrar allí a su hijo(a). En la acción de inconstitucionalidad se alegó que este artículo violaba el derecho a una nacionalidad y el principio de igualdad jurídica y no discriminación.

La Suprema Corte de Justicia entendió que la disposición referida no quebrantaba le principio constitucional de igualdad, puesto que “[...] la prohibición constitucional que condena todo privilegio y situación que tienda a menoscabar la igualdad de todos los dominicanos que son, en definitiva, quienes podrían invocar las diferencias [].”

Por su parte, el artículo 36 de la misma Ley, establece cuáles extranjeros son considerados como No Residentes, otorgándole a los mismos la calidad de personas en tránsito, para los fines de la aplicación del artículo 11 -derecho

¹²³ El Servicio Jesuita a Refugiados y Migrantes (SJRM), el Centro Cultural Dominico-Haitiano (CCDH); El Movimiento Socio Cultural de Trabajadores Haitianos (MOSCTHA); la Asociación Pro Desarrollo de la Mujer y Medio Ambiente (APRODEMA); El Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas (MUDHA); el Centro Dominico de Asesoría e Investigaciones Legales (CEDAIL); la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH); Amnistía Internacional Grupo Santo Domingo; el Comité Dominicano de Derechos Humanos (CDDH); la Pastoral Cristiana de los Derechos Humanos; el Centro de Estudios Sociales Padre Juan Montalvo SJ (CES Montalvo); la Colectiva Mujer y Salud; el Instituto de Derechos Humanos Santo Domingo (IDHSD); el Comité de Seguimiento del Foro Ciudadano; y la Caribbean Association for Feminist Research and Action (CAFRA).

a la nacionalidad en virtud del lugar de nacimiento-, de la Constitución de la República. Al respecto, la Suprema Corte sostuvo que la Constitución no otorga la nacionalidad dominicana indiscriminadamente a todos los que hayan nacido en el territorio, ya que al consagrar el *jus solis*, prevé dos excepciones al mismo, en el supuesto de hijos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática y a los hijos de los que están en tránsito. De tal modo, el tribunal construyó una ficción jurídica, determinando que todas aquellas personas que no se encuentran regularizadas en el país, se encuentran en tránsito en el mismo, independientemente del período de tiempo que lleven viviendo en él.

Para el caso de los artículos 49, 56, 58, 62, 100, 101 y 103 de la misma Ley General de Migraciones, respecto de los que también se planteó la inconstitucionalidad, en tanto buscan colocar a las personas no regularizadas en la categoría de trabajadores temporáneos, la Corte señaló que los mismos, “no son contrarios a la Constitución por las mismas razones sustentadas en el precedente examen de los artículo 28 y 36 de la ley cuestionada”.

Por último, con relación al artículo 139, que prevé la posibilidad de expulsión sumaria de una persona, sin contemplar reglas de debido proceso, en casos de “urgencia absoluta, cuando esté en juego la seguridad de Estado o la seguridad pública []”, la Corte tampoco admitió la inconstitucionalidad del mismo. Afirmó que “[...] tal disposición deriva de la facultad que el artículo 55, numeral 16 de la Constitución, atribuye al Presidente de la República para hacer arrestar o expulsar a los extranjeros cuyas actividades, a su juicio, fueren o pudieren ser perjudiciales al orden público o a las buenas costumbres, lo que constituye, sin duda, un acto de soberanía e inalienable de un órgano supremo del Estado”.

4

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE PERSONAS MIGRANTES

De la investigación realizada en la materia, advertimos que la jurisprudencia existente en materia de derechos económicos, sociales y culturales de personas migrantes, es notoriamente insuficiente, llegando a ser inexistente en la mayor parte de los países consultados. Tal situación generalizada, permite visibilizar una exigencia a futuro en materia de estrategias de litigio, que implicará sin dudas, la elaboración de criterios específicos adecuados a los estándares generales en materia de derechos de personas migrantes.

4.1

Derecho a la Seguridad Social

El caso R. A., D.¹²⁴ contra el Estado argentino, se refiere a una acción de amparo presentada en representación de una niña nacida en Bolivia, que padecía una discapacidad congénita, por el rechazo del otorgamiento de una pensión asistencial no contributiva, en razón de considerar que no cumplía con el requisito de 20 años de residencia continuada, exigido por la legislación para el caso de personas extranjeras. La demanda sostenía que al negar el otorgamiento de la pensión requerida, el Estado Nacional había violado el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la igualdad ante la ley y no discriminación, a la seguridad social, como así también los derechos del niño. La pretensión fue rechazada en 1ra. y 2da. Instancia (Juzgado y Cámara Federal de Seguridad Social).

Al contrario de estas decisiones, en septiembre de 2007 la Corte Suprema de Justicia estableció la inconstitucionalidad del recaudo de residencia mínima por 20 años. Analizó el hecho de que el régimen de pensiones no contributivas había sido considerado en las instancias inferiores, como un acto de política legislativa no justiciable. Y contrariamente, la Corte entendió que tal beneficio

¹²⁴ CSJN, R. A., D. c/ Estado Nacional, 04/09/2007, Fallo R. 350. XLI. Este caso fue presentada por la Clínica por los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-UBA).

no deriva de atribuciones del Poder Ejecutivo, y 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.

Una situación similar se plantea en Argentina en relación al acceso a las pensiones asistenciales por vejez. Al respecto el caso *Korkhov*¹²⁵, hace referencia a una acción de amparo, presentada en reclamo de la violación del derecho a una pensión no contributiva por ancianidad, al tiempo que solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la normativa que exige la acreditación de 40 años de residencia continuada para el reconocimiento del derecho. La persona pidió a la justicia, que la declaración de inconstitucionalidad tuviera efectos colectivos, hacia todas las personas adultas no nacionales que cuentan con escasos recursos para subsistir y cumplan con los demás requisitos fijados en la legislación. Remitiéndose al antecedente *R. A., D.* de la CSJN, el juez decidió hacer lugar a la acción de amparo, declarando inaplicable la normativa cuestionada, en el supuesto que se encuentren cumplidos los restantes requisitos para acceder a esa prestación. Sin embargo, no admitió la posibilidad de que la decisión tuviera efectos colectivos.

Por último, en el caso *Menece* la Cámara de la seguridad social decidió que la exigencia de acreditar residencia permanente en el país, mediante documento nacional de identidad para acceder a la ayuda económica dispuesta por el Poder Ejecutivo a través del Programa Jefes y Jefas de Hogar¹²⁶, no resulta inconstitucional, entendiendo que “no se trata de disposiciones[...] que marginen a un extranjero del goce de un derecho reconocido por las leyes a los ciudadanos, sino que, más bien, se debate sobre la falta de acreditación de la calidad con la que el extranjero reside en el país a los fines de acceder a un plan social que no se niega a otros extranjeros, [...]”¹²⁷

¹²⁵ “Korkhov Heorhiy c/Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional-Mº Desarrollo- y otro s/amparos y sumarísimos”, Expte. Nº:18558/2009, Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nº 6. La acción fue promovida por la Clínica jurídica de derechos humanos de migrantes CAREF-CELS-UBA.

¹²⁶ Ver <http://www.trabajo.gov.ar/jefesdehogar/>.

¹²⁷ Exp. 60481/2007, “Menece Ureña, Rossemary c/ P.E.N., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/Amparos y sumarísimos”, 28/05/09, Sala II.

4.2

Derechos laborales

En Argentina, el caso De Aguiar del año 1999, resuelto conforme a la ley migratoria entonces vigente, refiere a la situación de un contrato de trabajo celebrado con una persona migrante sin residencia regular en el país.¹²⁸ La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sostuvo que aún teniendo el contrato de trabajo con un extranjero sin residencia legal un objeto prohibido, los derechos laborales que derivan de tal relación no admiten ningún menoscabo, toda vez que el art. 109 de la normativa aplicable establece que “...la aplicación de la presente ley no exime al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero...”. Otras Salas de dicha Cámara ya habían sostenido esa postura, por ejemplo en Mamari Cori¹²⁹ y Lezcano¹³⁰.

Tal criterio fue reproducido con la actual ley de migraciones, por ejemplo, en el caso Vargas¹³¹ del mes de diciembre de 2004. Asimismo, en el caso Soria Arce¹³², la Cámara dijo: “No justifica al demandado la no registración del vínculo el hecho que el demandante no cuente con el documento nacional de identidad para extranjeros durante el lapso que se desarrollara la relación”. La misma Sala, en el caso *Pedrozo*¹³³, decidido en 2007, condenó a una empresa a abonar las indemnizaciones previstas a un empleado de nacionalidad boliviana que se encontraba en situación migratoria irregular. Los jueces expresaron la prohibición legal de contratar con personas que no se encuentren regularizadas, obliga al empleador y sus efectos no pueden afectar al trabajador¹³⁴.

¹²⁸ CNAT, Sala 10ª, 28/04/1999, De Aguiar, Marinete v. Mix Cream S.A.

¹²⁹ CNAT, Sala 2ª, 11/09/1990, Mamari Cori, Germán c/Rivero, Rubén y otro s/Ley 22.250.

¹³⁰ CNAT, Sala 3ª, 9/09/1992, Lezcano, Angélica c/Yafelop S.A. s/Despido.

¹³¹ CNAT, Sala 6ª, 15/12/2004, Vargas, Vico G. v. Panatel S.A.

¹³² CNAT, Sala 2ª, 22/12/2004, Soria Arce, Silvio R. v. Vélez, Ramón A. s/ despido.

¹³³ CNAT, Sala 2ª, 12/07/2007, Pedrozo Cristóbal v. Vur Cash S.R.L. s/ despido.

¹³⁴ Cabe señalar que la jurisprudencia, sin bien ampliamente mayoritaria, no ha sido unánime en este sentido. En el caso Bravo Martínez (Cámara en lo Civil, Comercial, de Familia y del Trabajo de Marcos Juárez, 16/05/2001, Bravo Martínez, Jessica c. Ahumada, Rodolfo y/u otros, LLC 2001, 705), la justicia cordobesa sostuvo una posición contraria a la- por sobre los derechos que emanan de la legislación laboral, aunque cabría destacar que dicho pronunciamiento se produjo con anterioridad a la puesta en vigor de la nueva normativa migratoria.

4.3

Derecho a la Salud

En el año 2001, en Argentina, se presentaron algunas acciones de amparo con el objeto de exigir, al Programa Nacional de VIH/SIDA a entregar a los actores la medicación necesaria, pese a no contar estos con un DNI. En el caso *E.A.G.*¹³⁵, la justicia de primera instancia resolvió hacer lugar a la presentación y sostuvo que el requisito de acreditar el estatus migratorio de la persona “configura una actitud de trato diferencial para un inmigrante” que vulnera derechos reconocidos en la legislación nacional, la Constitución y los tratados de derechos humanos. En consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud de la Nación a garantizar al solicitante, en forma inmediata el diagnóstico y tratamiento adecuado, continuo e integral que su condición de salud requería.

4.4

Derecho a la Educación

En el caso *Díaz Luján*¹³⁶, cuatro jóvenes de nacionalidad peruana, solicitantes de asilo en Argentina, interpusieron una acción de amparo constitucional, ante la negativa de inscripción por parte de la Universidad de Buenos Aires, por no contar con DNI argentino. Luego de ser rechazado en primera instancia, la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de primera instancia, ordenando la inscripción de los solicitantes. Finalmente, y en cuanto a la cuestión de fondo, la pretensión fue rechazada, fundada en la anterior ley de migraciones, sin advertir la sanción de la nueva ley migratoria que prohibía cualquier limitación en el acceso a la educación, inclusive en el nivel universitario.

En el caso *Lezcano*¹³⁷, relativo a la negativa de expedir un título universitario a favor de un ciudadano paraguayo, por no contar con la exigencia de

¹³⁵ Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, 7/05/2002, *E.A.G.* y otros c/Ministerio de Salud de la Nación s/amparo.

¹³⁶ Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6, Secretaría 11, *Díaz Lujan* y otros c/UBA s/Amparo, Expte. 184.202/02.

¹³⁷ *Lezcano Arias Myriam* c/ Escuela Argentina de Negocios s/ daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 8/9/2010.

poseer DNI argentino, la Cámara Civil resolvió que la medida violaba el art. 20 de la Constitución Nacional., en tanto reconoce igualdad de derechos civiles a los extranjeros respecto del resto de los ciudadanos.

4.5

Derecho a la asociación sindical

En Bolivia, la Defensora del Pueblo presentó en 2001 un recurso directo de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo que regula las Migraciones¹³⁸. Allí se demandó la inconstitucionalidad del artículo 20, por cuanto otorgaba a la Dirección Nacional de Inspectoría y Arraigos la facultad de resolver la expulsión de extranjeros que incursionaran en problemas de política interna o en asuntos de dirigencia sindical. Se sostuvo que el artículo viola el derecho constitucional a la libertad de expresión, y habilita a la expulsión del extranjero, en clara desigualdad con las personas nacionales.¹³⁹ También se cuestionó el artículo 48, inciso j), que faculta a expulsar del país al extranjero que en ejercicio de su derecho a libre expresión manifieste opiniones contrarias a los gobiernos de otros países con lo que Bolivia mantiene relaciones, lo que implica una nueva restricción al derecho de libertad de expresión;¹⁴⁰ y el artículo 46, en tanto afecta los arts. 7 inc. b) y 16 de la Constitución Política del Estado al establecer una prohibición de ingreso al territorio nacional basándose en meras presunciones¹⁴¹.

El Tribunal consideró que de acuerdo con el art. 7 de la Constitución Política del Estado, que establece el principio de la reserva legal, conforme al cual cualquier restricción a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sólo puede ser dispuesta mediante Ley.¹⁴² Asimismo, resolvió que las disposiciones impugnadas vulneran el principio de igualdad, la libertad

¹³⁸ 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 Nº 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>.

¹³⁹ Ibidem. Considerando I.2.

¹⁴⁰ Ibidem. Considerando I.3.

¹⁴¹ Ibidem. Considerando I.4.

¹⁴² Ibidem. Conforme considerandos V.2 y V.3.

de expresión y la garantía del debido proceso. Finalmente, el Tribunal entendió, que el ejercicio de los derechos fundamentales, no puede ser una causal de expulsión del extranjero, afirmando que “el instituir como potestad de la Dirección Nacional de Inspectoría y Arraigos la expulsión de los extranjeros sin establecer un procedimiento que permita a éste asumir su defensa, desconoce lo preceptuado por el art. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a la expulsión conforme a un procedimiento determinado por ley. En virtud de todo ello, El Tribunal declara la inconstitucionalidad de la norma bajo análisis.”¹⁴³

Finalmente, una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, resolvió sobre la inconstitucionalidad de los artículos 384, 388 (p), 422 (p) y 432 (p) del Código Sustantivo del Trabajo.¹⁴⁴ Según los demandantes, las disposiciones acusadas serían violatorias del preámbulo constitucional, y de varios artículos de la Constitución, y de los Convenios 87, 88 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT, entre otros Tratados Internacionales. El art. 384 “prohíbe el funcionamiento de sindicato alguno que no este compuesto por lo menos en sus dos terceras partes por ciudadanos colombianos, e igualmente prohíbe que los extranjeros puedan ser elegidos para los cargos directivos de la organización sindical. Y los apartes normativos acusados de los arts. 388, 422 y 432 excluyen a los extranjeros de la posibilidad de ocupar cargos en la junta directiva del sindicato, o para ser delegados del sindicato o de los trabajadores en la solución de un conflicto colectivo, por la circunstancia de que en dichos apartes se señala que para ser titular de las aludidas responsabilidades se requiere “ser colombiano”.

La Corte estimó que las normas eran violatorias del derecho humano a la asociación sindical, debido a que establecía una restricción en perjuicio de los no nacionales y consecuentemente, resultan discriminatorias en razón del origen nacional de las personas”.¹⁴⁵ La Corte declaró la inexecutable del artículo 384, e igualmente las expresiones cuestionadas de los artículos 388, 422 y 432 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁴³ Ibidem. Conforme considerandos V.4 y V.5.

¹⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-385/00 del 5 de abril de 2000.

¹⁴⁵ Ibidem, Considerando 2.3.

5

LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE PERSONAS MIGRANTES

El análisis de las decisiones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tiene una importancia particular, vinculada por un lado, a que tales decisiones representan estándares que definen y precisan las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, y por ende son una herramienta esencial para la transformación no sólo de las políticas públicas en cada país, sino también de las respuestas que deben brindar los tribunales internos en los casos que se les plantean; y por otro, porque la presentación de denuncias ante la CIDH o la Corte IDH, significan también una herramienta que puede habilitar la oportunidad de obtener respuestas ante una violación de derechos humanos en una instancia internacional, si un caso no fuera atendido debidamente por los organismos internos, incluyendo el Poder Judicial.

En este apartado nos regiremos también por el límite temporal y temático propuesto en un principio, sin perjuicio de la incorporación de casos más antiguos, dada la relevancia de las decisiones para los objetivos de este informe.

No obstante, conviene adelantar que la incorporación de la temática de los derechos humanos de los y las migrantes en el SIDH es relativamente reciente. Es posible encontrar algunos antecedentes de los años '80¹⁴⁶, pero lo cierto es que recién a fines de la última década del siglo XX, con la presentación de los primeros casos sobre violación a las garantías de debido proceso y recurso judicial efectivo, comienza a desarrollarse la jurisprudencia en el tema con mayor profundidad y continuidad¹⁴⁷. En los últimos 10 años los órganos del SIDH han manifestado su preocupación por hechos de graves violaciones a los derechos de personas migrantes localizados principalmente en países como República

¹⁴⁶ CIDH, Informe de Fondo, Resolución Nº 40/79, Caso 2777, Thelma King y otros (Panamá), 7 de Marzo de 1979. CIDH, Informe de Fondo, Resolución Nº 56/81, Caso 5713, Alberto Texier (Chile), 16 de octubre de 1981. CIDH, Informe de Fondo, Resolución No. 30/81, Caso 7378, Carlos Stetter (Guatemala), 25 de junio de 1981.

¹⁴⁷ CIDH, Informe de Fondo, Resolución Nº 49/99, Caso 11.610 LOREN LAROYE RIEBE STAR, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. MÉXICO 13 de abril de 1999. CIDH, Informe No. 85/11 Petición 12.306. Solución Amistosa. Juan Carlos de La Torre contra Argentina. 21 de julio de 2011.

Dominicana¹⁴⁸ y los Estados Unidos¹⁴⁹. Finalmente, la CIDH incorpora estos asuntos no sólo en la agenda de casos, sino también a nivel institucional, con la creación de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes¹⁵⁰.

En cuanto a la Corte IDH, el desarrollo de su jurisprudencia en el tema es aún más reciente que el de la Comisión, destacándose su labor tanto consultiva como contenciosa de aproximadamente la última década, particularmente desde la adopción de la Opinión Consultiva OC-16/99 en adelante, sobre el derecho a la asistencia consular.

5.1

Decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En la CIDH se identifica un importante y creciente número de casos en materia de derechos de las personas migrantes. No obstante, las consideraciones emitidas por la Comisión no podrían en la actualidad, ser consideradas como los estándares más amplios en materia de protección de derechos fundamentales de migrantes, en tanto las modificaciones legales y los nuevos paradigmas desarrollados por la jurisprudencia de algunos países del sistema, han resultado en ocasiones, y en algunos temas, más progresivos. Sin perjuicio de ello, sí es preciso señalar que tanto la CIDH como la Corte IDH, en ciertas temáticas sobre derechos de migrantes –como garantías de debido proceso– han desarrollado criterios más amplios y protectores que otros sistemas regionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo, o incluso que lo establecido por organismos de Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos.

¹⁴⁸ CIDH, Caso No. 12.688 Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana (Remisión a la Corte IDH); CIDH Informe Nº 68/05 Petición 12.271 Admisibilidad: "Benito Tide Méndez y otros contra República Dominicana" 13 de octubre de 2005.

¹⁴⁹ CIDH, Informe Nº 19/02, Petición 12.379 Mario Alfredo Lares-Reyes, Vera Allen Frost y Samuel Segura (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002; CIDH, Medidas Cautelares. MC 18/09 – Paul Pierre, Estados Unidos (No deportación por afectación de los derechos a la vida, integridad personal y la salud); CIDH, MC 171/11 – Edwin A. Márquez González, Estados Unidos (No deportación por afectación de los derechos a la vida, integridad personal y la salud). Esta medida cautelar no está asociada a una petición; CIDH, MC 471/11 - Jurijus Kadamovas y otros, Estados Unidos (Derecho a la salud de no nacionales en el corredor de la muerte).

¹⁵⁰ <http://www.cidh.org/migrantes/migrantes.informes.htm>.

El caso *Loren Laroye Riebe Star contra México*¹⁵¹, resuelto en el año 1999, es el que inaugura la línea de trabajo de la CIDH en la materia. Refiere a los hechos de detención ilegal y traslado por la fuerza para el sometimiento a interrogatorio sin las mínimas garantías de debido proceso de tres religiosos no nacionales residentes en Chiapas, por su implicancia en cuestiones de carácter político que dieron lugar a su posterior deportación. El Estado hizo uso de la discrecionalidad tradicionalmente reconocida a los Estados para la admisión de extranjeros, pero la aplicó a personas que ya habían sido admitidas y se encontraban residiendo regularmente en el país.

La CIDH observó que “[] el Estado Mexicano negó [] la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos. Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas []”. Finalmente, concluyó que el Estado violó las garantías de debido proceso, en contravención con el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), resultando ilegal la expulsión de las personas afectadas.

El caso *Rafael Ferrer Mazzora y otros contra Estados Unidos*, decidido en 2001¹⁵², se encuadra en el contexto de una migración colectiva, de aproximadamente 125 mil cubanos que, entre abril y septiembre de 1980, arribaron a la costa estadounidense en un Mariel, ingresando al país de destino sin la documentación requerida para su regularización. Si bien la mayor parte de las personas fueron liberadas y, tras distintos procedimientos, pudiendo permanecer en los EE.UU., alrededor de 1800 individuos siguieron detenidos, debido a que sus características personales, no los hacían elegibles para formar parte de la sociedad norteamericana. A su vez, las valoraciones para determinar la admisibilidad de la permanencia, se basaron principalmente en los relatos de las mismas personas, debido a que el gobierno cubano, no brindó antecedentes de las mismas.

¹⁵¹ CIDH, Informe de Fondo, Resolución N° 49/99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz v. México, 13 de abril de 1999.

¹⁵² CIDH, Rafael Ferrer-Mazorra, y otros. Vs. Estados Unidos, Informe No. 51/01 (informe de fondo), Caso No. 9903, párrafo 243 (4 de abril de 2001).

Los peticionarios, que representaban a 335 personas del total, alegaron la violación de los derechos, contenidos en la Declaración Americana sobre Derechos del Hombre (DADH), a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona y el derecho a la protección contra la detención arbitraria, como consecuencia del extenso período de detención soportado y otras faltas graves en el debido proceso.

La Comisión estableció “principios rectores”, conforme a los cuales sostuvo que, la protección de los derechos consagrados en la Declaración, “se aplica a todos los individuos que estén bajo la autoridad y el control del Estado y debe ser otorgado a todas las personas sin distinción, de acuerdo con el derecho a igual protección de la ley consagrado en el artículo II de la Declaración”¹⁵³. A su vez, consideró que la legislación interna en la cual se había basado el Estado para llevar a cabo la detención, no reconocía el derecho a la libertad de las personas implicadas, y creaba una ficción de no ingreso por la cual se presumía la detención, con lo que las personas permanecían en un limbo jurídico inmutable, siendo ello incongruente con el derecho a la libertad consagrado en la Declaración.¹⁵⁴ La Comisión IDH entendió que el hecho de que el Estado hiciera revisiones de las detenciones cada 12 meses, excedía las normas de la razonabilidad, al tiempo que consideró que la ley y los procedimientos por los cuales los peticionarios fueron privados de su libertad, eran arbitrarios y no se correspondían con los requisitos fundamentales de los artículos I y XXV de la Declaración¹⁵⁵.

Respecto de los artículos de la Declaración que consagran el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho de acceso a la justicia, si bien la Comisión reconoció el derecho de los Estados a establecer distinciones en el tratamiento de los nacionales y los no nacionales, sostuvo que toda distinción debe ser razonable y proporcionada al objetivo,¹⁵⁶ decidiendo finalmente, que los hechos del caso no se ajustaban a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, con lo que entonces resultaban violados tales derechos.

¹⁵³ *Ibidem.*, párr. 209.

¹⁵⁴ *Ibidem.* párr. 219.

¹⁵⁵ *Ibidem.*, conforme párr. 231.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, párr. 239.

El informe de fondo en el caso *Wayne Smith y Hugo Armendariz*¹⁵⁷, publicado en 2010, se trata de una demanda presentada en nombre de los Sres. Wayne Smith y sus hijos y Hugo Armendariz y sus hijos, con relación a la deportación de los Estados Unidos decidida en perjuicio de ambos, a raíz de la aplicación de una ley que determinaba que las infracciones menores cometidas por estos, constituían un delito grave¹⁵⁸, que ameritaba su expulsión. Conforme informaron los peticionarios, con el hecho de la deportación, el Estado habría violado los derechos a la vida, libertad y seguridad personal, vida privada y familiar, a la protección de la familia, a la protección de la maternidad y la infancia, a la inviolabilidad del domicilio, a la justicia y al proceso regular, contenidos de la Declaración Americana, en perjuicio de las víctimas del caso.¹⁵⁹

Los señores Smith y Armendariz, ambos residentes regulares permanentes en los Estados Unidos, no pudieron presentar una defensa razonable en las cortes administrativa y judicial, contra la decisión de ser deportados, incluidas las consideraciones humanitarias.¹⁶⁰ Por su parte, el Estado reiteró su posicionamiento soberano para establecer la deportación obligatoria de una persona no ciudadana, condenada por un “delito grave”, toda vez que tal decisión está contemplada en la ley y por lo tanto resulta razonable.¹⁶¹ Por lo que, la CIDH consideró que, dada la inexistencia de un mecanismo judicial para presentar su defensa por razones humanitarias y obtener una reparación adecuada, se habían violado los derechos a la justicia y al debido proceso, contenidos los artículos XXVI y XVIII de la Declaración Americana.

Con relación al derecho a la vida familiar y derechos del niño (artículos V, VI, y VII de la Declaración Americana), la CIDH reiteró, que los Estados tienen la facultad de controlar el ingreso y la permanencia de los no ciudadanos, pudiendo existir restricciones a los derechos individuales, en virtud del interés de la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. No obstante, la CIDH sostuvo que cuando las

¹⁵⁷ CIDH, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos de América*, INFORME No. 8110 CASO 12.562, Publicación, 12 de julio de 2010.

¹⁵⁸ En rigor de verdad, los delitos considerados como “graves” en las leyes IIRIRA y ADEPA, habían sido recientemente incorporados, como resultado de una valoración jurídica que adicionaba gravedad las infracciones menores cometidas por migrantes.

¹⁵⁹ *Ibidem*, párr. 1.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párr. .

¹⁶¹ *Ibidem*, párr. 4.

decisiones implican separación familiar, el criterio para limitar ese derecho, debe ser restringido. Por lo que, en relación con los hechos presentados, la CIDH consideró que el Estado violó los derechos de las víctimas, consagrados por los artículos V, VI, y VII de la Declaración Americana al no considerar de forma individual sus derechos a la vida familiar y los mejores intereses de sus hijos en los respectivos procedimientos de deportación.¹⁶²

El caso *Andrea Mortlock contra los Estados Unidos*¹⁶³, se refiere a una mujer de origen jamaquino, residente regular permanente en los Estados Unidos desde 1979¹⁶⁴. A pesar de que señora Mortlock tenía dos niños estadounidenses y otros familiares directos en ese país, el Estado decidió su deportación por medio de una sentencia declarada *in absentia*, que había quedado firme por no haber sido apelada. La decisión estaba fundada en la condena por delitos no violentos –venta delictiva de una sustancia controlada–, vinculados a su adicción a la cocaína¹⁶⁵. Concurrentemente, la sra. Mortlock había contraído VIH-SIDA, por lo que, desde 1998, requirió tratamientos médicos frecuentes.¹⁶⁶ Luego, tras haber sido detenida y puesta bajo custodia en tres oportunidades desde el año 2000 al 2005, el tratamiento requerido se discontinuó¹⁶⁷, generándose con ello, un deterioro inmediato de su salud.

Los peticionarios sostuvieron que la consecuencia de deportar la Sra. Mortlock, resultaba violatoria del derecho a la salud y al proceso regular (de los artículos XI y XXVI de la Declaración Americana), toda vez que no habían existido instancias para impugnar su derecho a permanecer en Estados Unidos, y que el hecho de la deportación, la sometería a un prolongado sufrimiento y a una muerte prematura, toda vez que Jamaica no contaba con la medicación adecuada y que la mujer, se vería privada de su medio familiar. Correlativamente, la CIDH otorgó medidas cautelares, solicitando a Estados Unidos que se abstuviera de deportar a Andrea Mortlock, con lo que fue posible suspender la ejecución de la deportación.

¹⁶² CIDH, *Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros vs. Estados Unidos de América*, INFORME No. 8110 CASO 12.562, Publicación, 12 de julio de 2010, párr. 64.

¹⁶³ CIDH, "*Andrea Mortlock contra Estados Unidos de América*" INFORME No. 63/08, CASO 12.534, Admisibilidad y Fondo, 25 de julio de 2008. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>.

¹⁶⁴ *Ibidem*, párr. 14.

¹⁶⁵ *Ibidem*, párr. 15.

¹⁶⁶ *Ibidem* párr. 16.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párr. 19.

Si bien, nuevamente, la Comisión reconoció la potestad discrecional del Estado para determinar sus políticas de inmigración, reiteró que no obstante, se debe garantizar que la decisión contemple situaciones individuales, enmarcadas en el debido proceso legal y en el deber de respetar el derecho a la vida, a la integridad personal, el derecho de los niños y el derecho a la unidad familiar.¹⁶⁸

Con relación la decisión de deportación de una persona como consecuencia de la comisión de un delito, la Comisión afirmó que el cambio del estatus migratorio de la persona, y la previsión de su deportación, podría equivaler a una forma de castigo. A su vez, al analizar las consecuencias graves de la deportación para el caso en particular, la CIDH consideró que la suspensión del tratamiento antirretroviral, acarrearía un sufrimiento prolongado y una muerte prematura, por lo que determinó, que la decisión del Estado, violaba del derecho de debido proceso, toda vez que no se habrían valorado las circunstancias particulares del caso para determinar su permanencia por razones humanitarias.

Brevemente, debe notarse que la CIDH, evitó dar tratamiento a la violación del derecho a la salud, y subsumió esa cuestión a consideraciones vinculadas a la determinación del estatus migratorio individualizado, en el marco del debido proceso.

5.1.1

Medidas Cautelares de la CIDH

En el Sistema Interamericano, existiendo situaciones de gravedad que atenten contra derechos fundamentales, es posible recurrir a la herramienta de las medidas provisionales y/o cautelares según se trate de la Corte o la Comisión respectivamente, a los fines de brindar protección inmediata de las personas que se encuentren en riesgo por una situación determinada. Pudiendo incluso ser de naturaleza colectiva a fin de evitar daños irreparables a las personas que se encuentren afectadas, bastando con que las mismas sean determinables¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Ibidem, párr. 78.

¹⁶⁹ Ver en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>.

El mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión según el cual “[e]n situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a personas que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.” Para la determinación de una medida cautelar, la Comisión debe hacer un cuidadoso estudio que determine la gravedad, la urgencia y demás situaciones que determinen si corresponde solicitar a un Estado la adopción de medidas cautelares.

A modo de ejemplo, resulta pertinente la cita de las Medidas Cautelares MC 312-09¹⁷⁰, otorgadas por la CIDH el 23 de abril de 2010 la CIDH a favor del Presbítero Pedro Pantoja Arreola y su equipo de colaboradores en el Albergue Belén Posada del Migrante de Saltillo, estado de Coahuila, en México. En la solicitud de medida cautelar y en información aportada durante una reunión de trabajo realizada el 20 de marzo de 2010, los solicitantes alegaron haber sido objeto de actos de intimidación y hostigamiento, un intento infructuoso por ingresar a las instalaciones del albergue y vigilancia del mismo por parte de personas que, desde el interior de vehículos, toman fotografías a quienes entran y salen del albergue. La Comisión Interamericana solicitó al Estado de México que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal del Presbítero Pedro Pantoja Arreola y su equipo de colaboradores en el Albergue Belén Posada del Migrante de Saltillo, estado de Coahuila, en México. Solicitando asimismo que la planificación y la implementación de las medidas de protección se realice en acuerdo con los beneficiarios y sus representantes, y que se informe sobre las medidas adoptadas a fin de remover los factores de riesgo para los beneficiarios.

Asumiendo que la naturaleza del presente informe es mayormente descriptiva, no concierne aquí establecer valoraciones respecto de la efectividad de las medidas cautelares y provisionales de la CIDH y la Corte IDH. No obstante en el marco del litigio estratégico corresponde considerar el efecto útil de la herramienta mencionada, a la luz del principio de buena fe, por el cual los Estados debieran acatar las disposiciones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹⁷⁰ CIDH, MC 312-09 “Presbítero Pedro Pantoja Arreola y su equipo de colaboradores en el Albergue Belén Posada del Migrante, México”.

5.2

5.2.1

Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Jurisprudencia Consultiva

La Corte IDH, ha desarrollado hasta la actualidad, en el marco de su función consultiva, dos opiniones consultivas exclusivamente referidas a los derechos de las personas migrantes. La primera de ellas es la Opinión Consultiva 16, sobre *“El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”*¹⁷¹.

En el año 1997, México sometió ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva con relación a “diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, motivada en consideraciones relativas a 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 autoridades consulares del Estado de su nacionalidad. A su vez, México identificó como antecedente, las gestiones bilaterales que realizadas a 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. Por lo que los interrogantes se orientaron, principalmente, a establecer un criterio específico sobre el debido proceso y la protección judicial de personas extranjeras sometidas a la potestad jurídica o administrativa de otro Estado.

En líneas generales, la O.C.-16/99, vino a iluminar algunos criterios con relación a la naturaleza del vínculo que existe entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos inherentes a la persona, reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Americana y, a través de esta última, en la Carta de la OEA. Al respecto, la Corte IDH explicó que para que exista “debido proceso legal” es preciso que una persona pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otras¹⁷². Luego, recono-

¹⁷¹ Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

¹⁷² *Ibíd*em, párr. 117.

ciendo la evolución progresiva del derecho de debido proceso, y teniendo en vistas la necesidad de superar situaciones de desigualdad, con el fin de alcanzar los objetivos de proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, la Corte decidió que, tratándose de personas no nacionales, el derecho a ser informado sin dilación de la posibilidad de obtener asistencia consular, debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.¹⁷³ En otras palabras, la Corte valoró que la asistencia consular constituye un medio para la defensa de una persona que repercute –y en ocasiones decisivamente– en el respeto de sus otros derechos procesales¹⁷⁴.

Por último, al analizar las consecuencias que acarrea la violación de este derecho, la Corte sostuvo que la inobservancia del derecho a la información de una persona que se encuentra detenida en el país del cual no es nacional, “[...] 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 [...]”¹⁷⁵

La segunda Opinión Consultiva referida a los derechos de las personas migrantes ha sido la nro. 18, sobre la “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”.¹⁷⁶

La OC-18/03 fue también una iniciativa de los Estados Unidos Mexicanos, que en mayo del 2002 sometió la Corte una consulta relativa a la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, entre otras consideraciones.

Al exponer las razones de su consulta, México sostuvo que la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos los trabajadores migratorios en los países de destino, les expone a violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, colocándoles en una situación de

¹⁷³ *Ibidem*, párr. 122.

¹⁷⁴ *Ibidem*, párr. 123.

¹⁷⁵ *Ibidem*, párr. 137.

¹⁷⁶ 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.

desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivo de estos derechos. En cuanto al contexto, México manifestó su preocupación por la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA, lo que claramente hacía referencia a la política migratoria estadounidense. También solicitó a la Corte que interprete las normas del sistema interamericano e internacional de derechos humanos concernientes al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, a la obligación de respetar tratados y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno.¹⁷⁷

En esta oportunidad, la Corte realizó un prolijo análisis de los elementos que constituyen el principio de igualdad y no discriminación, remarcando el vínculo fundamental de éste con la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos, confirmando los se encuentran obligados a eliminar –las regulaciones de carácter discriminatorio y a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar medidas discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas. A su vez, la Corte resaltó que los efectos del principio de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, dado a que el mismo pertenece al dominio del *jus cogens* y acarrea obligaciones *erga omnes* de protección.¹⁷⁸

Especialmente, con relación a la aplicación del principio de igualdad ante la ley y no discriminación de personas migrantes, la Corte destacó que generalmente los migrantes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, de ausencia o de diferencia con respecto a los no migrantes y que dicha condición de vulnerabilidad “es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales) [...]”¹⁷⁹, lo que conduce a la existencia de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado. Sobre los derechos de los trabajadores migrantes que no gozan de documentación regular en el país en el que se encuentran, la Corte afirmó que si una persona ingresa a un Estado y entabla relaciones de trabajo adquiere los derechos laborales que corresponden, independientemente de su situación migratoria, sin discriminación, por lo que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los

¹⁷⁷ Ibidem, párr. 3.

¹⁷⁸ Ibidem, párr. 85 y 110.

¹⁷⁹ Ibidem, párr. 112.

derechos humanos adquiridos y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores migrantes.¹⁸⁰

La Corte identificó situaciones que afectan particularmente a personas en el contexto de la migración, reconociendo en perjuicio de ellas, la existencia de un mayor grado de exposición a trabajos forzados u obligatorios, al trabajo infantil, y a condiciones inapropiadas para la mujer trabajadora. A su vez entendió que los trabajadores migrantes con mayor frecuencia ven vulnerados sus derechos a la asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización¹⁸¹. Por lo que considerando que el ejercicio de tales derechos garantizan el ejercicio del derecho de la vida digna del trabajador y de su familia concluyó que los trabajadores migrantes, que por tal condición se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los nacionales, poseen los mismos derechos laborales que estos y que los Estados tienen la obligación de adaptar disposiciones de derecho interno que impliquen vulneraciones a derechos fundamentales.¹⁸²

Definiendo el derecho al debido proceso legal como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [] acto del Estado que pueda afectarlos.” La Corte consideró que el mismo debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. Y reiterando los principios de igualdad ante la ley y no discriminación recordó que “[l]a 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.” La Corte afirmó que las garantías mínimas de debido proceso deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

¹⁸⁰ Ibidem, párr. 133, 148.

¹⁸¹ Ibidem, párr. 157.

¹⁸² Ibidem, párr. 158, 160, 167.

Finalmente, en julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay presentaron una solicitud de Opinión Consultiva¹⁸³ con el objeto de que la Corte determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas que deben ser adoptadas respecto a la condición migratoria de niños y niñas o la de sus padres, a la luz de ciertas disposiciones de la Convención Americana, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Luego de recibir observaciones de otros Estados e instituciones comprometidas en la temática la Corte resolvió convocar a una audiencia pública que tendría lugar el 26 de junio de 2012¹⁸⁴. No obstante la misma debió ser suspendida, quedando pendiente para ser tratada en los próximos meses.

5.2.2

Jurisprudencia Contenciosa

El caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana fue el primer caso contencioso tratado en la Corte Interamericana relativo a derechos de personas migrantes¹⁸⁵. Las autoridades del registro civil dominicano se habían negado a la emisión y entrega de las actas de nacimiento de dos niñas hijas de madres haitianas nacidas en República Dominicana, pese a que el Estado reconocía la nacionalidad dominicana a las personas que nacen en su territorio. Tal situación repercutió en violaciones a derechos fundamentales de las niñas, toda vez que como consecuencia de la no entrega de las partidas de nacimiento, las niñas permanecieron en la condición de apátrida al tiempo que se vieron impedidas de acudir a la escuela y fueron discriminadas en diversas oportunidades.¹⁸⁶

La Comisión Interamericana presentó una demanda solicitando que la Corte declare la responsabilidad internacional de la República Dominicana

¹⁸³ Texto de la referida consulta disponible en <http://www.corteidh.or.cr/soloc.cfm>.

¹⁸⁴ Texto de la Resolución de la Corte IDH disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/oc21110512esp.pdf>

¹⁸⁵ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

¹⁸⁶ *Ibíd*em, párr. 3.

por la presunta violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a garantías judiciales, los derechos de la infancia, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la protección de la justicia, y todos estos, en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de las niñas Yean y Bosico.

La Corte IDH, luego de reiterar su postura respecto de que las políticas migratorias son potestades discrecionales de los Estados indicó que no obstante, dada la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la facultad de los Estados de decidir en ciertas cuestiones está limitada por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.¹⁸⁷ Afirmando que los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos y debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.¹⁸⁸

Al considerar los efectos derivados de la apatridia la Corte entendió oportuno destacar que la vulnerabilidad a que estuvieron expuestas las niñas, “[] comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado.”¹⁸⁹ Y consecuentemente, al reconocer que jurídicamente los niños carecen de capacidad para actuar, sostuvo que es inobjetable que son titulares de derechos. La Corte destacó que una persona apátrida no tiene personalidad jurídica reconocida ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, “por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica”¹⁹⁰, destacando que “la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma

¹⁸⁷ *Ibidem*, párr. 140, entre otros: Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3.

¹⁸⁸ *Ibidem*, párr. 141. Entre otros: Caso Yatama, *supra* nota 13, párr. 185; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *cit.*, párr. 44.

¹⁸⁹ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. párr. 166.

¹⁹⁰ *Ibidem*, párr. 178.

absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.”¹⁹¹ En concordancia con otras valoraciones, la Corte entendió que el Estado colocó a las niñas en un limbo legal desde donde se vulneraron derechos fundamentales.

En relación, la Corte afirmó que el derecho al nombre y los apellidos es esencial para establecer el vínculo con la familia, la sociedad y el Estado, y que por la misma acción de no emitir las actas de nacimiento de las niñas Yean y Bosico tal derecho resultó vulnerado.¹⁹² La Corte interpretó que las violaciones al derecho a la nacionalidad, al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica, expuso a las niñas a un contexto de vulnerabilidad extrema por la cual se vio afectado también el derecho a la educación de Violeta Bosico, incumpliendo en consecuencia con el deber de protección de la infancia por parte del Estado (artículo 19 de la Convención Americana).¹⁹³

El caso *Tranquilino Vélez Loor*¹⁹⁴ contra Panamá resuelto en 2010, hace una valoración precisa respecto de los derechos fundamentales de las personas migrantes en el contexto del control migratorio, la detención y el debido proceso. Aborda un caso sobre la detención en Panamá del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, y su posterior procesamiento como consecuencia de su situación migratoria sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa. El caso cuestiona la falta de investigación de las denuncias de tortura, presentadas por el señor Vélez Loor ante las autoridades panameñas, en el marco de condiciones inhumanas de detención a las cuales habría estado sometido en diferentes centros penitenciarios panameños desde el momento de su privación de libertad -en 2002-, hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003.¹⁹⁵

La Comisión solicitó a la Corte que declarara al Estado panameño responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, y el derecho a la protección judicial, en

¹⁹¹ Ibidem, párr. 179.

¹⁹² Ibidem, párr. 184.

¹⁹³ Ibidem, párr. 185.

¹⁹⁴ Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

¹⁹⁵ Ibidem, párr. 2.

relación con las obligaciones de garantizar los derechos y el deber de adecuar el ordenamiento interno, así como de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Las representantes de la víctima sostuvieron la responsabilidad del Estado por la violación de los mismos derechos alegados por la Comisión aunque relacionadas con el derecho a la igualdad ante la ley y adicionando la violación del artículo 2 de la Convención contra la Tortura¹⁹⁶.

Con relación al derecho a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad y protección judicial la Corte reiteró en primer lugar que las personas migrantes en situación irregular han sido identificadas como un grupo en situación de vulnerabilidad, en tanto como consecuencia de su situación sufren un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado.¹⁹⁷

La Corte se refirió a las cuestiones relativas a la obligación de analizar la proporcionalidad y razonabilidad de medidas que impliquen privación de la libertad personal teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia. Y resaltó además que las garantías de debido proceso deben ser satisfechas siempre que exista una retención o detención de persona, a causa de su situación migratoria. La Corte consideró también el principio de imparcialidad del funcionario encargado de dictar la orden de detención de las personas, indicando que es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.¹⁹⁸

En efecto, tras la valoración de las circunstancias del caso la Corte afirmó que la detención había sido arbitraria, debido a que no se respetaron las garantías de llevar a la persona ante un juez competente y a que la orden de detención no contenía los fundamentos que acreditaran y motivaran su necesidad, sino que por el contrario, parecía que la detención de personas migrantes en situación irregular procedía de manera automática tras la aprehensión inicial, sin consideración de las circunstancias individualizadas.¹⁹⁹ Además, respecto de la obligación del Estado de brindar asistencia jurídica gratuita, la

¹⁹⁶ *Ibíd*em, párr. 3 y 4.

¹⁹⁷ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, OC-18/03, párr. 105-112.

¹⁹⁸ Corte IDH., Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 105-108.

¹⁹⁹ *Ibíd*em, párr. 112 y siguientes.

Corte explicó que no solo debe existir formalmente en la legislación sino que debe ser efectiva, y puso de relieve que la asistencia prestada por el Estado, carecía de legalidad por su falta de oportunidad, resaltando que “la asistencia que puedan prestar las ONGs no sustituyen la obligación del Estado de brindar asistencia legal gratuita.”²⁰⁰

Finalmente la Corte consideró que el Estado violó el derecho a la libertad individual al no garantizar que el Sr. Vélez Loor pudiera ejercer los recursos disponibles para cuestionar la legalidad de su detención, lesionando igualmente el derecho a la información y a la posibilidad efectiva de contar con asistencia consular. Sobre la actuación de los órganos administrativos la Corte mencionó que existen límites infranqueables en cuanto al respeto de los derechos humanos por lo que es indispensable la regulación de sus actos y destacó que la administración no puede dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también las garantías mínimas del debido proceso.²⁰¹

Con respecto a la facultad de los Estados para establecer sanciones al incumplimiento de las leyes migratorias, la Corte señaló la necesidad de que los Estados cuenten con un catálogo de medidas alternativas que contemple los principios de proporcionalidad y razonabilidad²⁰². Concluyendo que la privación de libertad impuesta al señor Vélez Loor con base en la normativa interna era desproporcionada e ilegítima y por lo tanto vulneró el derecho a la libertad personal. Simultáneamente, el Tribunal juzgó que la penalización de la entrada irregular en un país superaba el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias.²⁰³

Al analizar las pruebas relativas al lugar y las condiciones en las que se llevó a cabo la privación de libertad y el reconocimiento del Estado en cuanto a las mismas la Corte determinó “que las condiciones de detención [], en su conjunto constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes contrarios a la dignidad del ser humano []”²⁰⁴, con lo que decidió que entonces el Estado había violado el derecho a la integridad personal en perjuicio del señor Vélez Loor. Por último, al entender que el Estado no había hecho las investigaciones

²⁰⁰ *Ibidem*, párrs. 119 a 139.

²⁰¹ *Ibidem*, párr. 141 y 142.

²⁰² *Ibidem*, párr. 163.

²⁰³ *Ibidem*, párr. 170.

²⁰⁴ *Ibidem*, párr. 227.

correspondientes para determinar si el señor Vélez Loor había sido víctima de tortura dispuso que el mismo incumplió el deber de garantizar el derecho a la integridad personal, por lo que resultaron violados los derechos contenidos en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura, en perjuicio del señor Vélez Loor²⁰⁵.

Bajo el criterio de la reparación integral, la Corte dispuso medidas de rehabilitación, de satisfacción, obligación de investigar y garantías de no repetición. Además de una indemnización compensatoria.²⁰⁶

5.2.3

Medidas Provisionales de la Corte IDH

Tal como informamos en el apartado relativo a las medidas cautelares de la Comisión, en la esfera de la Corte IDH existe la posibilidad de que la CIDH o los representantes de presuntas víctimas de un caso que se esté conociendo en el Sistema Interamericano soliciten medidas provisionales. En virtud del artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “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.” Una disposición similar contiene el artículo 27 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tanto establece que “[e]n los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso.”

En mayo del 2000 la CIDH sometió a la Corte Interamericana una solicitud de medidas provisionales a favor de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano, sujetas a la jurisdicción de la República Dominicana que corrían el riesgo de ser “expulsadas” o “deportadas” colectivamente, en relación con un caso que se encontraba en trámite ante la Comisión²⁰⁷.

²⁰⁵ *Ibidem*, párr. 270.

²⁰⁶ *Ibidem*, párr. 255 y siguientes.

²⁰⁷ Corte IDH, Medidas Provisionales Solicitadas por la Comisión interamericana de Derechos Humanos Respecto de la República Dominicana. Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, del 18 de agosto de 2000, párr. 1. Al respecto corres-

El caso en cuestión -que aún continúa en trámite ante el SIDH-, hacía referencia a una denuncia presentada ante la CIDH por las expulsiones colectivas llevadas a cabo en República Dominicana en perjuicio personas haitianas y de origen haitiano, realizadas mediante redadas colectivas sin procedimientos legales que permitieran identificar las circunstancias personales de los expulsados (la nacionalidad, el status migratorio, los vínculos familiares, etc.) y mediante el uso de medidas de fuerza desproporcionadas.

La CIDH solicitó a la Corte la adopción de medidas orientadas a que el Estado, suspenda las expulsiones-deportaciones masivas de las cuales estaban siendo objeto los haitianos y dominico-haitianos, debido a que las mismas representaban un grave riesgo para la vida de las personas y de sus familias, vulnerando otros derechos que afectaban principalmente a los niños/as. En adición, la CIDH solicitó a la Corte que adopte medidas para que el Estado lleve a cabo su política migratoria, en observancia del debido proceso legal y determine las repatriaciones tras evaluaciones individualizadas y no en forma masiva. Finalmente la Comisión identificó a algunas de las víctimas que consintieron ser nombradas en el contexto de la solicitud, y describió las circunstancias específicas de éstas y de sus familias. Solicitando a la Corte que adoptara las medidas necesarias para: permitir el regreso inmediato de las mismas, protegerlas de toda acción de detención o deportación motivada en su origen racial o nacional o sospecha de no ser ciudadanos, permitir establecer contacto con sus familias, e instar al gobierno dominicano a establecer procedimientos adecuados para la detención y determinación de medidas de deportación de extranjeros que podrían ser eventualmente deportados.²⁰⁸

Tras la celebración de una audiencia, en la que fueron expuestas las circunstancias de hecho y de derecho sostenidas por las partes la Corte concluyó que no había sido demostrado que la República Dominicana mantiene una política de Estado de deportaciones y expulsiones masivas en violación de las normas expresas en la Convención; pero que sin embargo, los testimonios presentados permitían presumir la ocurrencia de casos en los que individuos son objeto de abusos. Consideró necesario obtener información adicional sobre la situación de los miembros de las comunidades

ponde informar, que el expediente del caso conocido como "Benito Méndez y otros contra República Dominicana" ha sido recientemente trasladado a la Corte IDH.

²⁰⁸ *Ibidem*, párr. 2 y 3.

o “bateyes” fronterizos que estarían siendo víctimas de abusos por parte del Estado.²⁰⁹

Concurrentemente la Corte valoró que los antecedentes presentados por la Comisión demostraban una situación de extrema gravedad y urgencia en cuanto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas que habían sido identificadas. Al recordar la obligación del Estado de respetar los derechos consagrados y de adoptar las disposiciones legales internas, la Corte resolvió requerir al Estado dominicano medidas para proteger la vida y la integridad de las personas identificadas; que se abstenga de deportarlas; que permita el retorno inmediato a su territorio de las personas deportados, así como la reunificación familiar con sus hijos menores en la República Dominicana; que el Estado adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de los testigos en la audiencia pública celebrada; y solicitó al Estado y a la Comisión Interamericana que suministren a la Corte información detallada sobre la situación de los miembros de las comunidades o “bateyes” fronterizos que puedan estar sujetos a repatriaciones forzadas, deportaciones o expulsiones.

A diferencia de las medidas cautelares que puede solicitar la CIDH, las medidas provisionales previstas en el mecanismo de la Corte IDH tienen como requisito adicional que el caso en cuestión se encuentre en trámite en alguna de las instancias del SIDH. Si bien ésta es una herramienta de carácter excepcional la misma permite la intervención de la Corte a fin de hacer cesar o evitar situaciones que representen daños irreparables para las personas.

²⁰⁹ *Ibidem*, párr. 5.

6

REFLEXIONES FINALES: ALGUNOS INSUMOS PARA EL DEBATE COLECTIVO

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. En términos generales, y sin perjuicio de las diferencias identificadas entre los países, puede afirmarse que existen una serie de deficiencias que o bien obstaculizan la defensa de estos derechos ante el ámbito judicial, o bien obtienen de los tribunales respuestas negativas, ineficaces o insuficientes.

Observando con mayor detalle las sentencias judiciales examinadas a lo largo de esta investigación, es posible efectuar una serie de reflexiones y consideraciones que, entendemos, pueden contribuir a iniciar un debate un debate más extenso. La amplitud de la discusión no sólo estará dada por la mayor profundidad de los análisis y –seguramente– por la incorporación de información sobre otros casos no identificados en esta búsqueda, sino también por la participación de numerosas organizaciones de los países de Centro América y México que serán parte de una reflexión más colectiva, dirigida a la definición de propuestas y acciones a implementar en futuras iniciativas. Con esta finalidad, a continuación presentamos muy sintéticamente algunas observaciones sobre la información incluida en este reporte:

- Una buena parte de las sentencias identificadas están referidas al tema de la detención de personas migrantes en razón de su condición migratoria. Sin embargo, la mayoría de estos casos, o al menos el abordaje del tribunal, están limitados a un análisis de ciertos aspectos de la detención –como el plazo prolongado–, o sobre vulneraciones de debido proceso;
- A diferencia de ello, en prácticamente ningún caso se ha analizado la legitimidad de una medida privativa de la libertad en el marco de procesos de expulsión o deportación, es decir, sobre su contradicción con estándares y principios internacionales de derechos humanos. Esto puede deberse, entre

otras razones, a la “naturalización” de la detención como una medida supuestamente legítima que los organismos migratorios tendrían como estados soberanos; al aval del poder judicial -en algunos casos- a la detención administrativa de migrantes; la ausencia generalizada de programas de asistencia jurídica gratuita en el contexto de medidas de detención por razones migratorias, o incluso a la falta de planteo específico por parte de personas u organizaciones que han llevado casos a la justicia;

- Han sido escaso el número de casos identificados en materia de decisiones de expulsión/deportación de personas migrantes. Esta cantidad es enormemente baja si se la contrasta con el amplísimo número de medidas de expulsión que se dictan día a día en muchos países de la región. Esto indica una preocupante y generalizada ausencia del poder judicial en la discusión sobre la legitimidad de la expulsión y deportación de migrantes, los alcances y limitaciones que deberían tener esas medidas desde una perspectiva de derechos humanos.
- Ello puede deberse, entre múltiples factores, a las razones similares a las indicadas respecto de las detenciones: la ausencia de programas de asistencia jurídica gratuita; las limitaciones específicas –a migrantes- o generales –a sectores más amplios de la sociedad- para el acceso a la justicia; y, en especial, a que los procedimientos migratorios están circunscriptos a la esfera administrativa, sin posibilidad –legal o material- de trasladar esa discusión a sede judicial; en algunos casos, incluso, la expulsión se hace efectiva antes del vencimiento de los plazos para llevar el caso al ámbito judicial; en otras ocasiones, la impugnación de la expulsión puede derivar en una extensión prolongada de la detención, lo cual contribuye a desistirse de interponer un recurso, lo que redundaría en un limitadísimo control del accionar del organismo migratorio y, por ende, la impunidad de las violaciones a los derechos que pudiera generar la expulsión;
- Sólo en muy pocas ocasiones la expulsión de una persona es suspendida en razón de algún derecho humano que se vería lesionado, como el derecho a la vida familiar o alguna garantía procesal, y en un caso se sostuvo que la expulsión suponía una sanción excesiva ante la infracción migratoria cometida –trabajo sin autorización;
- Los diferentes obstáculos identificados en relación con la impugnación judicial de los dos principales mecanismos de control migratorio –detención y expulsión-, indican la necesidad no sólo del desarrollo de diversas estrate-

gias de litigio –en el marco de estrategias más amplias de exigibilidad de derechos- y de incidencia en temas claves como acceso a la justicia y formación de los operadores del sistema judicial, sino también de la necesidad de la articulación de estrategias entre organizaciones que actúan en diferentes países –por ejemplo, en México y Guatemala, o El Salvador y Estados Unidos, etc.;

- Son aún muchos menos los casos en que se ha planteado judicialmente la inconstitucionalidad de las leyes migratorias, en particular por la inclusión de cláusulas discriminatorias respecto de las personas migrantes o un grupo de ellas, pese a que en todos los países (sin excepción), existen leyes o disposiciones que lesionan los derechos a la igualdad ante la ley y no discriminación en perjuicio de personas extranjeras, bien por su nacionalidad o condición migratoria;
- Un buen número de las decisiones judiciales con las que se ha podido tomar contacto son aquellas en las que se involucran cuestionamientos al derecho a la permanencia en el marco de personas extranjeras con antecedentes penales, de las cuales suelen desprenderse otras cuestiones tales como el derecho a la vida familiar o los derechos de la infancia, o la vulneración de garantías procesales (como y sustantivas (como el *non bis in idem*). De todas maneras, el desarrollo de esas argumentaciones, y en particular de los derechos y principios en juego –como el derecho a la unidad familiar- han sido por lo general muy simples y con limitado uso de tratados internacionales y estándares que se derivan de ellos;
- En cuanto a las causas relativas a la protección de derechos económicos, sociales y culturales, aún entendiendo que podrán articularse mecanismos alternativos para obtener su satisfacción en la esfera administrativa, resulta preocupante la poquísima intervención del ámbito judicial. Son verdaderamente excepcionales las ocasiones en que estos casos han sido llevados ante los tribunales. Esta circunstancia también contrasta con la realidad, caracterizada por la presencia de población migrante entre los sectores sociales en mayor situación de exclusión, así como por la existencia de mecanismos normativos o prácticas institucionales que establecen diferencias entre nacionales y extranjeros, o entre personas extranjeras –según su condición migratoria- para el reconocimiento y ejercicio de derechos sociales básicos;
- Por otra parte, son prácticamente inexistentes los casos y sentencias referidos específicamente a grupos de migrantes en situación especial de vulnera-

bilidad –en razón de prácticas discriminatorias o violatorias a sus derechos-, como pueden ser los niños y niñas migrantes, y los y las migrantes de pueblos indígenas;

- El análisis de los casos desarrollados ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos refleja en buena medida la situación que se generaliza en los países americanos. En la Comisión IDH, en el último decenio se ha registrado un considerable aumento de demandas motivadas como consecuencia de políticas migratorias arbitrarias. Sin embargo, los estándares aplicables en materia de protección, todavía dan mucho crédito a la discrecionalidad de los Estados para determinar políticas migratorias. De todas maneras, puede evidenciarse que paulatinamente la Comisión ha ido abordando numerosas temáticas vinculadas a los derechos de las personas migrantes, siendo progresivamente un ámbito de discusión importante sobre las políticas migratorias de la región y su impacto en los derechos de las personas migrantes;
- En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte IDH, es preciso señalar en primer lugar que el número de casos resueltos hasta la fecha no es significativo en relación con la magnitud de los problemas identificados. Las decisiones de la Corte abordan ejes temáticos más amplios en relación con la CIDH, dando lugar al tratamiento de cuestiones específicas vinculadas a derechos económicos, sociales y culturales y abriendo la puerta a casos recientemente planteados desde donde aún puede ser posible lograr avances progresivos en temas como no discriminación, no detención y criminalización de la migración irregular, y garantías de debido proceso. Igualmente, así como con la Comisión, aún podrían profundizar mucho el análisis de los temas planteados, de modo de definir con mayor precisión los estándares que deben regir las políticas y las prácticas de los estados de la región;
- En cualquier caso, los antecedentes del SIDH desarrollados hasta la actualidad pueden cumplir una función importante en la promoción –vía litigio, formación, incidencia- de respuestas de los tribunales locales y/o nacionales ante casos de derechos de migrantes que se les someta en el futuro.

2012



B
BIENVENIDOS
ASO DEL
OYOT