

Coordinación de Derechos Humanos,
Igualdad de Género y Asuntos Internacionales

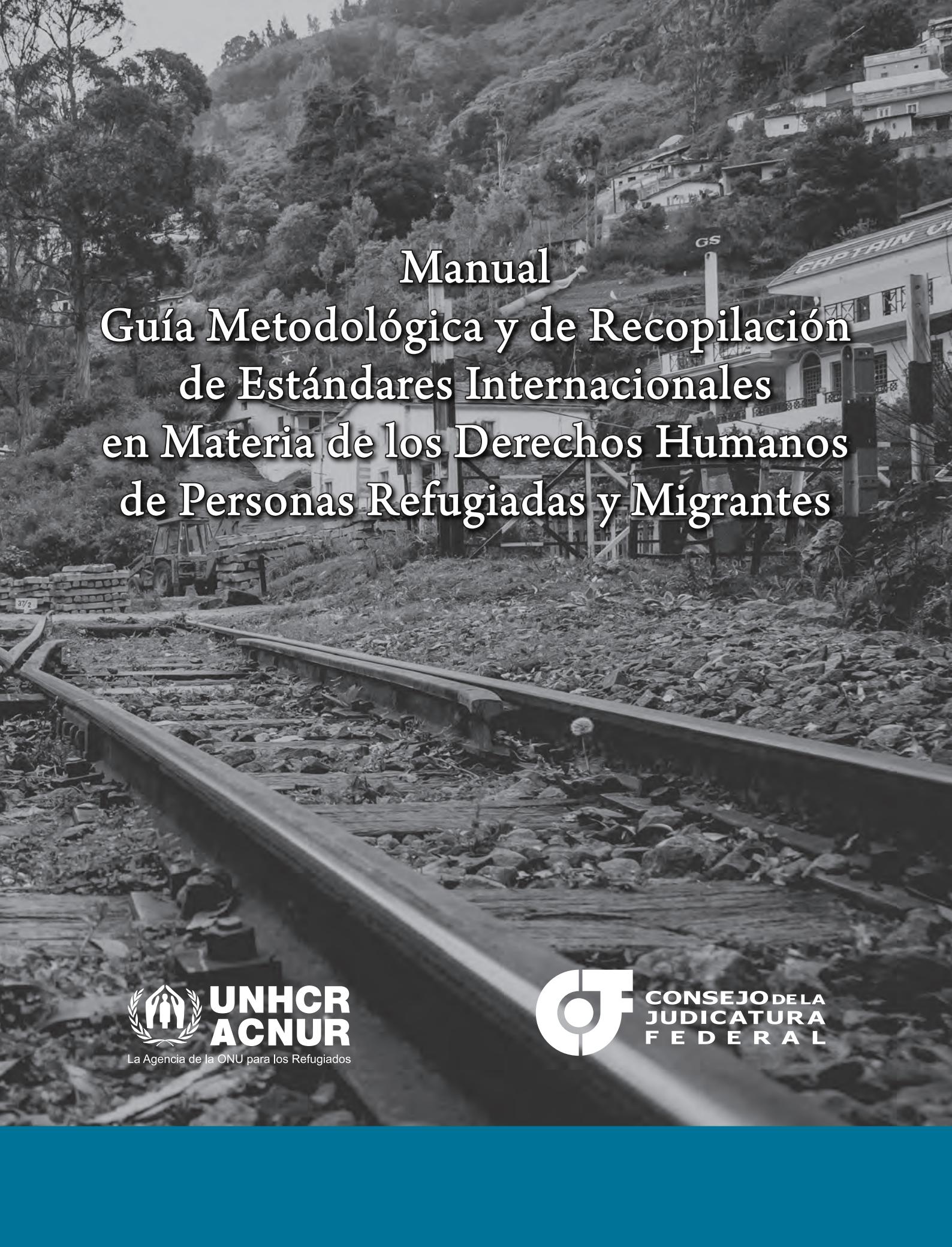
Manual Guía Metodológica y de Recopilación de Estándares Internacionales en Materia de los Derechos Humanos de Personas Refugiadas y Migrantes



La Agencia de la ONU para los Refugiados



Manual Guía Metodológica y de Recopilación de Estándares Internacionales en Materia de los Derechos Humanos de Personas Refugiadas y Migrantes



Manual

Guía Metodológica y de Recopilación de Estándares Internacionales en Materia de los Derechos Humanos de Personas Refugiadas y Migrantes



La Agencia de la ONU para los Refugiados



CONSEJO DE LA
JUDICATURA
FEDERAL

Manual

Guía Metodológica y de Recopilación de Estándares Internacionales en Materia de los Derechos Humanos de Personas Refugiadas y Migrantes



La Agencia de la ONU para los Refugiados



PRESENTACIÓN

La reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impuso a las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de sus respectivas competencias, promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas.

En ese sentido, los derechos humanos adquieren especial relevancia en la vida de las personas, pues su protección garantiza el acceso a una vida digna. Tiempo atrás ya han existido violaciones y crímenes contra los derechos humanos justificados al amparo del sistema jurídico. El Holocausto de la II Guerra Mundial es un ejemplo claro de ello. Sin embargo, este suceso tan lastimoso humanitariamente motivó el avance más significativo de la segunda mitad del siglo XX en materia de derechos humanos: la expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Una de las principales preocupaciones en la materia es el tema de las violaciones a los derechos de las personas refugiadas y migrantes. En la actualidad, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cada año, en promedio, un millón de personas solicitan asilo de forma individual. A finales de 2015 había más de 3.2 millones de solicitantes de asilo en el mundo, situación de la cual México no se halla exento.

Los datos evidencian que la mayoría de los refugiados que llegan a nuestro país provienen de Centro América, de países como Guatemala, Honduras y El Salvador, por lo que el fenómeno migratorio representa un reto para el Estado mexicano, sobre todo al tenor de la inclusión de los migrantes en un contexto de derechos humanos, donde las prácticas y discursos discriminatorios atentan contra la igualdad de oportunidades, la seguridad jurídica, la integridad y seguridad personal, así como contra la legalidad y la libertad.

Los datos de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), difundidos por el Observatorio de Migración, refieren un aumento considerable en el número de solicitantes de refugio, pero también en los casos de reconocimiento, que para 2016 sumaban más de 8700 solicitudes, enfatizando los obstáculos que enfrentan grupos en situación de vulnerabilidad tales como mujeres, niñas y niños no acompañados, así como la población “LGBTI”.

Por lo anterior, conscientes del compromiso que representa para el Consejo de la Judicatura Federal el acceso e impartición de justicia en igualdad de oportunidades, y como una forma de coadyuvar a la garantía de los derechos humanos de los migrantes, se llevó a cabo en coordinación con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Migrantes y Refugiados, una compilación de instrumentos internacionales que recaban los estándares más importantes en materia de Derechos Humanos, con la finalidad de contribuir en el quehacer cotidiano de los asesores y defensores jurídicos, los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación, así como de la población en general.

El objetivo principal es proporcionar a los funcionarios jurisdiccionales una base jurídica sólida en materia de migración y derechos humanos, con la finalidad de facilitar su trabajo y que se conviertan en agentes transformadores de la realidad social, desarrollando sus actividades profesionales con las herramientas necesarias, con miras a comprender el fenómeno migratorio de forma integral y transversal, desde la referida perspectiva de los derechos humanos.

Habida cuenta de que para el Consejo de la Judicatura Federal representan compromisos ineludibles sensibilizar, difundir y generar buenas prácticas, para garantizar los derechos humanos

de grupos que se encuentran en especial situación de desventaja social, tal como lo son aquellas personas que solicitan asilo o refugio en el país, los Órganos Jurisdiccionales están llamados a ser protectores de los derechos humanos, para que con ello se generen condiciones de una vida digna para todos, dentro del marco jurídico. Así se cumplirán los compromisos asumidos por el Estado Mexicano; y estoy cierta de que el trabajo que aquí se presenta, coadyuvará al cumplimiento de los objetivos planteados.

Magda. Martha María del Carmen Hernández Álvarez
Consejera de la Judicatura Federal

PRÓLOGO

Desde el año 2011 el régimen de protección internacional de refugiados en México se ha visto fortalecido con la promulgación de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, así como de su Reglamento. En dichos ordenamientos se ha establecido un procedimiento administrativo específico que busca recoger lo mejor de la vocación histórica de asilo de México, así como los estándares internacionales aplicables, con el objeto de expandir y robustecer la esfera de protección de quienes huyen de la violencia o la persecución en sus países de origen.

A partir de la promulgación de la Ley y su Reglamento en 2011, el número de solicitudes de asilo en México ha aumentado en 1067% y el número de refugiados reconocidos ha aumentado 1079%. Al mismo tiempo, se han presentado una serie de fenómenos regionales que han generado una expulsión creciente de personas, lo cual se ha visto reflejado en el aumento significativo de solicitudes de asilo de países como El Salvador, Guatemala y Honduras en México, al grado de representar el 91% de las solicitudes en 2016.

Este escenario, en el cual México cuenta con una legislación progresiva, sumada a una compleja situación migratoria en nuestra región, ha hecho más urgente que nunca que, al momento de interpretar y aplicar la normatividad en materia de asilo, se privilegie la óptica de los estándares internacionales, ya que éstos son parte de un código universal que regula el tratamiento de los refugiados y asegura su correcta identificación y protección.

Es por ello que desde el ACNUR aplaudimos que el Consejo de la Judicatura Federal dote a los asesores jurídicos federales y defensores públicos del Instituto Federal de la Defensoría Pública de esta útil herramienta, que recopila principios de derecho y estándares internacionales. Ésta será fundamental para poder asegurar la correcta defensa y representación legal de las personas solicitantes de asilo y refugiadas en México.

Los estándares y documentos normativos contenidos en este documento son una guía inicial para llevar a cabo la defensa de quienes se han visto obligados a huir de sus países de origen y a buscar protección internacional en México. Se pretende que a partir de esta guía, se puedan hacer valer ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados y los tribunales competentes los derechos de las personas solicitantes de asilo y refugio.

Finalmente, es digno de reconocer el gran esfuerzo llevado a cabo por la Coordinación de Derechos Humanos, Igualdad de Género y Asuntos Internacionales, que a través de esta herramienta y de iniciativas como las Jornadas Bilaterales de Trabajo sobre Derechos Humanos de Personas Migrantes y Refugiadas han liderado los trabajos del Consejo de la Judicatura Federal de México para fortalecer el conocimiento y comprensión del derecho internacional de refugiados, así como de la legislación mexicana de asilo.

Sr. Mark Manly

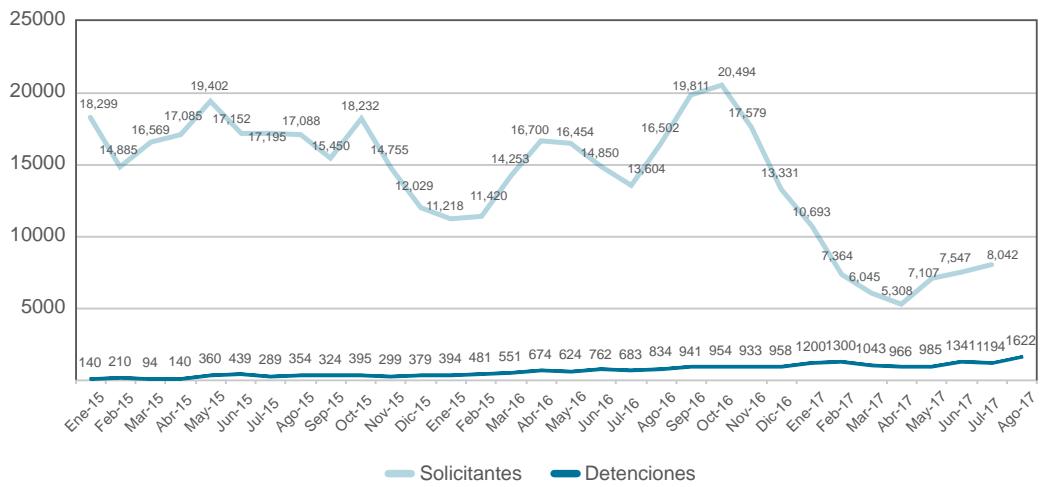
Representante en México del Alto Comisionado
de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

Índice

Estadísticas Solicitantes RCR México 2-10-17	13
Capítulo 1: Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político	17
Capítulo 2: Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria	41
Capítulo 3: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	67
Capítulo 4: Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados	87
Capítulo 5: Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados	91
Capítulo 6: Directrices sobre Protección Internacional No. 12	113
Capítulo 7: Opinión consultiva OC-18/03 condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados	143
Capítulo 8: Opinión consultiva OC-21/14 derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional	255

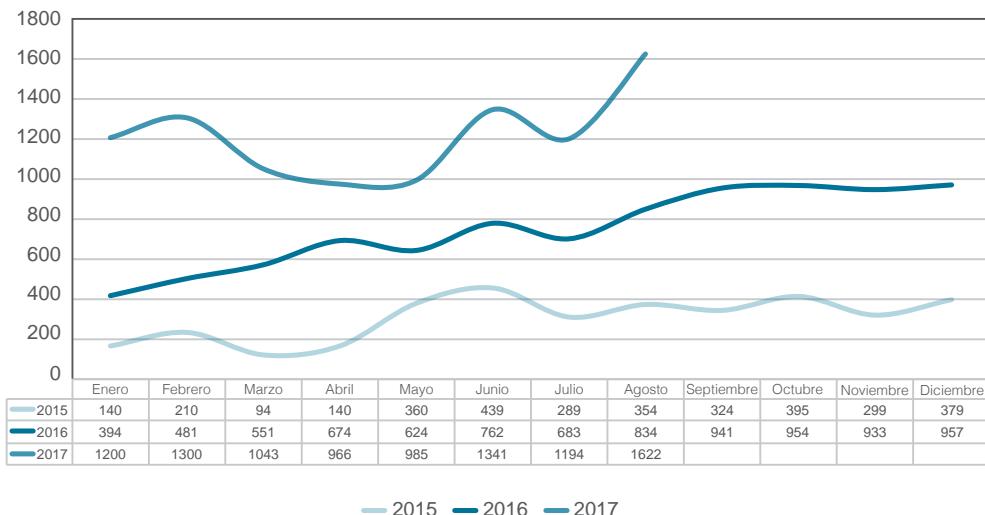
ESTADÍSTICAS SOLICITANTES RCR MÉXICO 2-10-17

Detención de migrantes vs. solicitantes de la condición de refugiados en México, 2015-2017



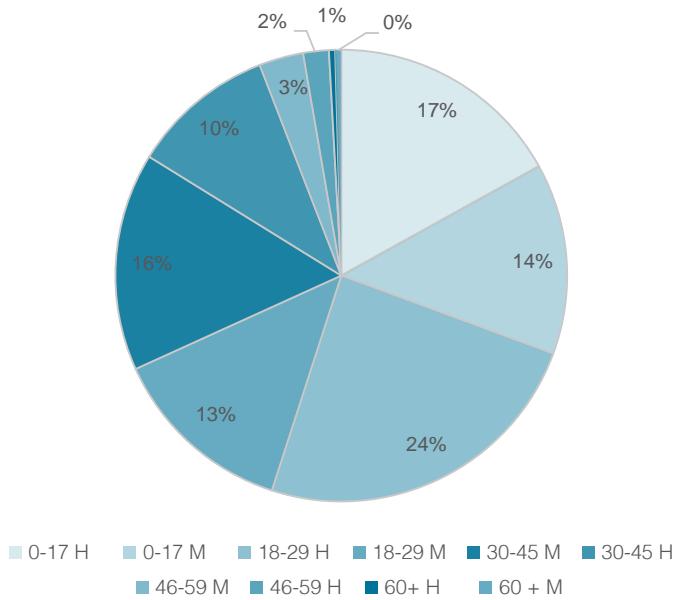
Fuente: Boletines Estadísticos de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación y estimaciones mensuales del ACNUR con base en cifras oficiales de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).

Solicitantes de la condición de refugiados en México, al mes 2015-2017



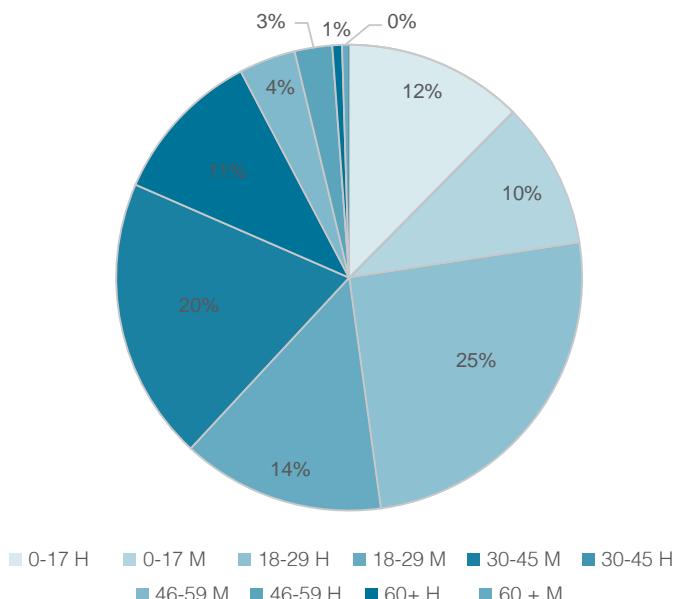
Fuente: Cálculos mensuales internos de la Unidad de Protección del ACNUR en México con base en estadísticas periódicas publicadas por la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados.

**Edad y género de los solicitantes del reconocimiento
de la condición de refugiado en México en 2016**



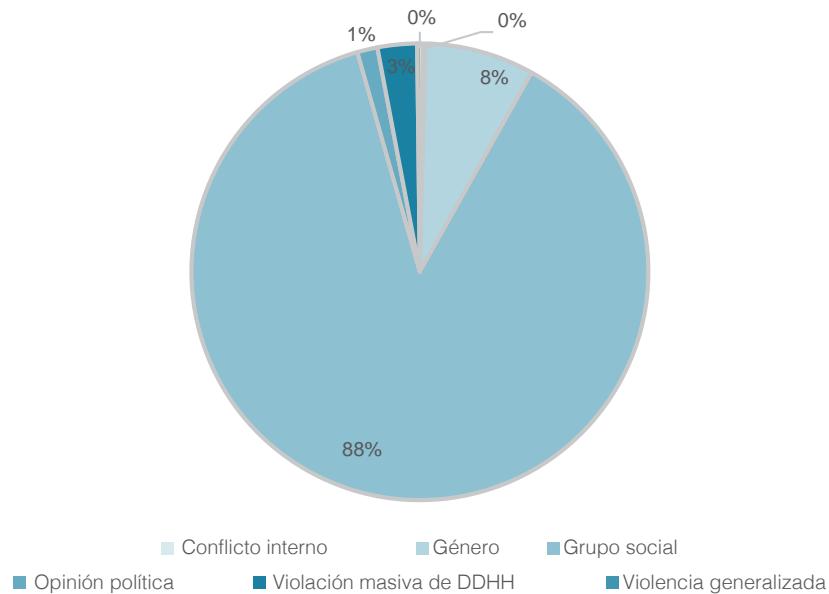
Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).

**Edad y género de solicitantes del reconocimiento de la condición
de refugiado en México en la primera mitad de 2017**



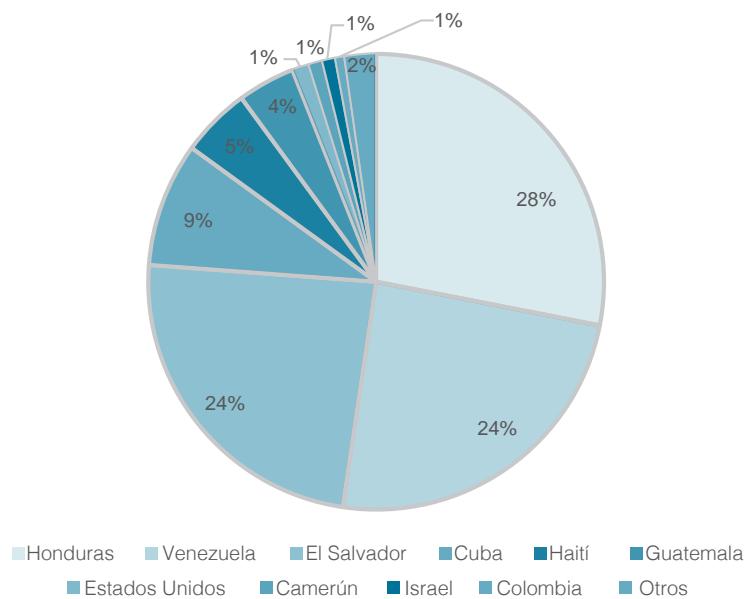
Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).

Motivos de reconocimiento de la condición de refugiado en México a julio de 2016



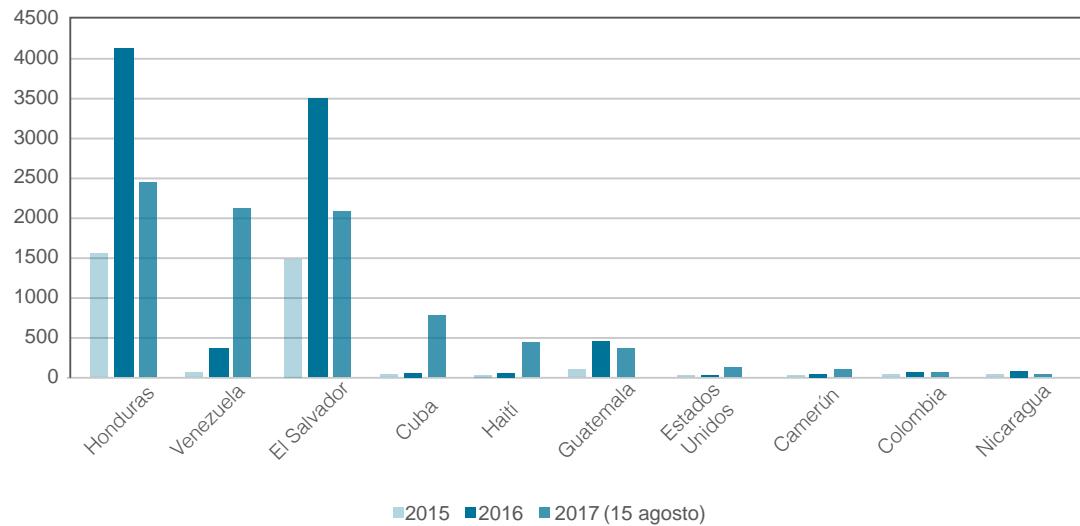
Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, solicitud de acceso a la información 0422000014416 Unidad de Transparencia.

Principales nacionalidades solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado en México (al 15 de agosto 2017)



Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).

**10 principales nacionalidades solicitantes del reconocimiento
de la condición de refugiado en México, 2015-2017 (al 15 de agosto)**



Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).

LEY SOBRE REFUGIADOS, PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA Y ASILO POLÍTICO



CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN

Secretaría General

Secretaría de Servicios Parlamentarios

Reforma DOF 30-10-2014

LEY SOBRE REFUGIADOS, PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA Y ASILO POLÍTICO

(Antes “Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria”)

Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011

TEXTO VIGENTE

Última reforma publicada DOF 30-10-2014

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

“EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA:

SE EXPIDE LA LEY SOBRE REFUGIADOS Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA Y SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.

Artículo Primero.- Se expide la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, para quedar como sigue:

LEY SOBRE REFUGIADOS, PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA ASILO POLÍTICO

Denominación de la Ley reformada DOF 30-10-2014

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en la República.

Artículo 2. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

- I. Asilo Político: Protección que el Estado Mexicano otorga a un extranjero considerado perseguido por motivos o delitos de carácter político o por aquellos delitos del fuero común que tengan conexión con motivos políticos, cuya vida, libertad o seguridad se encuentre en peligro, el cual podrá ser solicitado por vía diplomática o territorial. En todo momento se entenderá por Asilo el Asilo Político.
- II. Asilado: El extranjero que encontrándose en el supuesto establecido en el artículo 61 de la Ley recibe la protección del Estado Mexicano.
- III. Fundados Temores: Los actos y hechos que den o hayan dado lugar a una persecución, y que por su naturaleza, carácter reiterado, o bien, por una acumulación de acciones por parte de un tercero, ponen o podrían poner en riesgo la vida, la libertad o la seguridad de una persona.
- IV. Ley: Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.
- V. Reglamento: Reglamento de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.
- VI. País de Origen: El país de nacionalidad o de residencia habitual del solicitante de la condición de refugiado, del solicitante de asilo político o asilado, así como del extranjero al que se le otorgue protección complementaria.
- VII. Protección Complementaria: Protección que la Secretaría de Gobernación otorga al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado en los términos de la presente Ley, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- VIII. Condición de Refugiado: Estatus jurídico del extranjero que encontrándose en los supuestos establecidos en el artículo 13 de la Ley, es reconocido como refugiado, por la Secretaría de Gobernación y recibe protección como tal.
- IX. Representación: Las señaladas en el artículo 1 Bis, fracción VIII de la Ley del Servicio Exterior Mexicano.
- X. Secretaría: Secretaría de Gobernación.
- XI. Solicitante de Asilo Político: El extranjero que solicita a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a sus delegaciones localizadas fuera del Distrito Federal o a la Representación, según corresponda, el otorgamiento de asilo político.
- XII. Solicitante de la Condición de Refugiado: El extranjero que solicita a la Secretaría el reconocimiento de la condición de refugiado, independientemente de su situación migratoria.

Artículo reformado DOF 30-10-2014

Artículo 3. La presente Ley tiene por objeto regular el otorgamiento de asilo político, el reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de protección complementaria, así como establecer las bases para la atención a los solicitantes y asistencia a los asilados y refugiados que

se encuentran en territorio nacional, con la finalidad de garantizar el pleno respeto a sus derechos humanos.

Artículo reformado DOF 30-10-2014

Artículo 4. La Secretaría en la aplicación e interpretación de esta Ley deberá observar las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de observancia obligatoria en México y demás ordenamientos aplicables, sin perjuicio de la intervención de otras autoridades de conformidad con las disposiciones antes referidas y demás aplicables.

TÍTULO SEGUNDO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

CAPÍTULO I DE LOS PRINCIPIOS

Artículo 5. En aplicación de esta Ley se observarán, entre otros, los siguientes principios y criterios:

- I.** No devolución;
- II.** No discriminación;
- III.** Interés superior del niño;
- IV.** Unidad familiar;
- V.** No sanción por ingreso irregular, y
- VI.** Confidencialidad.

Artículo 6. Ningún solicitante o refugiado podrá en modo alguno ser rechazado en frontera o devuelto de cualquier forma al territorio de otro país donde su vida peligre por los motivos señalados en el artículo 13 de esta Ley, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El extranjero al que se le otorgue protección complementaria no podrá ser devuelto al territorio de otro país donde su vida peligre o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 7. No se impondrá sanción alguna por motivo de su ingreso irregular al país, al refugiado o al extranjero que se le otorgue protección complementaria.

En caso de haberse iniciado procedimiento migratorio por ingreso irregular al territorio nacional a un solicitante, dicho procedimiento se suspenderá hasta que se emita una resolución sobre el reconocimiento de la condición de refugiado. En cualquier caso, los procedimientos migratorios serán concluidos considerando la resolución sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Artículo 8. La Secretaría, sin perjuicio de las obligaciones que les correspondan a otras autoridades y en coordinación con las mismas, adoptará las medidas que estén a su alcance para que los solicitantes, los refugiados y quienes reciban protección complementaria, no sean objeto de discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de sus derechos. Para la adopción de dichas medidas, la Secretaría analizará las propuestas que formulen organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil especializadas en la materia.

Artículo 9. En el reconocimiento de la condición de refugiado deberá protegerse la organización y el desarrollo de la familia, así como el interés superior del niño.

Artículo 10. La información aportada por los solicitantes, refugiados, y quienes reciban protección complementaria, será tratada con la más estricta confidencialidad, con base en lo establecido por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Cuando para el ejercicio de sus facultades alguna autoridad requiera información relativa a solicitantes o refugiados, deberá solicitarla a la Secretaría y una vez que tenga acceso a la misma, deberá ser manejada con la misma confidencialidad.

CAPÍTULO II DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

Artículo 11. Todo extranjero que se encuentre en territorio nacional tiene derecho a solicitar, por sí, por su representante legal o por interpósita persona, el reconocimiento de la condición de refugiado. Si el extranjero solicitase dicho reconocimiento a través de su representante legal o por interpósita persona, deberá de ratificar su solicitud ante la Secretaría dentro del término de tres días hábiles. Si el extranjero la ratifica se continuará el procedimiento de reconocimiento, en caso contrario, se tendrá por no presentada la solicitud. El procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado sólo podrá continuarse por el solicitante o por su representante legal de conformidad con lo establecido en esta Ley y su reglamento.

Artículo 12. La Secretaría reconocerá la condición de refugiado, mediante un acto declarativo, a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 13 de esta Ley, y que por tanto serán sujetos de los derechos y obligaciones contenidos en la misma.

Al cónyuge, concubinario, concubina, hijos, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, parientes consanguíneos del cónyuge, concubinario, concubina, hasta el segundo grado que dependan económicamente del solicitante principal, que de igual forma se encuentren en territorio nacional con el solicitante, se les reconocerá por derivación la condición de refugiado. En los casos en los cuales no exista prueba documental de una relación de filiación y dependencia se analizarán otras fuentes de evidencia, incluyendo la declaración del solicitante.

Artículo 13. La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:

- I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;
- II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y
- III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Artículo 14. Los refugiados reconocidos bajo los supuestos de la fracción III del artículo 13 de esta Ley, que previo a su reconocimiento hayan generado derechos de residencia, podrán optar por mantener su situación migratoria o acogerse a lo dispuesto por esta Ley y su reglamento.

TÍTULO TERCERO DE LAS ATRIBUCIONES EN MATERIA DE REFUGIADOS, PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA Y ASILO POLÍTICO

Denominación del Título reformada DOF 30-10-2014

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 14 Bis. En materia de Asilo Político, compete a la Secretaría de Relaciones Exteriores:

- I. Resolver sobre el otorgamiento de asilo político a los extranjeros que encontrándose en la representación o en territorio nacional, presenten su solicitud de conformidad con los supuestos previstos en la presente Ley y su reglamento. En todos los casos a que se refiere esta fracción recabará previamente la opinión de la Secretaría;
- II. Orientar a los solicitantes de asilo político y asilados sobre sus derechos y obligaciones;
- III. Llevar un registro actualizado de los solicitantes de asilo político y asilados;
- IV. Resolver sobre el retiro y la renuncia de asilo político;
- V. Las demás atribuciones que le confieran el reglamento y demás ordenamientos aplicables.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 14 Ter. En materia de Asilo Político, le compete a la Secretaría lo siguiente:

- I. De manera conjunta con la Secretaría de Relaciones Exteriores, promover y coordinar acciones públicas, estrategias y programas orientados a la protección y asistencia de asilados conforme a lo establecido en esta Ley y su reglamento;
- II. En coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores y demás autoridades competentes en términos del reglamento, promover soluciones a la problemática que enfrentan los asilados, durante su estancia en territorio nacional, de conformidad con los supuestos previstos en la presente Ley;
- III. Formular, coordinar, dar seguimiento, evaluar y difundir criterios y programas encaminados a la atención de asilados, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores;
- IV. Establecer las bases y los procedimientos de coordinación entre las dependencias y entidades federales, estatales, municipales, del Distrito Federal y sus Delegaciones, que participen en la atención a asilados, y
- V. Atender a los asilados con pleno respeto a sus derechos humanos.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 15. En materia de refugiados, le compete a la Secretaría lo siguiente:

- I. Efectuar el reconocimiento de la condición de refugiado a los extranjeros que, encontrándose en territorio nacional, así lo soliciten de conformidad con los supuestos previstos en la presente Ley. En todos los casos a que se refiere esta fracción la Secretaría recabará previamente la opinión de la Secretaría de Relaciones Exteriores;
- II. Promover y coordinar acciones públicas, estrategias y programas orientados a la protección y asistencia de refugiados y solicitantes conforme al artículo 20 de esta Ley;
- III. En coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores y demás autoridades competentes en términos del reglamento, promover soluciones duraderas a la problemática que enfrentan los refugiados, durante su estancia en territorio nacional, de conformidad con los supuestos previstos en la presente Ley;
- IV. Llevar un registro actualizado de los solicitantes y refugiados;
- V. Orientar a los solicitantes y refugiados que se encuentren en territorio nacional sobre sus derechos y obligaciones;
- VI. Formular, coordinar, dar seguimiento y evaluar los programas sobre refugiados;
- VII. Establecer y difundir criterios que deban considerarse en la atención a solicitantes y refugiados;
- VIII. Establecer las bases y los procedimientos de coordinación entre las dependencias y entidades federales, estatales, municipales, del Distrito Federal y sus Delegaciones, que participen en la atención a refugiados;
- IX. Promover acciones para garantizar el derecho a solicitar la condición de refugiado;

- X.** Llevar a cabo los procedimientos de cesación, revocación y cancelación de la condición de refugiado;
- XI.** Atender a los solicitantes y refugiados con pleno respeto a sus derechos humanos;
- XII.** Organizar y participar en actividades de difusión sobre los derechos y las obligaciones de los refugiados;
- XIII.** Promover la difusión y promoción del derecho internacional de refugiados, y brindar capacitación a los funcionarios migratorios y servidores públicos involucrados en la materia;
- XIV.** Dictar las medidas necesarias durante los procedimientos de reconocimiento, cesación, revocación y cancelación de la condición de refugiado, y
- XV.** Las demás atribuciones que le confieran el reglamento de esta Ley y demás ordenamientos aplicables.

Artículo 16. En materia de protección complementaria, le compete a la Secretaría lo siguiente:

- I.** Otorgar la protección complementaria a los extranjeros que se encuentren en los supuestos establecidos en la presente Ley y demás disposiciones aplicables;
- II.** Llevar un registro actualizado de los extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria;
- III.** Orientar a los extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria sobre sus derechos y obligaciones;
- IV.** Establecer y difundir criterios que deban considerarse en la atención a quienes reciban protección complementaria, y
- V.** Atender a los extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria con pleno respeto a sus derechos humanos.

Artículo 17. Para el cumplimiento de sus atribuciones la Secretaría podrá:

- I.** Promover la participación de organismos nacionales e internacionales, que se hayan destacado por su trabajo y estudio en la materia; sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras autoridades en la materia, y
- II.** Suscribir convenios de colaboración necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras autoridades en la materia.

TÍTULO CUARTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO Y DEL OTORGAMIENTO DE PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

CAPÍTULO I DEL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

Artículo 18. El extranjero que solicite ser reconocido como refugiado deberá presentar por escrito su solicitud ante la Secretaría dentro del término de 30 días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al que haya ingresado al país o, en su caso, a aquél en que le haya sido materialmente posible presentarla en los términos que defina el reglamento.

En el supuesto previsto en el artículo 13, fracción III, el plazo para presentar la solicitud correrá a partir del día siguiente al que tenga conocimiento de los hechos a los que alude dicha disposición.

En el caso en que al solicitante no le sea posible presentar la solicitud por escrito, la presentará verbalmente, debiéndose asentar en un acta las manifestaciones del solicitante. Si el extranjero no tiene posibilidad de comunicarse verbalmente, se tomarán las medidas necesarias para asentar en el acta correspondiente las manifestaciones del solicitante.

En el supuesto de que el extranjero no comprenda el idioma español, se procederá conforme a lo establecido por el último párrafo del artículo 23 de esta Ley.

El procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado será gratuito.

Artículo 19. El solicitante tendrá derecho a recibir información clara, oportuna y gratuita sobre el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado y sobre los derechos inherentes al mismo, así como los recursos que esta Ley y otras le concedan.

Artículo 20. Durante el procedimiento, la Secretaría tomará las medidas necesarias para garantizar el otorgamiento de asistencia institucional a los solicitantes que requieran atención especial, así como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, con discapacidad, enfermos crónicos, víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de abuso sexual y violencia de género, de trata de personas o a cualquier otra persona que pudiese encontrarse en situación de vulnerabilidad de conformidad con las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en cada materia.

Cuando un solicitante en situación de vulnerabilidad haya sido admitido provisionalmente o se encuentre en alguna estación migratoria, la Secretaría valorará las medidas que mejor favorezcan al solicitante, de conformidad con las circunstancias del caso. En el caso de niñas, niños y adolescentes deberá determinarse su interés superior.

Artículo 21. Cuando un extranjero que se encuentre en alguno de los lugares destinados al tránsito internacional de personas, o sujeto a un procedimiento administrativo migratorio, sin importar la etapa de dicho procedimiento, o bien, carezca de documentación que acredite su situación migratoria regular en el territorio nacional, solicite el reconocimiento de la condición de refugiado, la Secretaría deberá dictar las medidas que resulten estrictamente necesarias en cada caso, de conformidad con el reglamento.

Párrafo reformado DOF 30-10-2014

La presentación de la solicitud de un extranjero no dejará sin efectos las medidas que se hayan dictado con anterioridad a la solicitud.

Cualquier autoridad que tenga conocimiento de la pretensión de un extranjero de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, deberá dar aviso por escrito y de manera inmediata a la Secretaría. El incumplimiento de lo anterior será sancionado conforme a las disposiciones aplicables en materia de responsabilidades de los servidores públicos.

Una vez presentada formalmente la solicitud, ninguna autoridad podrá proporcionar información o notificar a las autoridades diplomáticas o consulares del país de origen del solicitante, a menos que se cuente con evidencia del consentimiento expreso de éste.

Durante el procedimiento el solicitante podrá promover por sí o a través de su representante legal. Si el solicitante se encuentra en alguna estación migratoria, se deberán tomar las medidas para garantizar la comunicación con su representante legal o, en su caso, con la persona de su confianza de conformidad con las disposiciones aplicables. En todo momento las entrevistas se deberán desahogar de manera personal con el solicitante, pudiendo estar acompañado por su representante legal.

Artículo 22. La Secretaría expedirá a cada solicitante y a sus dependientes una constancia de trámite respecto de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Artículo 23. El solicitante deberá aportar sus datos de identificación completos y verídicos, los motivos en los cuales basa su solicitud, así como todos los elementos de los que disponga para sustentarla. Desde la presentación de la solicitud hasta antes de que la Secretaría emita resolución, el solicitante podrá aportar todas las pruebas que a su derecho convengan.

La Secretaría, tomando en consideración el contexto social y cultural de donde provenga el solicitante, así como su edad, género y otras circunstancias particulares, realizará de manera personal las entrevistas que resulten necesarias, a fin de allegarse de elementos para el análisis de su solicitud.

En la substancialización del procedimiento, especialmente durante el desarrollo de las entrevistas, en caso de ser necesario se contará con el apoyo de un traductor o intérprete y de los especialistas que se requieran para facilitar la comunicación con el solicitante, mismos que en todo momento deberán de preservar la confidencialidad de la información.

Artículo 24. La Secretaría analizará y evaluará todas las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado y deberá emitir, en cada caso, resolución escrita, fundada y motivada, dentro de los 45 días hábiles contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud.

Para los efectos del párrafo anterior, la Secretaría solicitará opinión sobre las condiciones prevalecientes en el país de origen del solicitante a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a las demás autoridades competentes que establezca el reglamento respecto de los antecedentes del solicitante. Dicha opinión deberá emitirse dentro de los quince días hábiles siguientes, contados a partir del siguiente al que se recibió la misma; si transcurrido dicho plazo, la Secretaría no recibiese la opinión solicitada, se entenderá que no existe opinión o información alguna sobre el particular.

El plazo para emitir la resolución podrá ampliarse hasta por un período igual a juicio de la Secretaría, sólo en los siguientes casos:

- I. La falta de información respecto de los hechos en que se basa la solicitud;
- II. La falta de traductor o especialistas que faciliten la comunicación con el solicitante;
- III. La imposibilidad de realizar entrevistas en razón de las condiciones de salud del solicitante;
- IV. La petición del extranjero para aportar elementos que sustenten su solicitud, o
- V. Cualquier otra circunstancia derivada del caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite a la Secretaría el adecuado desarrollo del procedimiento.

Artículo 25. La resolución deberá ser notificada por escrito al solicitante. La Secretaría al momento de realizar las notificaciones procurará que el solicitante comprenda el sentido de la resolución.

En los casos de reconocimiento de la condición de refugiado, la Secretaría expedirá el documento migratorio correspondiente que acredite su situación migratoria regular en el país en los términos de las disposiciones aplicables. Si la resolución fuese en sentido negativo, el extranjero podrá interponer recurso de revisión dentro de los 15 días hábiles contados a partir de la notificación respectiva, de conformidad con lo establecido en el reglamento; de igual forma el extranjero podrá interponer los medios de defensa que estime pertinentes, de conformidad con las disposiciones aplicables.

Párrafo reformado DOF 30-10-2014

Artículo 26. El reconocimiento de la condición de refugiado es individual.

En caso de presentarse un ingreso masivo a territorio nacional de un grupo de personas que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 13 de la presente Ley y dicha situación produzca un incremento sustancial de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, la Secretaría podrá fijar los lineamientos que se seguirán para atenderlos como grupo, en tanto no existan elementos que aconsejen su atención en lo individual. Una vez atendido el ingreso masivo, tan pronto le sea posible a la Secretaría, procederá a la determinación individual de la condición de refugiado.

Artículo 27. No será reconocida la condición de refugiado al extranjero respecto del cual, una vez analizada su solicitud, existan motivos fundados para considerar que se encuentra en alguno de los supuestos siguientes:

- I. Que ha cometido un delito contra la paz, el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, de los definidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano;

- II. Que ha cometido fuera del territorio nacional un delito calificado como grave, antes de su internación al mismo, o
- III. Que ha cometido actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

En el supuesto de la fracción II se deberá atender la naturaleza del delito y que el mismo sea punible conforme a la legislación nacional y a la del país de origen o del país donde se hubiese cometido.

CAPÍTULO II DE LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 28. La Secretaría podrá otorgar protección complementaria al extranjero que, no encontrándose dentro de los supuestos del artículo 13 de esta Ley, requiera protección para no ser devuelto al territorio de otro país en donde su vida peligre o en donde existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Para el otorgamiento de dicha protección la Secretaría deberá considerar la opinión de la Secretaría de Relaciones Exteriores, misma que se solicitará conforme a lo previsto en el artículo 24 de esta Ley.

No se otorgará protección complementaria al extranjero respecto del cual existan motivos fundados para considerar que se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 27 de la presente Ley.

Artículo 29. Cuando la Secretaría determine que un solicitante no reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado, deberá, en cada caso, evaluar si el extranjero requiere protección complementaria.

Artículo 30. La evaluación de protección complementaria deberá ser notificada al extranjero en la misma resolución recaída en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

Artículo 31. Si la Secretaría determina que un extranjero requiere protección complementaria, expedirá el documento migratorio correspondiente que acredite su situación migratoria regular en el país en los términos de las disposiciones aplicables. En caso contrario, éste quedará sujeto a las disposiciones migratorias correspondientes.

Artículo reformado DOF 30-10-2014

Artículo 32. La Secretaría podrá retirar la protección complementaria otorgada solamente en los siguientes casos:

- I. En los que se acredite que un extranjero ocultó o falseó la información proporcionada, o
- II. Cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron el otorgamiento de la protección complementaria.

TÍTULO QUINTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CESACIÓN, REVOCACIÓN Y CANCELACIÓN

CAPÍTULO I DE LA CESACIÓN, DE LA REVOCACIÓN Y DE LA CANCELACIÓN

Artículo 33. La Secretaría cesará el reconocimiento de la condición de refugiado al que:

- I. Se ha acogido voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad;
- II. Habiendo perdido su nacionalidad, la recobra voluntariamente;
- III. Ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;
- IV. Se ha establecido voluntariamente en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido de conformidad con el artículo 13 de la presente Ley;
- V. Han desaparecido las circunstancias por las cuales fue reconocido como refugiado y no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, o
- VI. No tiene nacionalidad y por desaparecer las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como refugiado, está en condiciones de regresar al país donde tenía su residencia habitual.

No cesará el reconocimiento de la condición de refugiado en los supuestos comprendidos en las fracciones V y VI, cuando el refugiado pueda invocar razones graves derivadas de la persecución por la que originalmente dejó su país de origen, o que mantenga un fundado temor de persecución por alguno de los motivos contemplados en el artículo 13 de esta Ley.

Artículo 34. La Secretaría revocará el reconocimiento de la condición de refugiado cuando, con posterioridad a su reconocimiento, un refugiado realice conductas contempladas en las fracciones I y III del artículo 27 de esta Ley.

Artículo 35. La Secretaría cancelará el reconocimiento de la condición de refugiado, cuando tenga en su poder pruebas fehacientes que demuestren que el solicitante ocultó o falseó los hechos declarados sobre los que basó su solicitud de tal forma que, de haberse conocido oportunamente, hubieran ocasionado el no reconocimiento de la condición.

Artículo 35 Bis. Los refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria, podrán solicitar que se suspenda en cualquier momento la condición o protección que reciben, para lo cual será necesario dar aviso a la Secretaría.

En caso de que un refugiado o extranjero que reciba protección complementaria abandone el país y solicite el reconocimiento de la condición de refugiado, otorgamiento de una condición similar o la residencia permanente en otro país, la Secretaría procederá a la suspensión de la condición de refugiado misma que podría ser reactivada mediante solicitud y su evaluación en un eventual retorno.

En los casos a que se refiere este artículo, la Secretaría realizará las acciones necesarias para dar por terminados los efectos de su condición de estancia en territorio nacional en los términos previstos por el reglamento.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO II DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 36. Corresponde a la Secretaría cesar, cancelar o revocar el reconocimiento de la condición de refugiado. Para lo anterior, la Secretaría deberá emitir resolución fundada y motivada con respecto a la cesación, cancelación o revocación del reconocimiento de la condición de refugiado, dentro de los 45 días hábiles contados a partir del día en que se inicie el procedimiento respectivo y la cual deberá ser notificada al extranjero.

El plazo para emitir la resolución podrá ampliarse hasta por un período igual a juicio de la Secretaría y únicamente cuando existan razones justificadas que lo motiven, las que serán:

- I. La falta de traductor o especialistas que faciliten la comunicación con el refugiado;
- II. La imposibilidad de realizar entrevistas en razón de las condiciones de salud del refugiado;
- III. La petición del extranjero para aportar elementos, o
- IV. Cualquier otra circunstancia derivada del caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite a la Secretaría el adecuado desarrollo del procedimiento.

El reglamento de esta Ley establecerá los términos, condiciones y requisitos bajo los cuales se podrá tramitar dicha ampliación.

Los procedimientos de cesación, revocación o cancelación del reconocimiento de la condición de refugiado serán gratuitos.

Artículo 37. La resolución deberá ser notificada por escrito al extranjero. La Secretaría al momento de realizar las notificaciones procurará que el extranjero comprenda el sentido de la resolución.

Artículo 38. Durante la substanciación de un procedimiento de cesación, revocación o cancelación, la Secretaría deberá informar a los extranjeros que gozan de la condición derivada de refugiado mencionados en el artículo 12, que podrán presentar por escrito una nueva solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado independiente del solicitante principal. En este supuesto, la condición derivada se mantendrá hasta que se llegue a una determinación final de la solicitud.

En relación con el cónyuge, concubinario, concubina, hijos y aquellos dependientes del extranjero cuyo reconocimiento de la condición de refugiado fuere cesado, revocado o cancelado, tendrán el derecho de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado. En caso de no presentar la solicitud correspondiente, la cesación, revocación o cancelación será efectiva, transcurrido el plazo de 30 días hábiles a partir de la determinación correspondiente al refugiado principal.

No obstante, podrán solicitar a la autoridad migratoria les sea otorgada una condición de estancia en el país.

Párrafo reformado DOF 30-10-2014

Artículo 39. En contra de la resolución procederá el recurso de revisión, mismo que deberá ser presentado dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la notificación respectiva. De igual forma el extranjero podrá interponer los medios de defensa que estime pertinentes de conformidad con las disposiciones aplicables.

Artículo 40. El refugiado que se encuentre sujeto a un procedimiento de cesación, revocación o cancelación del reconocimiento de la condición de refugiado, tendrá entre otros, derecho a:

- I. Recibir información clara, oportuna y gratuita sobre el procedimiento respectivo y sobre los derechos inherentes al mismo, así como los recursos que esta Ley y otras disposiciones aplicables le conceda;
- II. Realizar las manifestaciones que a su derecho convengan y aportar todas las pruebas que considere convenientes, y
- III. Contar, en caso de ser necesario, de forma gratuita con el apoyo de un traductor o intérprete de su idioma o uno de su comprensión y de los especialistas que se requieran para facilitar la comunicación, mismos que en todo momento deberán de preservar la confidencialidad de la información.

Artículo 41. La Secretaría tomará las medidas necesarias para garantizar los derechos de los refugiados sujetos a un procedimiento de cesación, revocación o cancelación, que requieran atención especial por su situación de vulnerabilidad.

Durante el procedimiento, el refugiado podrá promover por sí o a través de su representante legal. En todo momento las entrevistas se deberán desahogar de manera personal con el refugiado, pudiendo estar acompañado por su representante legal.

Artículo 42. La Secretaría, tomando en consideración el contexto social y cultural de donde provenga el refugiado, así como su edad, género y otras circunstancias particulares, lo entrevistará de manera personal a fin de allegarse de elementos necesarios para poder resolver respecto de la cesación, revocación o cancelación del reconocimiento de la condición de refugiado.

Artículo 43. Al extranjero al que le sea cesado el reconocimiento de la condición de refugiado, no podrá, bajo ninguna circunstancia, realizar nueva solicitud con base en los mismos hechos y argumentos por los que fue reconocido. En los casos que el reconocimiento de la condición de refugiado sea revocado o cancelado, el extranjero no podrá, bajo ninguna circunstancia, realizar nueva solicitud bajo los mismos hechos y argumentos por los que fue reconocido o gozar de la condición derivada.

TÍTULO SEXTO DE LOS REFUGIADOS

CAPÍTULO I DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES

Artículo 44. En virtud de las condiciones que presentan los refugiados al salir de su país de origen respecto de los demás extranjeros, deberán recibir las mayores facilidades posibles para el acceso a los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos de derechos humanos debidamente firmados y ratificados por el Estado Mexicano, de conformidad con las disposiciones aplicables, entre ellos:

- I. Recibir apoyo de las instituciones públicas, en el ejercicio y respeto de sus derechos;
- II. Recibir servicios de salud;
- III. Recibir educación y, en su caso, el reconocimiento de sus estudios;
- IV. Ejercer el derecho al trabajo, pudiéndose dedicar a cualquier actividad, siempre que sea lícita, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en la materia;
- V. Obtener el documento de identidad y viaje expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores;
- VI. Solicitar la reunificación familiar, y
- VII. Obtener el documento migratorio expedido por la Secretaría, que acredite su condición de estancia como residente permanente.

Fracción reformada DOF 30-10-2014

Artículo 45. Los extranjeros a los que hace referencia el presente ordenamiento tienen la obligación de respetar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para mantener el orden público.

CAPÍTULO II DE LOS REFUGIADOS RECONOCIDOS EN OTRO PAÍS

Artículo 46. La Secretaría podrá autorizar a un extranjero reconocido como refugiado en otro país, que no gozaba de protección efectiva, su internación como refugiado al territorio nacional, de conformidad con lo establecido en el reglamento de esta Ley.

Artículo 47. Cuando un extranjero reconocido como refugiado en un tercer país, se interne en contravención a las disposiciones de ingreso al territorio nacional, la Secretaría, teniendo en cuenta el carácter declarativo del reconocimiento de la condición de refugiado, analizará los motivos de dicha internación y las razones por las cuales salió del país donde fue reconocido como refugiado con el objeto de determinar si gozaba o no de protección efectiva.

Si la protección otorgada por un tercer país fuese efectiva y las causas por los cuales fue reconocido como refugiado se mantienen vigentes será procedente la salida del refugiado del territorio nacional.

La Secretaría deberá emitir una resolución fundada y motivada sobre este hecho, la cual deberá ser notificada por escrito al extranjero. El refugiado podrá interponer recurso de revisión dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de acuerdo con el reglamento; de igual forma podrá interponer los medios de defensa que estime pertinentes de conformidad con las disposiciones aplicables. La salida del refugiado sólo procederá en caso de no existir riesgos a su vida, libertad y seguridad.

CAPÍTULO III DE LA ESTANCIA EN TERRITORIO NACIONAL

Artículo 48. A los refugiados y aquellos extranjeros que se les otorgue protección complementaria se les concederá la residencia permanente en los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 49. Los refugiados y aquellos extranjeros que requieren protección complementaria de conformidad con los Tratados Internacionales de observancia obligatoria en México y demás ordenamientos aplicables, podrán residir en cualquier lugar de la República Mexicana debiendo informar a la Secretaría sus cambios de residencia, de conformidad con lo establecido en el reglamento.

La Secretaría podrá determinar el lugar de residencia de solicitantes, refugiados o extranjeros que requieran o reciban protección complementaria, solamente cuando se emitan lineamientos conforme al artículo 26 de esta Ley.

Artículo 50. Los refugiados y aquellos extranjeros que requieran protección complementaria de conformidad con los Tratados Internacionales de observancia obligatoria en México y demás ordenamientos aplicables, estarán exentos del pago de derechos por concepto de servicios migratorios.

Artículo 51. Cuando un refugiado o un extranjero que reciba protección complementaria, pretendan viajar a su país de origen, deberá de hacerlo del conocimiento de la Secretaría. La información que proporcione el refugiado o el extranjero que reciba protección complementaria, podrá dar inicio al procedimiento de cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado, así como retirar la protección complementaria.

Artículo 52. Si hay razones fundadas para considerar que el solicitante, refugiado, o extranjero que reciba protección complementaria, pone en riesgo la seguridad nacional, o bien, si habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito grave cuya naturaleza constituye una amenaza a la sociedad, podrá ser expulsado o devuelto a otro país.

Artículo 53. En caso de presentarse una solicitud de extradición de un extranjero que hubiese solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado o de un refugiado, la Secretaría de Relaciones Exteriores notificará a la Secretaría en un plazo no mayor a cinco días hábiles, a partir de la fecha en que reciba la solicitud de extradición.

Para efectos de lo señalado en el párrafo anterior, la Secretaría deberá remitir a la Secretaría de Relaciones Exteriores, el listado de los solicitantes y refugiados de conformidad con el reglamento.

En el caso a que se refiere el primer párrafo de este artículo la Secretaría, durante el procedimiento de extradición, deberá emitir su opinión a la Secretaría de Relaciones Exteriores, respecto de si la

solicitud de extradición es acorde o no con la salvaguarda del principio de no devolución y, en su caso, las acciones que fuesen procedentes a su juicio, para cumplir con dicho principio.

Dicha opinión se hará llegar al Juez de conocimiento, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para su consideración, antes de que emita la opinión jurídica a que se refieren los artículos 28 y 29 de la Ley de Extradición Internacional.

Cuando una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado se encuentre pendiente de resolución, la Secretaría deberá resolver sobre el reconocimiento de la condición de refugiado en un plazo no mayor a diez días hábiles, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de esta Ley.

CAPÍTULO IV DE LA ASISTENCIA INSTITUCIONAL

Artículo 54. La Secretaría, en el ámbito de sus atribuciones, adoptará las medidas necesarias para brindar asistencia institucional a los refugiados, así como auxiliarlos con el objeto de facilitar su integración al país, tomando en consideración el contexto social y cultural de donde provengan, así como si son niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, con discapacidad, mujeres embarazadas, enfermos crónicos, víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de abuso sexual y violencia de género, de trata de personas o a cualquier otra persona que pudiese encontrarse en estado de vulnerabilidad.

Artículo 55. La Secretaría podrá establecer convenios de coordinación con dependencias y entidades federales y locales, para que los solicitantes que se encuentren en estado de particular vulnerabilidad y los refugiados puedan recibir apoyos para atender sus necesidades inmediatas. Asimismo, podrá establecer mecanismos de colaboración con organizaciones de la sociedad civil y todas aquellas instituciones que puedan otorgar atención directa a solicitantes y refugiados.

Artículo 56. La Secretaría promoverá que las dependencias y entidades federales, estatales, municipales, del Distrito Federal y sus Delegaciones, así como las instituciones que otorguen apoyos a las personas a que se refiere el artículo 54 de esta Ley, brinden las facilidades a los solicitantes y refugiados para el acceso a los beneficios de sus programas, de conformidad con las disposiciones jurídicas que resulten aplicables.

Artículo 57. Cuando para el ejercicio de sus derechos y obligaciones el refugiado requiera de los servicios consulares de su país de origen para la obtención de documentos, certificación o acreditación de su estado civil, títulos y demás actos administrativos, las autoridades competentes tomarán las medidas oportunas para apoyar al refugiado, respetando su derecho a no solicitar apoyo de las autoridades del gobierno de su país de origen, incluyendo la posibilidad de no solicitar la apostilla o legalización de documentos de conformidad con las disposiciones aplicables.

Artículo 58. Para efectos de la reunificación familiar, la Secretaría podrá autorizar, por derivación de la condición de refugiado, la internación a territorio nacional del cónyuge, concubinario, concubina, hijos, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, parientes consanguíneos del cónyuge, concubinario, concubina, hasta el segundo grado que dependan económicamente del refugiado, así como la capacidad económica para su manutención.

TÍTULO SÉPTIMO DEL ASILO POLÍTICO

Título adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO I PRINCIPIOS

Capítulo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 59. La Secretaría, sin perjuicio de las obligaciones que les corresponda a otras autoridades y en coordinación con las mismas, adoptará las medidas que estén a su alcance para que los asilados no sean objeto de discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquiera otra que tenga como efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de sus derechos.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 60. La información aportada por los solicitantes de asilo político y asilados será tratada con la más estricta confidencialidad, en términos de lo establecido por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Cuando alguna autoridad requiera información respecto a los solicitantes de asilo político o asilados, deberá solicitarla a la Secretaría de Relaciones Exteriores; en caso de que se le proporcione dicha información, ésta deberá ser tratada de manera confidencial, en términos de la ley citada.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO II DEL OTORGAMIENTO DE ASILO POLÍTICO

Capítulo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 61. Todo extranjero que encuentre en peligro su vida, su libertad o seguridad por ideas o actividades políticas directamente relacionadas con su perfil público, y carezca de la protección de su país, podrá solicitar el otorgamiento de asilo político ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, sus delegaciones localizadas fuera del Distrito Federal o la Representación, según corresponda.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 62. La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá hacer extensivo, por derivación el otorgamiento de asilo político al cónyuge, concubinario, concubina, sus hijos y los de su cónyuge, concubinario o concubina, que dependan económicamente del asilado, que se encuentren en su país de origen o en territorio nacional con el solicitante, para lo cual deberá considerar la opinión que emita la Secretaría.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO III DEL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE ASILO POLÍTICO

Capítulo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 63. El solicitante de asilo político deberá presentarse físicamente en la Representación, en la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores o en sus delegaciones localizadas fuera del Distrito Federal, a efecto de presentar por escrito su solicitud, y proporcionar sus datos de iden-

tificación, los motivos en los cuales fundamenta su solicitud de asilo político, así como de todos los elementos que disponga para sustentarla.

En el caso en que al solicitante no le sea posible presentar la solicitud por escrito, podrá hacerlo verbalmente.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 64. El solicitante de asilo político recibirá información clara, oportuna y gratuita sobre el procedimiento de otorgamiento de asilo político, así como sobre sus derechos y obligaciones.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 65. Las Representaciones solo recibirán solicitudes de asilo político de los nacionales de aquellos países ante los que se encuentren acreditadas.

Las Representaciones deberán remitir las solicitudes a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 66. Durante el procedimiento, la Secretaría de Relaciones Exteriores o la Representación de considerarlo pertinente, tomará las medidas a su alcance para proveer protección a los solicitantes de asilo político.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 67. La Representación podrá entrevistar al solicitante hasta en dos ocasiones, a fin de recabar elementos suficientes para el análisis de la solicitud. Asimismo recabará la mayor información posible sobre la situación prevaleciente en el país de origen.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 68. Corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores la decisión de conceder o no el asilo político, previa opinión de la Secretaría.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 69. La decisión sobre el otorgamiento o no del asilo político será comunicada al solicitante del mismo; el reglamento de esta Ley establecerá el plazo para tales efectos.

En los casos en los cuales la Secretaría de Relaciones Exteriores, otorgue asilo político, ésta y la Representación, de manera coordinada, tomarán las medidas necesarias para que, en su caso, el asilado sea trasladado a territorio nacional.

Otorgado el asilo político, la Secretaría de Relaciones Exteriores notificará su decisión a la Secretaría a efecto de que esta expida el documento migratorio de conformidad con lo establecido en la Ley de Migración.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 70. En caso de que un extranjero se presente en un lugar destinado en México al tránsito internacional de personas y solicite se le conceda asilo político, la Secretaría determinará si la solicitud corresponde a un posible caso de condición de refugiado o de asilo político. En este último supuesto, informará de inmediato a la Secretaría de Relaciones Exteriores de tal situación, debiendo remitir los datos que lo identifiquen, así como las razones que exponga para sustentar su solicitud.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO IV DEL RETIRO Y RENUNCIA DEL ASILO POLÍTICO

Capítulo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 71. La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá retirar el otorgamiento de asilo político en los siguientes casos:

- I. En los que se acredite que el asilado ocultó o falseó la información proporcionada;
- II. Por realizar actos en territorio nacional que constituyan un riesgo o amenaza para la seguridad nacional;
- III. Cuando existan razones fundadas para considerar que el asilado ha cometido un delito contra la paz, el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra de los definidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte o del delito de terrorismo, o
- IV. Cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su otorgamiento.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 72. Los asilados podrán renunciar en cualquier momento a la protección que les fue otorgada, para lo cual será necesario dar aviso por escrito a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la que comunicará lo conducente a la Secretaría.

En caso de que un asilado solicite la protección o residencia permanente en otro país, se entenderá que renuncia a la protección que se le otorgó en los Estados Unidos Mexicanos.

En los casos de renuncia a que se refiere el presente artículo, la Secretaría de Relaciones Exteriores realizará las acciones necesarias para dar por terminados los efectos de su condición de estancia en territorio nacional en los términos previstos por el reglamento.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO V DE LA ESTANCIA EN TERRITORIO NACIONAL

Capítulo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 73. Al solicitante de asilo político se le concederá la condición de estancia de conformidad con lo establecido en la Ley de Migración.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 74. En caso de presentarse una solicitud de extradición de un asilado, la Secretaría de Relaciones Exteriores incluirá la condición de asilado como un elemento al considerar la solicitud de extradición.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO VI DE LA ASISTENCIA INSTITUCIONAL

Capítulo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 75. La Secretaría, en el ámbito de sus atribuciones y en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores, adoptará las medidas necesarias para brindar asistencia institucional a los asilados, en los mismos términos que lo establecido en los artículos 54, 55, 56 y 57 de la Ley.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

CAPÍTULO VII DE LOS TRÁMITES PREVISTOS EN LA LEY

Capítulo adicionado DOF 30-10-2014

Artículo 76. El detalle de los procedimientos, plazos, requisitos y criterios de los trámites relacionados con la solicitud de otorgamiento de asilo político, el reconocimiento de la condición de refugiado y de protección complementaria, se sujetará a lo establecido en el reglamento de la presente Ley.

Artículo adicionado DOF 30-10-2014

TRANSITORIOS

PRIMERO. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO. Los procedimientos de solicitantes y refugiados que hayan sido iniciados conforme a lo previsto en la Ley General de Población y su reglamento, y que se encuentren pendientes de resolución podrán substanciarse conforme a lo dispuesto por la presente Ley y su reglamento.

TERCERO. Los refugiados reconocidos anteriormente a la entrada en vigor de la presente Ley podrán solicitar que se les expida el documento migratorio que acredite su condición de legal estancia en el país como residente permanente.

Artículo reformado DOF 30-10-2014

CUARTO. Las secretarías de Gobernación, Educación Pública, Trabajo y Previsión Social, Salud, Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la República realizarán las acciones necesarias para que la implementación del presente Decreto se realice, en su caso, con los recursos aprobados a las mismas, para el ejercicio fiscal que corresponda, por lo que no requerirán recursos adicionales para tales efectos y no incrementarán sus presupuestos regularizables.

QUINTO. El Ejecutivo a través de la Secretaría de Gobernación, contará con un plazo de 180 días naturales para la publicación del reglamento de la presente Ley, en el Diario Oficial de la Federación.

Artículo Segundo.

Transitorio

Único. El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

México, D.F., a 9 de diciembre de 2010.- Dip. **Jorge Carlos Ramírez Marín**, Presidente.- Sen. **Manlio Fabio Beltrones Rivera**, Presidente.- Dip. **Maria Guadalupe García Almanza**, Secretaria.- Sen. **Arturo Herviz Reyes**, Secretario.- Rúbricas."

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a veintiséis de enero de dos mil once.- **Felipe de Jesús Calderón Hinojosa**.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, **José Francisco Blake Mora**.- Rúbrica.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS DE DECRETOS DE REFORMA

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones, así como la denominación de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria; y se reforman y adicionan diversos artículos de la Ley de Migración.

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de octubre de 2014

Artículo Primero.- Se reforman la denominación de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria para quedar como "Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político"; los artículos 2; 3; la denominación del Título Tercero; los artículos 21, primer párrafo; 25, segundo párrafo, 31, 38, tercer párrafo, 44 fracción VII, y Tercero Transitorio del Decreto por el que se expide la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Población, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011 y se adicionan los artículos 14 Bis; 14 Ter; 35 Bis; un Título Séptimo, denominado Del Asilo; los artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75 y 76 a la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, para quedar como sigue:

.....

Transitorios

Primero. El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Los asilados reconocidos anteriormente a la entrada en vigor del presente Decreto podrán solicitar que se les expida el documento migratorio, que acredite su condición de estancia en el país de conformidad con lo establecido en la Ley de Migración.

Tercero. La Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Relaciones Exteriores realizarán las acciones necesarias para que la implementación de las presentes modificaciones se lleven a cabo con los recursos aprobados en su presupuesto, por lo que no requerirán recursos adicionales para tales efectos y no incrementarán su presupuesto regularizable para el presente ejercicio fiscal y los subsecuentes.

Cuarto. Se deberá establecer en los reglamentos respectivos el procedimiento por medio del cual la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados atenderá y desahogará los casos a los que hacen referencia los artículos 35 Bis y 70 de la presente Ley.

México, D.F., a 25 de septiembre de 2014.- Sen. **Miguel Barbosa Huerta**, Presidente.- Dip. **Silvano Aureoles Conejo**, Presidente.- Sen. **María Elena Barrera Tapia**, Secretaria.- Dip. **Javier Orozco Gómez**, Secretario.- Rúbricas."

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a veintisiete de octubre de dos mil catorce.- **Enrique Peña Nieto**.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, **Miguel Ángel Osorio Chong**.- Rúbrica

REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE REFUGIADOS Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA



CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN

Secretaría General

Secretaría de Servicios Parlamentarios

Nuevo Reglamento DOF 21-02-2012

REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE REFUGIADOS Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

TEXTO VIGENTE

Nuevo Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de febrero de 2012

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y con fundamento en los artículos 13, 17, 27, 28 y 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 1, 2, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 24, 25, 36, 45, 46, 47, 49, 53 y demás relativos de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria; he tenido a bien expedir el siguiente:

REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE REFUGIADOS, Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- El presente ordenamiento tiene por objeto reglamentar la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Artículo 2.- Además de las definiciones previstas en la Ley, para los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

I. Coordinación: Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados;

II. CUR: Folio único asignado a cada solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado denominado Clave Única de Refugiados;

III. Dependencias: Las Secretarías de Estado, incluyendo a sus respectivos Órganos Administrativos Desconcentrados y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal;

IV. Entidades: Los organismos descentralizados, empresas de participación estatal y fideicomisos públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal;

V. Estación Migratoria: Instalación física que establece la Secretaría de Gobernación, a través del Instituto Nacional de Migración, para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria;

VI. Estatuto derivado: Mecanismo mediante el cual los extranjeros a que se refiere el segundo párrafo del artículo 12 de la Ley, son reconocidos como refugiados en virtud del parentesco o el grado de dependencia;

VII. Integración: Proceso mediante el cual los refugiados, durante su estancia en territorio nacional, desarrollan condiciones de autosuficiencia, acceso al trabajo, educación, servicios de salud, adaptación en el ámbito social y cultural, entre otros;

VIII. Instituto: Instituto Nacional de Migración;

IX. Organizaciones de la Sociedad Civil: Agrupaciones civiles y sociales, legalmente constituidas, entre ellas las que se refiere el artículo 5 de la Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil, y

X. Subsecretaría: La Subsecretaría que conozca de la materia migratoria de acuerdo con la estructura orgánica vigente de la Secretaría.

Artículo 3.- La aplicación de la Ley y del presente Reglamento corresponde a la Secretaría por conducto de la Subsecretaría, de la Coordinación y del Instituto, en el ámbito de sus respectivas competencias. Sin perjuicio de lo anterior, las atribuciones encomendadas a la Coordinación podrán ser ejercidas directamente por la Subsecretaría.

Para la debida observancia de la Ley y del Reglamento, la Secretaría podrá solicitar el auxilio de las dependencias y entidades, de la Procuraduría General de la República, de los Poderes de la Unión, de los organismos constitucionales autónomos y de los Gobiernos de las entidades federativas, municipios y de las demarcaciones territoriales del Gobierno del Distrito Federal. Para tal efecto, la Secretaría podrá celebrar bases de colaboración y convenios de coordinación, así como concertar acciones con los sectores social y privado, en términos de las disposiciones aplicables.

TÍTULO SEGUNDO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

CAPÍTULO I DE LA DEFINICIÓN DE REFUGIADO

Artículo 4.- Para efectos de lo previsto en el artículo 13 de la Ley, se entenderá por:

I. Raza: La pertenencia del solicitante a un grupo étnico determinado, o a un grupo que comparte características de ascendencia común;

II. Religión: La profesión o no de una creencia religiosa, así como la práctica de ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, por parte del solicitante;

III. Nacionalidad: La pertenencia del solicitante a un grupo determinado, por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes, o sus convicciones comunes que resultan fundamentales para su identidad o conciencia;

IV. Género: El género o las preferencias sexuales del solicitante;

V. Pertenencia a determinado grupo social: La pertenencia del solicitante a un grupo de personas que posee características o antecedentes comunes, o bien comparten convicciones que resultan fundamentales para su identidad o conciencia;

VI. Opiniones políticas: La profesión de opiniones o ideas del solicitante, propias o atribuidas, que constituyan, o bien sean interpretadas, como una crítica u oposición a las políticas, costumbres o métodos del agente persecutor;

VII. Violencia generalizada: Enfrentamientos en el país de origen o residencia habitual, cuya naturaleza sea continua, general y sostenida, en los cuales se use la fuerza de manera indiscriminada;

VIII. Agresión extranjera: El uso de la fuerza armada por parte de un Estado en contra de la soberanía, integridad territorial o independencia política del país de origen o residencia habitual del solicitante;

IX. Conflictos internos: Los enfrentamientos armados que se desarrollen en el territorio del país de origen o residencia habitual entre sus fuerzas armadas y grupos armados organizados o entre tales grupos;

X. Violación masiva de los derechos humanos: Las conductas violatorias contra los derechos humanos y las libertades fundamentales en el país de origen, a gran escala y conforme a una política determinada, y

XI. Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público: Las situaciones que alteren de forma grave la paz pública en el país de origen o residencia habitual del solicitante y que sean resultado de actos atribuibles al hombre.

Artículo 5.- Los actos y hechos que originen temores fundados de persecución, según lo previsto en el artículo 13 de la Ley, deberán constituir, debido a su naturaleza o a su carácter reiterado, violaciones a derechos fundamentales. Los actos y hechos no requieren estar basados estrictamente en experiencias personales del solicitante.

Artículo 6.- Los actos de persecución a que refiere el artículo 13 de la Ley podrán revestir, entre otras, las formas siguientes:

- I.** Actos de violencia física o psicológica, incluidos los actos de violencia sexual;
- II.** Medidas legislativas, administrativas o judiciales que resulten gravemente discriminatorias en sí mismas o al ser implementadas;
- III.** Sujeción a proceso o aplicación de penas en forma desproporcionada o gravemente discriminatorias;

- IV.** Denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o gravemente discriminatorias, y
- V.** Conjunto de medidas concurrentes que conlleven persecución.

Artículo 7.- La persecución a que refiere el artículo 13 de la Ley podrá ser llevada a cabo, entre otros actores, por representantes o miembros de:

- I.** El Estado o personas que actúen de manera legítima o ilegítima en su nombre;
- II.** Asociaciones u organizaciones que controlen el territorio de un Estado o una parte considerable del mismo;
- III.** Agentes no estatales, cuando sean tolerados por las autoridades o bien, si éstas se niegan o son incapaces de proporcionar protección eficaz en contra de las acciones de éstos, y
- IV.** Sectores de la población que no respetan las normas establecidas por los ordenamientos legales.

CAPÍTULO II DEL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO Y DEL OTORGAMIENTO DE PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 8.- El derecho de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado a que se refiere el artículo 11 de la Ley, es aplicable a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, sin distinción de su situación migratoria, nacionalidad, edad, sexo, género o cualquier otra característica.

En ningún caso la Coordinación podrá otorgar protección complementaria sin haber determinado previamente la procedencia o no del reconocimiento de la condición de refugiado.

Artículo 9.- Para efectos del cumplimiento del artículo 6 de la Ley, ninguna autoridad tomará medidas que impliquen el rechazo de un solicitante o refugiado en puntos fronterizos o de internación al territorio nacional.

Artículo 10.- La Coordinación y el Instituto, en los casos de niñas, niños o adolescentes solicitantes, refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria, observarán las medidas orientadas a su atención especial, conforme a los estándares de protección y derechos que les corresponden.

Artículo 11.- En los casos de solicitantes que presenten alguna situación de vulnerabilidad, la Coordinación adoptará las medidas que mejor les favorezcan, de conformidad con lo dispuesto en el Título Cuarto de este Reglamento.

Artículo 12.- No se impondrá sanción alguna por ingreso irregular al país, al extranjero que sea reconocido como refugiado o que se le otorgue protección complementaria.

Artículo 13.- A los familiares de los solicitantes a los que hace referencia el segundo párrafo del artículo 12 de la Ley, previo análisis que de su caso realice la Coordinación, se les reconocerá la

condición de refugiado mediante estatuto derivado, en los casos en que dicha condición le sea reconocida al solicitante. Lo anterior, sin perjuicio de que puedan solicitar directamente el reconocimiento individual de la condición de refugiado.

Para efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se entenderá que existe dependencia económica cuando el solicitante tenga a su cargo proveer las necesidades de subsistencia de los extranjeros que soliciten su reconocimiento por derivación.

La dependencia económica se podrá acreditar a través de las manifestaciones del solicitante, de la información documental con que se cuente y, en su caso, de las declaraciones de otros miembros del grupo familiar.

TÍTULO TERCERO DE LAS ATRIBUCIONES EN MATERIA DE REFUGIADOS Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 14.- La Subsecretaría tendrá las atribuciones siguientes:

- I. Dar seguimiento y evaluar los programas sobre refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria;
- II. Establecer y difundir criterios que deban considerarse en la atención a solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria;
- III. Promover, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores y demás autoridades competentes, soluciones duraderas a la problemática que enfrentan los refugiados durante su estancia en territorio nacional, de conformidad con los supuestos previstos en la Ley;
- IV. Promover la participación de organismos nacionales e internacionales y de organizaciones de la sociedad civil que se hayan destacado por su trabajo y estudio en materia de refugiados, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras autoridades, y
- V. Las demás atribuciones que le confiera este Reglamento y demás ordenamientos aplicables.

Artículo 15.- Serán atribuciones de la Coordinación las siguientes:

- I. Proporcionar a los extranjeros información sobre el derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado y sobre el procedimiento correspondiente;
- II. Recibir las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado;
- III. Resolver sobre el reconocimiento de la condición de refugiado de los extranjeros que, encontrándose en territorio nacional, así lo soliciten;
- IV. Emitir las constancias de trámite respecto de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado a que se refiere el artículo 22 de la Ley;

- V.** Determinar el otorgamiento de protección complementaria a los extranjeros que se encuentren en los supuestos establecidos en la Ley;
- VI.** Promover acciones para garantizar el derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado;
- VII.** Resolver sobre los procedimientos de cesación, revocación y cancelación de la condición de refugiado;
- VIII.** Dictar las medidas necesarias durante los procedimientos de reconocimiento, cesación, revocación y cancelación de la condición de refugiado;
- IX.** Retirar la protección complementaria, en los supuestos que establece el artículo 32 de la Ley;
- X.** Llevar un registro actualizado de los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, refugiados y extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria;
- XI.** Atender a los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria con pleno respeto a sus derechos humanos;
- XII.** Realizar las acciones necesarias para la detección de necesidades de atención a solicitantes, refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria;
- XIII.** Canalizar a solicitantes que presenten situación de vulnerabilidad a instituciones especializadas para su atención;
- XIV.** Orientar a los refugiados y extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria que se encuentren en territorio nacional, sobre sus derechos y obligaciones;
- XV.** Proporcionar, cuando sea procedente, asistencia institucional a solicitantes, refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria;
- XVI.** Registrar y recibir los avisos de cambio de residencia y de salida al país de origen de los refugiados o extranjeros que reciban protección complementaria;
- XVII.** Emitir un dictamen que determine si los extranjeros reconocidos como refugiados en un tercer país, gozaban o no de protección;
- XVIII.** Emitir la opinión que el Instituto solicite respecto de la aplicación del artículo 52 de la Ley;
- XIX.** Resolver los recursos de revisión interpuestos en contra de las resoluciones que se emitan de conformidad con lo dispuesto en la Ley;
- XX.** Emitir la opinión a la Secretaría de Relaciones Exteriores respecto de las solicitudes de extradición relativas a solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, refugiados o extranjeros que hayan recibido protección complementaria, para analizar si éstas son acordes o no con el principio de no devolución, y en su caso, proponer las acciones que fuesen procedentes para cumplir con dicho principio, en los términos del artículo 53 de la Ley;

- XXI.** Emitir dictamen sobre la procedencia de la reunificación familiar en los términos del artículo 58 de la Ley;
- XXII.** Organizar y participar en actividades de difusión sobre los derechos y las obligaciones de los solicitantes, refugiados y extranjeros que hayan recibido protección complementaria;
- XXIII.** Propiciar la integración de los refugiados y extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria, mediante la coordinación de acciones con las instancias competentes;
- XXIV.** Suscribir convenios e implementar mecanismos de cooperación y concertación con organismos nacionales e internacionales y sociedad civil organizada, que participen en la atención a refugiados y extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria;
- XXV.** Coadyuvar con las dependencias y entidades competentes, así como con la Procuraduría General de la República, en la capacitación de los servidores públicos vinculados con la aplicación de la Ley y del presente Reglamento;
- XXVI.** Coadyuvar con el Instituto en la atención de los asuntos relativos a los solicitantes, refugiados y extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria, en el ámbito de sus respectivas competencias, y
- XXVII.** Las demás atribuciones que le confieran la Ley, este Reglamento y demás ordenamientos aplicables.

Artículo 16.- El Instituto tendrá las siguientes atribuciones:

- I.** Detectar a los extranjeros que, derivado de las manifestaciones vertidas ante la autoridad migratoria o bien por su condición personal se pueda presumir que son posibles solicitantes de la condición de refugiado, informándoles su derecho a solicitar el reconocimiento de dicha condición;
- II.** Coadyuvar con la Coordinación en la recepción de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, remitiéndolas a la Coordinación en un término de 72 horas, contadas a partir de dicha recepción;
- III.** Coadyuvar con la Coordinación en la entrega de las constancias de trámite respecto de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado que establece el artículo 22 de la Ley;
- IV.** Coadyuvar con la Coordinación en la atención a los solicitantes que se encuentren en una estación migratoria durante el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado;
- V.** Coadyuvar con la Coordinación en la canalización de los solicitantes en situación de vulnerabilidad que se encuentren en una estación migratoria, a instituciones especializadas en su atención, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de este Reglamento;
- VI.** Coadyuvar con la Coordinación a fin de que ésta realice la notificación de las resoluciones sobre el reconocimiento de la condición de refugiado o el otorgamiento de protección complementaria;

- VII.** Coadyuvar con la Coordinación en la recepción de los recursos de revisión que se presenten en contra de las resoluciones que se emitan de conformidad con la Ley y remitirlas a la Coordinación en el plazo de 72 horas, contadas a partir de su recepción;
- VIII.** Coadyuvar con la Coordinación a fin de que ésta realice la notificación de las resoluciones que se emitan respecto a los recursos de revisión interpuestos;
- IX.** Resolver sobre la internación de refugiados reconocidos en un tercer país, de conformidad con el dictamen que para tal efecto emita la Coordinación;
- X.** Resolver, con base en el dictamen que emita la Coordinación, la situación migratoria de los extranjeros reconocidos como refugiados en un tercer país que se internen al territorio nacional en contravención a las disposiciones de ingreso;
- XI.** Autorizar la internación a territorio nacional de los extranjeros respecto de los cuales la Coordinación haya determinado la procedencia de su reunificación familiar;
- XII.** Expedir el documento migratorio que acredite a los refugiados la residencia permanente en los Estados Unidos Mexicanos;
- XIII.** Expedir el documento migratorio que acredite a los extranjeros que reciban protección complementaria la residencia permanente en los Estados Unidos Mexicanos;
- XIV.** Expedir a los refugiados reconocidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el documento migratorio que acredite la residencia permanente en los Estados Unidos Mexicanos;
- XV.** Capacitar a sus servidores públicos sobre los derechos y obligaciones de los solicitantes, refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria, en materia migratoria;
- XVI.** Aplicar el artículo 52 de la Ley, para lo cual, a efecto de emitir una resolución fundada y motivada, valorará la opinión a que hace referencia la fracción XVIII del artículo 15 del presente Reglamento, y
- XVII.** Las demás atribuciones que le confieran la Ley, este Reglamento y demás ordenamientos aplicables.

TÍTULO CUARTO DEL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO

CAPÍTULO I DE LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES

Artículo 17.- Las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado serán presentadas de acuerdo a las siguientes disposiciones:

- I.** Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado será presentada ante la Coordinación;

- II.** La solicitud se podrá presentar en cualquier idioma o lengua;
- III.** En caso de que el extranjero no sepa leer ni escribir, o bien no pueda expresarse por escrito en el idioma o lengua de su comprensión, el servidor público competente, auxiliado de un traductor o interprete, deberá asentar sus declaraciones en un acta circunstanciada, en la que constará su firma o huella digital, y
- IV.** La Coordinación informará por escrito al Instituto, dentro de las 72 horas siguientes, sobre la presentación de la solicitud.

Para efectos de la fracción I, en coadyuvancia, el Instituto podrá recibir las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, las cuales deberán ser remitidas a la Coordinación dentro de las 72 horas siguientes a su recepción.

Artículo 18.- Conforme a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 21 de la Ley, cualquier autoridad que tenga conocimiento de la pretensión de un extranjero de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, deberá notificarlo por escrito a la Coordinación en un término no mayor a 72 horas, a efecto de que ésta tome las medidas necesarias para iniciar el procedimiento correspondiente.

Artículo 19.- Para efectos del cumplimiento del artículo 18 de la Ley, la Coordinación de manera excepcional dará trámite a las solicitudes presentadas fuera del plazo previsto, cuando el extranjero acredite que por causas ajenas a su voluntad no le fue materialmente posible presentarla oportunamente.

Artículo 20.- En los casos en que la solicitud sea presentada a través de un representante legal, éste deberá acreditar, mediante carta poder firmada ante dos testigos, que cuenta con dicha representación. El solicitante y, en su caso, su representante legal, tendrán acceso al expediente, de conformidad con las disposiciones aplicables.

De conformidad con el artículo 11 de la Ley, cuando la solicitud sea presentada por un representante legal o un tercero, el extranjero deberá ratificarla personalmente, ante la Coordinación o el Instituto, dentro del término de 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente de su presentación.

El solicitante podrá ser asistido por su representante legal en cualquier momento del procedimiento.

Artículo 21.- Una vez recibida la solicitud, todos los solicitantes llenarán de puño y letra el formulario de información que al efecto establezca la Coordinación, en un idioma o lengua de su comprensión. El llenado del formulario deberá realizarse en presencia de un servidor público de la Coordinación o del Instituto.

En caso de que el solicitante no sepa leer ni escribir, o bien no pueda expresarse por escrito en el idioma o lengua de su comprensión, el servidor público de la Coordinación o del Instituto deberá asentar las declaraciones del solicitante en un acta circunstanciada, en la que constará su firma o huella digital.

Artículo 22.- Una vez presentada la solicitud, el solicitante no podrá ser devuelto a su país de origen. La Coordinación, sin perjuicio del derecho a la no devolución de los solicitantes, en cada caso solicitará por escrito al Instituto, que se abstenga de tomar medidas para devolver al solicitante a

su país de origen, así como no proporcionar información o notificar a las autoridades consulares o diplomáticas del país de origen a menos que se cuente con evidencia del consentimiento expreso de éste, hasta en tanto no sea resuelta la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Artículo 23.- El solicitante podrá promover ante la Coordinación la autorización para continuar con el trámite de su solicitud en una entidad federativa distinta a aquella en la cual la presentó, debiendo exponer las causas en las que funde su petición, así como las pruebas que estime convenientes.

La Coordinación deberá resolver la petición del solicitante en un término no mayor de 3 días hábiles.

Artículo 24.- En caso de que el solicitante no se encuentre presentado ante el Instituto, una vez que su solicitud haya sido registrada, deberá asistir semanalmente ante la Coordinación o el Instituto, el día que le sea señalado.

Se considerará abandonado el trámite de solicitud cuando el solicitante no asista ante la Coordinación o el Instituto durante dos semanas consecutivas sin causa justificada. Una vez que se determine el abandono, el extranjero dejará de ser considerado como solicitante, lo cual deberá notificarse al Instituto o, en su caso, éste notificará a la Coordinación.

En el caso en que un extranjero que hubiese abandonado su trámite exprese su intención de presentar una nueva solicitud, deberá justificar las causas por las cuales incurrió en el abandono, mismas que serán valoradas por la Coordinación para determinar su admisión.

De igual forma, se considerará que un solicitante abandonó su trámite cuando se traslade, sin la autorización de la Coordinación, a una entidad federativa distinta a aquella en la que hubiese presentado su solicitud.

Artículo 25.- En caso de que el solicitante abandone su trámite, la Coordinación lo tendrá por concluido. De manera excepcional, el procedimiento podrá ser reanudado cuando se acredite que por causas ajenas a su voluntad le fue materialmente imposible darle continuidad.

Artículo 26.- El solicitante podrá, en cualquier momento del procedimiento, manifestar que no desea continuar con el mismo. Este desistimiento se realizará por escrito y deberá ser ratificado de manera personal dentro de los 3 días hábiles siguientes ante la Coordinación o, en su caso, ante el Instituto, el cual deberá remitirlo a la Coordinación en un plazo de 72 horas siguientes a su recepción. De igual forma, la Coordinación notificará al Instituto de los desistimientos.

En los casos de desistimiento no procederá la reapertura del expediente. Lo anterior, sin perjuicio de que el extranjero presente una nueva solicitud de conformidad con la Ley y el presente Reglamento.

CAPÍTULO II DE LAS ENTREVISTAS

Artículo 27.- Una vez que se haya presentado la solicitud, la Coordinación realizará las entrevistas que considere necesarias al solicitante, a efecto de allegarse de la información para el análisis del caso.

Durante el desarrollo de las entrevistas deberá tenerse en cuenta el contexto social y cultural del solicitante, así como sus características de sexo, género, edad y otras circunstancias particulares.

Las entrevistas podrán realizarse en la Coordinación, en las estaciones migratorias o en otras instalaciones que se habiliten para tal efecto.

Todas las comunicaciones sostenidas entre los servidores públicos de la Coordinación y los solicitantes durante las entrevistas, quedarán registradas en medios magnéticos.

Artículo 28.- De conformidad con lo previsto por los artículos 10 y 23 de la Ley, toda la información proporcionada por el solicitante será tratada con estricta confidencialidad. Para tal efecto, la Coordinación deberá tomar las medidas para asegurar, de ser el caso, que cualquier autoridad que tenga acceso a la información le dé el mismo tratamiento.

Ninguna autoridad proporcionará información de ninguna índole a las autoridades diplomáticas o consulares del país de origen del solicitante, a menos que se cuente con el consentimiento expreso y por escrito del solicitante. La información a que se refiere este párrafo incluye aquella proporcionada por el solicitante, el avance del procedimiento, así como la resolución.

Artículo 29.- La Coordinación garantizará que durante el desarrollo de las actuaciones que se lleven a cabo para la tramitación de las solicitudes, particularmente en las entrevistas, se garantice la cabal comprensión en la comunicación. Para tal efecto, se auxiliará de los servicios de intérpretes y traductores, quienes no tendrán vínculos relevantes con las representaciones diplomáticas o consulares del país de origen del solicitante.

La Coordinación solicitará al intérprete o traductor que se comprometa por escrito a observar un comportamiento ético e imparcial, así como guardar la confidencialidad de la información que proporcione el solicitante.

Artículo 30.- En caso de no contar con intérprete o traductor en el idioma o lengua del solicitante, se observará lo siguiente:

- I. Se podrá recurrir a instituciones que cuenten con personal que domine el idioma o lengua requerido;
- II. Se podrá solicitar apoyo a organismos internacionales, pudiendo, en caso necesario, efectuar la traducción o interpretación a través de videoconferencia, conferencia telefónica o cualquier otro medio de comunicación remota, y
- III. En casos excepcionales, cuando así se requiera, se realizarán las entrevistas en otro idioma o lengua de comprensión del solicitante, para lo cual se deberá contar con su consentimiento.

En la elección del intérprete o traductor, se dará preferencia al que cuente con certificación debidamente expedida por las autoridades correspondientes.

Artículo 31.- La Coordinación procurará garantizar a todas las personas que acompañen al solicitante, la oportunidad de ser entrevistados individualmente, con el propósito de identificar si se trata de extranjeros que pudieran presentar una solicitud independiente.

Durante el procedimiento, los servidores públicos de la Coordinación tendrán presentes las particularidades en la comunicación que pudieran surgir en virtud del sexo, género, condición de vulnerabilidad o bien de elementos culturales, edad y diversidad de los solicitantes; especialmente en lo que respecta a la comunicación no verbal.

Artículo 32.- Durante la entrevista, el solicitante tendrá las siguientes obligaciones:

- I. Proporcionar información sobre sus antecedentes personales, los cuales podrán ser verificados con las autoridades competentes;
- II. Aportar con veracidad información sobre los motivos por los que salió de su país de origen o de residencia habitual y si, en su caso, proviene de un tercer país;
- III. Aportar pruebas o, en su caso, explicar de manera satisfactoria la falta de las mismas;
- IV. Relatar las circunstancias de las razones invocadas en apoyo de su solicitud, y
- V. Proporcionar cualquier otra información que el entrevistador estime necesaria para establecer la existencia de fundados temores o amenazas en su contra.

Artículo 33.- La información sobre los antecedentes personales del solicitante a que se refiere la fracción I del artículo anterior, incluirá sus datos de identidad personal, tales como:

- I. Nombre completo, alias o pseudónimos;
- II. Fecha y lugar de nacimiento;
- III. Nacionalidad o país de residencia habitual;
- IV. Grupo étnico;
- V. Sexo;
- VI. Estado civil;
- VII. Religión;
- VIII. Ocupación;
- IX. Grado máximo de estudios, e
- X. Idioma o lengua que habla el solicitante.

Para efectos de evaluar las declaraciones con el objetivo de determinar los elementos objetivos y subjetivos del caso, el solicitante deberá aportar información sobre los familiares que lo acompañan y los que residan en cualquier otro país, así como la información que indique la intención del solicitante en permanecer en el país.

Artículo 34.- En caso que el solicitante se encuentre presentado ante el Instituto, los servidores públicos de la Coordinación acudirán a las estaciones migratorias con la finalidad de valorar la situación de vulnerabilidad que pueda presentar y determinar, en su caso, la asistencia institucional que requiera.

CAPÍTULO III DE NIÑAS, NIÑOS O ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS

Artículo 35.- Cualquier niña, niño o adolescente no acompañado o separado de su familia tiene derecho a presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. La Coordinación ajustará el procedimiento a la edad y madurez del niño, niña o adolescente, quien será entrevistado por servidores públicos capacitados quienes deberán determinar su interés superior.

Las solicitudes serán atendidas de manera prioritaria, debiéndole proporcionar información clara y sencilla sobre el procedimiento.

Artículo 36.- Para la valoración del interés superior de niñas, niños o adolescentes no acompañados, se procurará lo siguiente:

- I. Obtener información sobre la localización de sus padres o quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad, así como las razones por las cuales se encuentran separados;
- II. Obtener la opinión de miembros de la familia, otras personas cercanas o instituciones involucradas con su atención;
- III. Identificar situaciones de riesgo de abuso o violaciones a los derechos del niño que pudieran presentarse;
- IV. Identificar alternativas de cuidado temporal, y
- V. Tomar en cuenta su opinión en las decisiones que le conciernen.

Artículo 37.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, el Instituto con apoyo de la Coordinación, determinará el interés superior de niñas, niños o adolescentes solicitantes que se encuentren en una estación migratoria, adoptando las medidas que mejor le favorezcan, incluida la canalización a una institución especializada que le proporcione atención y cuidados.

La Coordinación podrá solicitar para la canalización a que se refiere el párrafo anterior, la intervención del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, de los Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia o del Distrito Federal; en esos dos últimos casos, se hará del conocimiento también del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

CAPÍTULO IV DE LA EMISIÓN DE CONSTANCIAS DE TRÁMITE Y DEL REGISTRO DE SOLICITUDES

Artículo 38.- A efecto de cumplir con lo previsto en el artículo 22 de la Ley, la Coordinación deberá emitir una constancia de trámite respecto de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado que haya sido admitida, la cual será entregada directamente por la Coordinación o bien, a través del Instituto al solicitante y a los familiares que lo acompañan.

La constancia a que se refiere el párrafo anterior establecerá la entidad federativa en la que el solicitante deberá permanecer, en tanto se resuelva su solicitud misma que tendrá una vigencia de 45 días hábiles, contados a partir de la presentación de la solicitud, los cuales podrán ser prorrogados de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley. En los casos que la Coordinación autorice al solicitante continuar su trámite en otra entidad federativa, se deberá expedir una nueva constancia, previo canje de la anterior, sin que ello implique la autorización de permanencia en territorio nacional bajo ninguna de las condiciones que señala la Ley de Migración.

Artículo 39.- A toda solicitud recibida por la Coordinación de conformidad con el artículo 18 de la Ley, le será asignado un CUR. Los datos contenidos en cada solicitud serán incorporados a una base de datos que, para efectos de registro, administre la Coordinación.

El CUR que sea asignado a cada solicitud deberá ser integrado al expediente que corresponda y deberá constar en todas las comunicaciones que se generen respecto de dicha solicitud.

CAPÍTULO V DEL ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES

Artículo 40.- Previo al análisis de cada solicitud, la Coordinación solicitará a la Secretaría de Relaciones Exteriores su opinión sobre las condiciones prevalecientes en el país de origen de cada solicitante, misma que deberá ser remitida dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la presentación de la solicitud, de conformidad con el artículo 24 de la Ley. Para ello, la Coordinación informará a la Secretaría de Relaciones Exteriores en cada caso el nombre del solicitante, el país de origen, los motivos de persecución alegados así como el agente de persecución alegado.

Artículo 41.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley, la Coordinación podrá solicitar a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; a la Procuraduría General de la República; al Poder Judicial de la Federación, a los gobiernos estatales y sus respectivas dependencias y entidades; al Gobierno del Distrito Federal, sus dependencias y entidades, y a los poderes judiciales locales, información respecto de los antecedentes del solicitante, para efectos de analizar si existen causas de exclusión.

Artículo 42.- Una vez recibida la información a que se refieren los artículos 40 y 41 del presente Reglamento, la Coordinación analizará las declaraciones del solicitante. Al efectuar dicho análisis, la Coordinación tomará en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.** Los derechos fundamentales violados y, en su caso, el daño alegado;
- II.** Riesgos objetivos a su vida, seguridad o libertad;
- III.** La inminencia o potencialidad del riesgo;
- IV.** El agente de persecución;
- V.** Causa que da origen a la persecución;
- VI.** La protección efectiva de su país de origen;
- VII.** La posibilidad de reubicarse dentro de su país de origen, y

VIII. Credibilidad de sus declaraciones.

Artículo 43.- Para determinar la veracidad de los hechos declarados por el solicitante, la Coordinación valorará, entre otros, los siguientes aspectos:

- I. Congruencia entre la información proporcionada por el solicitante y la información señalada en los artículos 40 y 41 del presente Reglamento;
- II. Coherencia lógica de los hechos declarados, a la luz de la información con que se cuente;
- III. Suficiencia de detalles sobre los hechos fundamentales declarados, y
- IV. Consistencia en el relato y ausencia de contradicciones.

CAPÍTULO VI DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Artículo 44.- De conformidad con el artículo 26 de la Ley, la Coordinación, previo acuerdo de la Subsecretaría, podrá emitir lineamientos para la atención de extranjeros que ingresen de manera masiva a territorio nacional.

CAPÍTULO VII DE LA RESOLUCIÓN DE LAS SOLICITUDES

Artículo 45.- La Coordinación deberá resolver cada solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, dentro del plazo de 45 días hábiles contados a partir de que hubiese sido admitida.

La resolución deberá estar fundada y motivada, debiéndose notificar de manera íntegra por escrito al solicitante o a su representante legal, dentro de los 10 días hábiles siguientes a su emisión.

En caso que la resolución establezca que no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, deberá informársele sobre su derecho a presentar el recurso de revisión previsto por la Ley, así como los requisitos y plazos para ello.

Las resoluciones a que se refiere el presente artículo deberán ser notificadas en copia íntegra al Instituto.

Artículo 46.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley, la Coordinación deberá determinar si el extranjero al que no se le reconoció la condición de refugiado requiere protección complementaria. Esta determinación se le deberá informar al solicitante al momento de notificársele la resolución.

Artículo 47.- De manera excepcional, el plazo para dictar la resolución a que se refiere el artículo 45 del presente Reglamento podrá ampliarse hasta por un periodo igual, cuando existan circunstancias que lo justifiquen, de acuerdo a lo previsto por el artículo 24 de la Ley.

La determinación que la Coordinación efectúe respecto de la ampliación del plazo para la resolución, deberá emitirse mediante acuerdo fundado y motivado previo a que expire el plazo referido en el párrafo anterior, debiendo notificar al solicitante de dicha determinación.

TÍTULO QUINTO DE LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 48.- La Coordinación podrá otorgar protección complementaria al extranjero que, no encontrándose dentro de los supuestos del artículo 13 de la Ley, requiera protección para no ser devuelto al territorio de otro país en donde su vida peligre o en donde existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley.

El otorgamiento de la protección complementaria sólo podrá ser considerado una vez que se haya determinado el no reconocimiento de la condición de refugiado.

Artículo 49.- Para los efectos del artículo anterior, la Coordinación considerará la opinión que la Secretaría de Relaciones Exteriores haya emitido conforme al artículo 40 de este Reglamento.

Para determinar el otorgamiento de protección complementaria, podrán realizarse, si así se requiere, entrevistas adicionales con los solicitantes.

Artículo 50.- La Coordinación resolverá en un mismo acto sobre el no reconocimiento de la condición de refugiado y, en su caso, sobre el otorgamiento de protección complementaria.

Esta resolución deberá ser emitida y notificada de manera íntegra al solicitante conforme a lo establecido en el artículo 45 del presente Reglamento.

Las resoluciones a que se refiere el presente artículo deberán ser notificadas en copia íntegra al Instituto.

TÍTULO SEXTO DE LA CESACIÓN, CANCELACIÓN Y REVOCACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO Y DEL RETIRO DE LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 51.- La Coordinación podrá evaluar información superveniente de la que tenga conocimiento, que le lleve a determinar la procedencia de efectuar un procedimiento de cesación, cancelación o revocación del reconocimiento de la condición de refugiado o bien del retiro de la protección complementaria, prescritos en la Ley.

En caso de realizar cualquiera de los procedimientos referidos en el párrafo anterior, se deberá emitir, en cada caso, resolución escrita, fundada y motivada dentro de un plazo no mayor a 45 días hábiles, contados a partir de la notificación, que al efecto, se realice al refugiado o extranjero que reciba protección complementaria sobre el inicio del procedimiento.

La Coordinación deberá notificar a los extranjeros que gozaban de la condición derivada de refugiado el retiro de la misma en virtud de la resolución de cesación, cancelación o revocación del refugiado que fue reconocido de forma principal.

Artículo 52.- De manera excepcional, el plazo para dictar la resolución a que se refiere el artículo anterior podrá ampliarse hasta por un periodo igual, cuando existan circunstancias que lo justifiquen, de acuerdo a lo previsto por el artículo 36 de la Ley.

La determinación que la Coordinación efectúe respecto de la ampliación del plazo para la resolución, deberá emitirse mediante acuerdo fundado y motivado previo a que expire el plazo que establece el artículo 51 de este Reglamento, debiendo notificar al solicitante de dicha determinación.

Artículo 53.- De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley, la Coordinación deberá informar a los extranjeros que gozaban de la condición derivada de refugiado, el derecho de presentar una nueva solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. La cual deberá ser presentada dentro de los 30 días hábiles siguientes contados a partir de la notificación a la determinación correspondiente al refugiado principal. Durante dicho plazo la condición derivada se mantendrá hasta que se llegue a una determinación final de la solicitud.

Las resoluciones a que se refiere el presente artículo deberán ser notificadas en copia íntegra al Instituto.

Artículo 54.- La Coordinación deberá notificar por escrito al refugiado o al extranjero que recibió protección complementaria, el inicio del procedimiento a que se refiere el presente capítulo, dentro de los 10 días hábiles siguientes a aquel en que se haya determinado su procedencia.

El refugiado o extranjero que recibió protección complementaria contará con un plazo de 10 días hábiles contados a partir de que surta efectos la notificación, para señalar lo que a su derecho convenga.

Artículo 55.- Durante el desarrollo del procedimiento, la Coordinación podrá allegarse de la información que considere necesaria para emitir su resolución.

La resolución que emita la Coordinación deberá ser notificada por escrito al refugiado o al extranjero que recibió protección complementaria, quien tendrá el derecho de interponer recurso de revisión, conforme a lo previsto en los artículos 59 y 60 de este Reglamento.

Las resoluciones a que se refiere el presente artículo deberán ser notificadas en copia íntegra al Instituto y al solicitante.

Artículo 56.- De manera excepcional, el plazo para dictar la resolución a que se refiere el artículo anterior podrá ampliarse hasta por un periodo igual, cuando existan circunstancias que lo justifiquen, de acuerdo a lo previsto por el artículo 36 de la Ley.

La determinación de la Coordinación para la ampliación del plazo, deberá emitirse mediante acuerdo fundado y motivado, conforme a lo dispuesto en la Ley y este Reglamento, debiendo emitirse previo a que expire el plazo.

Artículo 57.- El refugiado o extranjero que reciba protección complementaria, podrá renunciar en cualquier momento a la condición o protección de la que es titular, para lo cual será necesario dar aviso a la Coordinación mediante escrito libre.

La Coordinación en un término no mayor a 3 días hábiles contados a partir del día siguiente a la presentación del escrito, deberá dejar constancia en el expediente respectivo. De lo anterior, se deberá notificar en copia íntegra al Instituto.

En los casos de niñas, niños o adolescentes no acompañados, la Coordinación deberá determinar previamente su interés superior.

En caso de que un refugiado o un extranjero que reciba protección complementaria, solicite la protección de otro país, se entenderá que renuncia a la protección que se le otorgó en los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 58.- Las notificaciones a que se refiere el presente capítulo se realizarán en términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

TÍTULO SÉPTIMO DEL RECURSO DE REVISIÓN

Artículo 59.- En contra de la negativa de reconocimiento de la condición de refugiado, de la cesación, de la cancelación, de la revocación o del retiro de la protección complementaria, de la negativa de autorización de reunificación familiar, así como del dictamen sobre la protección efectiva a que se refiere el artículo 91 de este Reglamento, procede el recurso de revisión.

El plazo para interponer el recurso de revisión será de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en el que surta efectos la notificación de la resolución respectiva.

Artículo 60.- En las cuestiones de tramitación del procedimiento en materia de reconocimiento de la condición de refugiado, así como del recurso de revisión no previstos en este Reglamento, se estará a lo dispuesto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

TÍTULO OCTAVO DE LA ASISTENCIA INSTITUCIONAL

CAPÍTULO I DE LA ASISTENCIA INSTITUCIONAL A SOLICITANTES

Artículo 61.- Conforme a lo previsto por el artículo 20 de la Ley, la Coordinación entrevistará a los solicitantes a efecto de valorar su situación de vulnerabilidad y determinar la atención que requieran, con el propósito de realizar las gestiones ante las instituciones, dependencias y entidades que puedan otorgar de manera directa dicha atención. Lo anterior, sin perjuicio de la asistencia que puedan recibir por parte de organismos nacionales e internacionales y de organizaciones de la sociedad civil.

Artículo 62.- En relación a los solicitantes que se encuentren en una estación migratoria y que requieran atención especial o bien se encuentren en una situación de vulnerabilidad conforme a lo previsto por el artículo 20 de la Ley, la Coordinación podrá solicitar al Instituto que sean trasladados a la institución especializada que la misma determine considerando las particularidades de cada caso, así como la capacidad de las instituciones señaladas.

En los casos a que se refiere este artículo, la Coordinación valorará la información que el Instituto proporcione, incluyendo la posibilidad de otorgar la atención que requieren en la estación migratoria.

Artículo 63.- Cuando el Instituto otorgue de manera directa, o a través de sus medios, la atención requerida por los solicitantes, proporcionará a la Coordinación, previa solicitud, la información sobre la atención otorgada y su evolución.

Artículo 64.- Cuando los solicitantes sean canalizados a una institución especializada, la Coordinación solicitará al Instituto información sobre la atención médica, psicológica o de trabajo social que, en su caso, el solicitante haya recibido durante su estancia en la estación migratoria, a fin de darle continuidad.

Si la Coordinación determina la necesidad de trasladar al solicitante a alguna otra institución especializada para continuar con su atención, deberá informarlo previamente al Instituto para los efectos a que haya lugar.

Artículo 65.- En los casos en que la atención que requieran los solicitantes sea de carácter temporal o bien la situación de vulnerabilidad haya sido superada, la Coordinación y el Instituto determinarán de manera conjunta su traslado a una estación migratoria.

Artículo 66.- En caso de que los solicitantes que hayan sido canalizados a una institución especializada se sustraigan del control migratorio sin causa justificada, la Coordinación deberá informar de inmediato al Instituto para los efectos legales a que haya lugar. En este caso se considerará que el solicitante abandonó el trámite de su solicitud.

CAPÍTULO II DE LA ASISTENCIA INSTITUCIONAL A REFUGIADOS

Artículo 67.- La Coordinación informará al refugiado sobre sus derechos y obligaciones y le orientará sobre los programas y servicios públicos para atender sus necesidades inmediatas, en los términos del artículo 44 de la Ley. Lo anterior, sin perjuicio de la asistencia que puedan recibir por parte de organismos nacionales e internacionales y de organizaciones de la sociedad civil.

Artículo 68.- De conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley, la Coordinación realizará entrevistas al refugiado para conocer sus necesidades y determinar la asistencia institucional que se le otorgará, mediante la elaboración de un plan de asistencia e integración.

Los refugiados reconocidos por estatuto derivado recibirán asistencia institucional en los mismos términos que el refugiado principal. No obstante, podrán realizárseles entrevistas personales para conocer sus necesidades.

Artículo 69.- El plan de asistencia e integración deberá contener información sobre las disposiciones y criterios para recibir la asistencia institucional. Asimismo, establecerá los apoyos para la atención de las necesidades inmediatas en materia de regularización migratoria, atención médica, aprendizaje del idioma español, alojamiento y subsistencia temporal, acceso a servicios educativos, entre otros.

De igual forma, contendrá las acciones que se realizarán para promover su integración al país, en los rubros de revalidación de estudios, capacitación para el trabajo, acceso a programas públicos para apoyos sociales, entre otros.

La Coordinación podrá apoyar al refugiado, en la tramitación del documento de identidad y viaje expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores. El refugiado deberá solicitar mediante escrito libre a la Coordinación, la emisión de la recomendación a la Secretaría de Relaciones Exteriores, en términos de lo dispuesto por las disposiciones aplicables.

La Coordinación en un término no mayor a 5 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud, emitirá la recomendación correspondiente.

Artículo 70.- El plan de asistencia será firmado de conformidad por el refugiado, así como por el servidor público que lo elaboró. En caso de que no sepa o no pueda firmar, éste le será leído y explicado al refugiado, haciéndose constar su huella digital al calce.

En el caso específico del plan de asistencia e integración de los niños, niñas y adolescentes no acompañados, éste contendrá la firma del representante de la institución que asuma su atención y cuidados.

Artículo 71.- Para la elaboración y ejecución del plan de asistencia e integración referido en el artículo anterior, la Coordinación realizará las siguientes acciones:

- I. Realizar entrevistas entre el refugiado y un servidor público al que le será asignado a su caso, a fin de identificar y atender sus necesidades;
- II. Establecer requisitos que el refugiado debe satisfacer oportunamente con objeto de gestionar los apoyos o trámite que solicite, los cuales deberán constar en el plan de asistencia e integración o bien le serán informados al momento de solicitar la entrevista;
- III. Proceder a cancelar la solicitud de apoyo, en caso que el refugiado no se presente oportunamente a las entrevistas previamente programadas o bien no cumpla con los requisitos que le hayan sido fijados. En este supuesto, el refugiado deberá formular una nueva solicitud;
- IV. Realizar las gestiones ante las instituciones competentes para la debida atención de las necesidades del refugiado, y
- V. Tratándose de niñas, niños o adolescentes no acompañados, coordinar acciones con la institución que asuma su atención y cuidados.

Artículo 72.- La Coordinación dará seguimiento a las gestiones de asistencia institucional y mantendrá informado al refugiado respecto de los avances y resultados obtenidos, con objeto de orientarlo.

Artículo 73.- En el caso que el refugiado hubiese recibido la orientación correspondiente, deberá realizar sus trámites de manera personal, requiriendo la intervención de la Coordinación de manera excepcional cuando, a su juicio, requiera de respaldo institucional.

CAPÍTULO III DE LA ASISTENCIA INSTITUCIONAL A EXTRANJEROS QUE RECIBAN PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 74.- La Coordinación proporcionará al extranjero al que se otorgue protección complementaria, información sobre sus derechos y obligaciones establecidos en la Ley.

Artículo 75.- De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley, la Coordinación atenderá a los extranjeros a los que se les otorgue protección complementaria, con pleno respeto a sus derechos humanos. Para tal efecto, realizará entrevistas para detectar sus necesidades primordiales y elaborar un plan de asistencia.

Artículo 76.- El plan de asistencia deberá contener información sobre las disposiciones y criterios para recibir la asistencia institucional. Asimismo, establecerá los apoyos para la atención de las necesidades inmediatas en materia de regularización migratoria, atención médica, aprendizaje del idioma español, alojamiento y subsistencia temporal, acceso a servicios educativos, entre otros.

La Coordinación podrá apoyar al extranjero que reciba protección complementaria en la tramitación del documento de identidad y viaje expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores. El extranjero deberá solicitar mediante escrito libre a la Coordinación, la emisión de la recomendación a la Secretaría de Relaciones Exteriores, en términos de lo dispuesto por las disposiciones aplicables.

La Coordinación en un término no mayor a 5 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud, emitirá la recomendación correspondiente.

Artículo 77.- El plan de asistencia será firmado de conformidad por el extranjero que reciba protección complementaria, así como por el servidor público que lo elaboró. En caso de que no sepa o no pueda firmar, éste le será leído y explicado, haciéndose constar en dicho plan, su huella digital al calce.

En el caso específico del plan de asistencia e integración de niñas, niños o adolescentes no acompañados, éste contendrá la firma del representante de la institución que asuma su atención y cuidados.

Artículo 78.- Para la elaboración y ejecución del plan de asistencia referido en el artículo anterior, la Coordinación realizará las siguientes acciones:

- I.** Realizar entrevistas entre el extranjero que reciba protección complementaria y un servidor público al que le será asignado a su caso, a fin de identificar y atender sus necesidades;
- II.** Establecer requisitos que el extranjero que reciba protección complementaria debe satisfacer oportunamente con objeto de gestionar los apoyos o trámite que solicite, los cuales deberán constar en el plan de asistencia o bien le serán informados al momento de solicitar la entrevista;

- III.** Proceder a cancelar la solicitud de apoyo, en caso que el extranjero que reciba protección complementaria no se presente oportunamente a las entrevistas previamente programadas o bien no cumpla con los requisitos que le hayan sido fijados. En este supuesto, el extranjero deberá formular una nueva solicitud;
- IV.** Realizar las gestiones ante las instituciones competentes para la debida atención de las necesidades del extranjero que reciba protección complementaria, y
- V.** Tratándose de niñas, niños o adolescentes no acompañados, coordinar acciones con la institución que asuma su atención y cuidados.

Artículo 79.- La Coordinación proporcionará al extranjero que reciba protección complementaria orientación para el acceso a servicios de revalidación de estudios, ingreso a escuelas, servicios migratorios y gestiones ante el registro civil, entre otros.

CAPÍTULO IV DE LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR

Artículo 80.- De conformidad con los artículos 44, fracción VI, y 58 de la Ley, los refugiados tendrán derecho a solicitar la reunificación familiar.

Para efectos de lo anterior, el refugiado deberá presentar ante la Coordinación o el Instituto, una solicitud individual, a la cual anexará la evidencia que acredite el vínculo familiar y su solvencia económica.

Las solicitudes de reunificación familiar presentadas ante el Instituto, deberán ser remitidas a la Coordinación al día hábil siguiente al de su recepción.

La Coordinación realizará, al menos, una entrevista personal con el refugiado con la finalidad de corroborar la veracidad de los elementos aportados. Asimismo, podrá solicitar información en los términos del artículo 41 de este Reglamento.

La Coordinación deberá dictaminar en un plazo de 45 días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Si la Coordinación determina que no es procedente la reunificación familiar, se emitirá el dictamen correspondiente y será notificado al refugiado, quien podrá interponer el recurso de revisión en los términos de este Reglamento.

Los dictámenes a que se refiere el presente artículo deberán ser notificados en copia íntegra al Instituto.

Artículo 81.- En caso que existan amenazas a la vida, libertad o seguridad de alguna de las personas a que se refiere el artículo 58 de la Ley, vinculadas al motivo por el que se reconoció al refugiado, la Coordinación autorizará la reunificación familiar, apoyará y orientará al refugiado sobre los trámites migratorios correspondientes.

Artículo 82.- Las personas que ingresen por reunificación familiar tendrán los mismos derechos y obligaciones que cualquier refugiado. En estos casos, se considerará que la condición de

refugiado la obtuvieron por estatuto derivado. Lo anterior, sin perjuicio de la asistencia que puedan recibir por parte de organismos nacionales e internacionales y de organizaciones de la sociedad civil.

CAPÍTULO V DE LOS APOYOS A LA INTEGRACIÓN DE REFUGIADOS

Artículo 83.- Conforme a lo establecido en el artículo 54 de la Ley, la Coordinación auxiliará a los refugiados para lograr su integración al país.

La Coordinación desarrollará acciones orientada a procurar que los refugiados tengan acceso a servicios públicos que faciliten su estancia en territorio nacional y su autosuficiencia. Para ello, se considerará la prestación de servicios de atención médica, la revalidación de estudios, la capacitación para el trabajo, el reconocimiento de capacidades técnicas, programas públicos para la inserción laboral, así como programas de asistencia social, entre otros, que, en su caso, se ajustarán a las bases de colaboración y a los convenios de coordinación a que se refiere el artículo 84 del presente Reglamento y de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 84.- De conformidad con lo establecido en el artículo 3 del presente Reglamento, la Coordinación procurará que la celebración de bases de colaboración y convenios de coordinación, así como la concertación de acciones con los sectores social y privado, se realice con dependencias, entidades o instituciones que por sus atribuciones o mandato, puedan otorgar a los refugiados servicios o apoyos que faciliten su integración.

La Coordinación procurará que en la celebración de los instrumentos referidos en el párrafo anterior, se consideren disposiciones que faciliten a los refugiados el cumplimiento de requisitos para el acceso a trámites y servicios. Dentro de dichas disposiciones se podrá considerar que cuando el refugiado no pueda cumplir con los requisitos documentales, incluyendo la apostilla o legalización de documentos, se tomará en cuenta la opinión o información que la Coordinación pudiera proporcionar.

Artículo 85.- Cuando para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, el refugiado requiera de los servicios consulares de su país de origen para la obtención de documentos, certificación o acreditación de su estado civil, títulos y demás actos administrativos, de conformidad con el artículo 57 de la Ley, la Coordinación apoyará al refugiado para ejercer su derecho a no acudir a las autoridades del gobierno de su país, incluyendo la posibilidad de no solicitar la apostilla o legalización de documentos.

Para tal efecto, la Coordinación realizará gestiones ante las dependencias competentes en los trámites y servicios que el refugiado esté solicitando, tales como registro civil, servicios educativos y de seguridad social, así como cualquier otro programa público que busque facilitar su integración al país.

Artículo 86.- Para efectos de naturalización, el refugiado deberá solicitar mediante escrito libre a la Coordinación, la emisión de la recomendación a la Secretaría de Relaciones Exteriores, en términos de las disposiciones aplicables.

La Coordinación en un término no mayor a 5 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud, emitirá la recomendación correspondiente.

TÍTULO NOVENO DE LA SITUACIÓN MIGRATORIA

Artículo 87.- El Instituto, de conformidad con las disposiciones aplicables, otorgará a los refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria, la condición de residente permanente.

Artículo 88.- Los refugiados y los extranjeros a los que se les haya otorgado protección complementaria y que se encontraban en una situación migratoria diversa, podrán solicitar al Instituto su cambio de calidad o condición de estancia. Para tal efecto, la Coordinación emitirá constancia en la que se especifique fecha de reconocimiento como refugiado o del otorgamiento de la protección complementaria.

Artículo 89.- La Coordinación notificará al Instituto respecto de las resoluciones en las cuales no se haya reconocido la condición de refugiado u otorgado protección complementaria. Asimismo, lo notificará de la presentación de cualquier medio de defensa que se interponga en contra de las resoluciones a las que alude el presente Reglamento.

Artículo 90.- De conformidad con el artículo 46 de la Ley, el Instituto podrá autorizar el ingreso a territorio nacional de un refugiado reconocido en un tercer país. Para lo anterior, deberá solicitar a la Coordinación que emita el dictamen respecto de si el extranjero contaba o no con protección efectiva en dicho país.

Los refugiados reconocidos en un tercer país podrán solicitar su ingreso a territorio nacional de conformidad con lo establecido en la Ley de Migración y demás disposiciones aplicables.

Artículo 91.- Para efectos del cumplimiento del artículo 47 de la Ley, la Coordinación realizará el análisis respectivo conforme a lo establecido en el Título Cuarto del presente Reglamento, emitiendo el dictamen sobre la protección efectiva, mismo que deberá ser notificado al extranjero reconocido como refugiado en un tercer país, así como al Instituto para los efectos a que haya lugar.

Artículo 92.- Los dictámenes a que se refieren los artículos 90 y 91 del presente Reglamento, deberán ser remitidos al Instituto dentro del plazo de 15 días hábiles, contados a partir de la emisión de los mismos.

Artículo 93.- Para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley, los refugiados y aquellos extranjeros que reciban protección complementaria deberán informar a la Coordinación, mediante escrito libre, el lugar en el que establecerá su nuevo domicilio.

Artículo 94.- Para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley, los refugiados y aquellos extranjeros que reciban protección complementaria deberán informar el motivo y fecha del viaje a su país de origen, a través del formato que para tal efecto emita la Coordinación.

Una vez hecha la notificación, la Coordinación analizará el caso y determinará si es procedente la cesación del reconocimiento de la condición de refugiado o el retiro de protección complementaria, en virtud de no subsistir las condiciones que dieron origen al reconocimiento de la condición de refugiado o al otorgamiento de protección complementaria.

Artículo 95.- Los extranjeros que ingresen al territorio nacional por reunificación familiar, se considerarán refugiados por estatuto derivado y deberán ser documentados por el Instituto con derechos de residencia permanente.

Artículo 96.- Para efectos del cumplimiento del artículo 53 de la Ley, la Coordinación remitirá semanalmente a la Secretaría de Relaciones Exteriores dos listados; uno sobre los solicitantes y otro sobre los refugiados y extranjeros que reciban protección complementaria. Ambos listados deberán contener nombre, nacionalidad, edad, sexo y, en su caso, los motivos del reconocimiento u otorgamiento de protección complementaria.

TRANSITORIOS

Primero.- El presente Reglamento entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo.- Se derogan todas las disposiciones jurídicas que se opongan al presente ordenamiento.

Tercero.- Las Secretarías de Gobernación, Educación Pública, Trabajo y Previsión Social, Salud, Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la República realizarán las acciones necesarias para que la implementación del presente Reglamento se realice con los recursos aprobados a dichas dependencias para el ejercicio fiscal que corresponda, por lo que no requerirán de recursos adicionales para tales efectos y no incrementarán sus presupuestos regularizables.

Dado en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a dieciséis de febrero de dos mil doce.- **Felipe de Jesús Calderón Hinojosa.**- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, **Alejandro Alfonso Poiré Romero.**- Rúbrica.- La Secretaría de Relaciones Exteriores, **Patricia Espinosa Cantellano.**- Rúbrica.- El Secretario de Salud, **Salomón Chertorivski Woldenberg.**- Rúbrica.

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43
Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137

Preámbulo

Las Altas Partes Contratantes,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, han afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales,

Considerando que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales,

Considerando que es conveniente revisar y codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y ampliar mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos y la protección que constituyen para los refugiados,

Considerando que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional,

Expresando el deseo de que todos los Estados, reconociendo el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, hagan cuanto les sea posible por evitar que este problema se convierta en causa de tirantez entre Estados,

Tomando nota de que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tiene por misión velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección a los refugiados, y reconociendo que la coordinación efectiva de las medidas adoptadas para resolver ese problema dependerá de la cooperación de los Estados con el Alto Comisionado,

Han convenido en las siguientes disposiciones:

Capítulo I: Disposiciones generales

Artículo 1. -- Definición del término “refugiado”

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

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

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

B. 1) A los fines de la presente Convención, las palabras “acontecimientos ocurridos antes del 1.^º de enero de 1951”, que figuran el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como:

a) “Acontecimientos ocurridos antes del 1.^º de enero de 1951, en Europa”, o como

b) “Acontecimientos ocurridos antes del 1.^º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar”;

y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención.

2) Todo Estado Contratante que haya adoptado la fórmula a podrá en cualquier momento extender sus obligaciones, mediante la adopción de la fórmula b por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

C. En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o

2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o

3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o

4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o

5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país donde tenían residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

D. Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán ipso facto derecho a los beneficios del régimen de esta Convención.

E. Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a)** Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b)** Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c)** Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Artículo 2. -- Obligaciones generales

Todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público.

Artículo 3. -- Prohibición de la discriminación

Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.

Artículo 4. -- Religión

Los Estados Contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos.

Artículo 5. -- Derechos otorgados independientemente de esta Convención

Ninguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados.

Artículo 6. -- La expresión “en las mismas circunstancias”

A los fines de esta Convención, la expresión “en las mismas circunstancias” significa que el interesado ha de cumplir todos los requisitos que se le exigirían si no fuese refugiado (y en particular los referentes a la duración y a las condiciones de estancia o de residencia) para poder ejercer el derecho de que se trate, excepto los requisitos que, por su naturaleza, no pueda cumplir un refugiado.

Artículo 7. -- Exención de reciprocidad

1. A reserva de las disposiciones más favorables previstas en esta Convención, todo Estado Contratante otorgará a los refugiados el mismo trato que otorgue a los extranjeros en general.

2. Después de un plazo de residencia de tres años, todos los refugiados disfrutarán, en el territorio de los Estados Contratantes, la exención de reciprocidad legislativa.

3. Todo Estado Contratante continuará otorgando a los refugiados los derechos y beneficios que ya les correspondieran, aun cuando no existiera reciprocidad, en la fecha de entrada en vigor de esta Convención para tal Estado.

4. Los Estados Contratantes examinarán con buena disposición la posibilidad de otorgar a los refugiados, aun cuando no exista reciprocidad, otros derechos y beneficios, además de los que les corresponden en virtud de los párrafos 2 y 3, así como la posibilidad de hacer extensiva la exención de reciprocidad a los refugiados que no reúnan las condiciones previstas en los párrafos 2 y 3.

5. Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 se aplican tanto a los derechos y beneficios previstos en los artículos 13, 18, 19, 21 y 22 de esta Convención como a los derechos y beneficios no previstos en ella.

Artículo 8. -- Exención de medidas excepcionales

Con respecto a las medidas excepcionales que puedan adoptarse contra la persona, los bienes o los intereses de nacionales de un Estado extranjero, los Estados Contratantes no aplicarán tales medidas, únicamente por causa de su nacionalidad, a refugiados que sean oficialmente nacionales de tal Estado. Los Estados Contratantes que, en virtud de sus leyes, no puedan aplicar el principio general expresado en este artículo, otorgarán, en los casos adecuados, exenciones en favor de tales refugiados.

Artículo 9. -- Medidas provisionales

Ninguna disposición de la presente Convención impedirá que, en tiempo de guerra o en otras circunstancias graves y excepcionales, un Estado Contratante adopte provisionalmente, respecto a determinada persona, las medidas que estime indispensables para la seguridad nacional, hasta que tal Estado Contratante llegue a determinar que tal persona es realmente un refugiado y que, en su caso, la continuación de tales medidas es necesaria para la seguridad nacional.

Artículo 10. -- Continuidad de residencia

1. Cuando un refugiado haya sido deportado durante la segunda guerra mundial y trasladado al territorio de un Estado Contratante, y resida en él, el período de tal estancia forzada se considerará como de residencia legal en tal territorio.

2. Cuando un refugiado haya sido, durante la segunda guerra mundial, deportado del territorio de un Estado Contratante, y haya regresado a él antes de la entrada en vigor de la presente Convención, para establecer allí su residencia, el tiempo de residencia precedente y subsiguiente a tal deportación se considerará como un período ininterrumpido, en todos los casos en que se requiera residencia ininterrumpida.

Artículo 11. -- Marinos refugiados

En el caso de los refugiados normalmente empleados como miembros de la tripulación de una nave que enarbole pabellón de un Estado Contratante, tal Estado examinará con benevolencia la posibilidad de autorizar a tales refugiados a establecerse en su territorio y de expedirles documentos de viaje o admitirlos temporalmente en su territorio, con la principal finalidad de facilitar su establecimiento en otro país.

Capítulo II: Condición jurídica

Artículo 12. -- Estatuto personal

1. El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia.

2. Los derechos anteriormente adquiridos por cada refugiado y dependientes del estatuto personal, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados por todo Estado Contratante, siempre que el derecho de que se trate sea de los que habrían sido reconocidos por la legislación del respectivo Estado, si el interesado no hubiera sido refugiado.

Artículo 13. -- Bienes muebles e inmuebles

Los Estados Contratantes concederán a todo refugiado el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias, respecto a la adquisición de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos, arriendos y otros contratos relativos a bienes muebles e inmuebles.

Artículo 14. -- Derechos de propiedad intelectual e industrial

En cuanto a la protección a la propiedad industrial, y en particular a inventos, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica, nombres comerciales y derechos de autor sobre las obras literarias, científicas o artísticas, se concederá a todo refugiado, en el país en que resida habitualmente, la misma protección concedida a los nacionales de tal país. En el territorio de cualquier otro Estado Contratante se le concederá la misma protección concedida en él a los nacionales del país en que resida habitualmente.

Artículo 15. -- Derecho de asociación

En lo que respecta a las asociaciones no políticas ni lucrativas y a los sindicatos, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que residan legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero.

Artículo 16. -- Acceso a los tribunales

- 1.** En el territorio de los Estados Contratantes, todo refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia.
- 2.** En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención de la cautio judicatum solvi.
- 3.** En los Estados Contratantes distintos de aquel en que tenga su residencia habitual, y en cuanto a las cuestiones a que se refiere el párrafo 2, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual.

Capítulo III: Actividades lucrativas

Artículo 17. -- Empleo remunerado

- 1.** En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros.

2. En todo caso, las medidas restrictivas respecto de los extranjeros o del empleo de extranjeros, impuestas para proteger el mercado nacional de trabajo, no se aplicarán a los refugiados que ya estén exentos de ellas en la fecha en que esta Convención entre en vigor respecto del Estado Contratante interesado, o que reúnan una de las condiciones siguientes:

- a)** Haber cumplido tres años de residencia en el país;
- b)** Tener un cónyuge que posea la nacionalidad del país de residencia. El refugiado no podrá invocar los beneficios de esta disposición en caso de haber abandonado a su cónyuge;
- c)** Tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia.

3. Los Estados Contratantes examinarán benévolamente la asimilación, en lo concerniente a la ocupación de empleos remunerados, de los derechos de todos los refugiados a los derechos de los nacionales, especialmente para los refugiados que hayan entrado en el territorio de tales Estados en virtud de programas de contratación de mano de obra o de planes de inmigración.

Artículo 18. -- Trabajo por cuenta propia

Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tal Estado el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias generalmente a los extranjeros, en lo que respecta al derecho de realizar trabajos por cuenta propia en la agricultura, la industria, la artesanía y el comercio y de establecer compañías comerciales e industriales.

Artículo 19. -- Profesiones liberales

1. Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio, que posean diplomas reconocidos por las autoridades competentes de tal Estado y que desean ejercer una profesión liberal, el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el generalmente concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros.

2. Los Estados Contratantes pondrán su mayor esfuerzo en procurar, conforme a sus leyes y constituciones, el asentamiento de tales refugiados en los territorios distintos del territorio metropolitano, de cuyas relaciones internacionales sean responsables.

Capítulo IV: Bienestar

Artículo 20. -- Racionamiento

Cuando la población en su conjunto esté sometida a un sistema de racionamiento que regule la distribución general de productos que escaseen, los refugiados recibirán el mismo trato que los nacionales.

Artículo 21. -- Vivienda

En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados

que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.

Artículo 22. -- Educación pública

1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.

2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas.

Artículo 23. -- Asistencia pública

Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos.

Artículo 24. -- Legislación del trabajo y seguros sociales

1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes:

- a)** Remuneración, incluso subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración, horas de trabajo, disposiciones sobre horas extraordinarias de trabajo, vacaciones con paga, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, trabajo de mujeres y de adolescentes y disfrute de los beneficios de los contratos colectivos de trabajo, en la medida en que estas materias estén regidas por leyes o reglamentos, o dependan de las autoridades administrativas;
- b)** Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, maternidad, enfermedad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social), con sujeción a las limitaciones siguientes:

i) Posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición;

ii) Posibilidad de que las leyes o reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios o a la participación en los beneficios pagaderos totalmente con fondos públicos, o a subsidios pagados a personas que no reúnan las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal.

2. El derecho a indemnización por la muerte de un refugiado, a resultas de accidentes del trabajo o enfermedad profesional, no sufrirá menoscabo por el hecho de que el derechohabiente resida fuera del territorio del Estado Contratante.

3. Los Estados Contratantes harán extensivos a los refugiados los beneficios de los acuerdos que hayan concluido o concluirán entre sí, sobre la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vía de adquisición en materia de seguridad social, con sujeción únicamente a las condiciones que se apliquen a los nacionales de los Estados signatarios de los acuerdos respectivos.

4. Los Estados Contratantes examinarán con benevolencia la aplicación a los refugiados, en todo lo posible, de los beneficios derivados de acuerdos análogos que estén en vigor o entren en vigor entre tales Estados Contratantes y Estados no contratantes.

Capítulo V: Medidas administrativas

Artículo 25. -- Ayuda administrativa

1. Cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las disposiciones necesarias para que sus propias autoridades o una autoridad internacional le proporcionen esa ayuda.

2. Las autoridades a que se refiere el párrafo 1 expedirán o harán que bajo su vigilancia se expidan a los refugiados los documentos o certificados que normalmente serían expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas.

3. Los documentos o certificados así expedidos reemplazarán a los instrumentos oficiales expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas, y harán fe salvo prueba en contrario.

4. A reserva del trato excepcional que se conceda a los refugiados indigentes, pueden asignarse derechos por los servicios mencionados en el presente artículo, pero tales derechos serán moderados y estarán en proporción con los asignados a los nacionales por servicios análogos.

5. Las disposiciones del presente artículo no se oponen a las de los artículos 27 y 28.

Artículo 26. -- Libertad de circulación

Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general.

Artículo 27. -- Documentos de identidad

Los Estados Contratantes expedirán documentos de identidad a todo refugiado que se encuentre en el territorio de tales Estados y que no posea un documento válido de viaje.

Artículo 28. -- Documentos de viaje

1. Los Estados Contratantes expedirán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional; y las disposiciones del Anexo a esta Convención se aplicarán a esos documentos. Los Estados Contratantes podrán

expedir dichos documentos de viaje a cualquier otro refugiado que se encuentre en el territorio de tales Estados; y tratarán con benevolencia a los refugiados que en el territorio de tales Estados no puedan obtener un documento de viaje del país en que se encuentren legalmente.

2. Los documentos de viaje expedidos a los refugiados, en virtud de acuerdos internacionales previos, por las Partes en tales acuerdos, serán reconocidos por los Estados Contratantes y considerados por ellos en igual forma que si hubieran sido expedidos con arreglo al presente artículo.

Artículo 29. -- Gravámenes fiscales

1. Los Estados Contratantes no impondrán a los refugiados derecho, gravamen o impuesto alguno de cualquier clase que difiera o exceda de los que se exijan o puedan exigirse de los nacionales de tales Estados en condiciones análogas.

2. Lo dispuesto en el precedente párrafo no impedirá aplicar a los refugiados las leyes y los reglamentos concernientes a los derechos impuestos a los extranjeros por la expedición de documentos administrativos, incluso documentos de identidad.

Artículo 30. -- Transferencia de haberes

1. Cada Estado Contratante, de conformidad con sus leyes y reglamentos, permitirá a los refugiados transferir a otro país, en el cual hayan sido admitidos con fines de reasentamiento, los haberes que hayan llevado consigo al territorio de tal Estado.

2. Cada Estado Contratante examinará con benevolencia las solicitudes presentadas por los refugiados para que se les permita transferir sus haberes, dondequiera que se encuentren, que sean necesarios para su reasentamiento en otro país en el cual hayan sido admitidos.

Artículo 31. -- Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.

Artículo 32. -- Expulsión

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones

imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Artículo 34. -- Naturalización

Los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites.

Capítulo VI: Disposiciones transitorias y de ejecución

Artículo 35. -- Cooperación de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas

1. Los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención.

2. A fin de permitir a la Oficina del Alto Comisionado, o a cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere, presentar informes a los órganos competentes de las Naciones Unidas, los Estados Contratantes se comprometen a suministrarles en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de:

- a)** La condición de los refugiados;
- b)** La ejecución de esta Convención, y
- c)** Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entraren en vigor, concernientes a los refugiados.

Artículo 36. -- Información sobre leyes y reglamentos nacionales

Los Estados Contratantes comunicarán al Secretario General de las Naciones Unidas el texto de las leyes y de los reglamentos que promulgaren para garantizar la aplicación de esta Convención.

Artículo 37. -- Relación con convenciones anteriores

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 28, esta Convención reemplaza entre las Partes en ella a los Acuerdos de 5 de julio de 1922, 31 de mayo de 1924, 12 de mayo de 1926, 30 de junio de 1928 y 30 de julio de 1935, a las Convenciones de 28 de octubre de 1933 y 10 de febrero de 1938, al Protocolo del 14 de septiembre de 1939 y al Acuerdo del 15 de octubre de 1946.

Capítulo VII: Cláusulas finales

Artículo 38. -- Solución de controversias

Toda controversia entre las Partes en esta Convención, respecto de su interpretación o aplicación, que no haya podido ser resuelta por otros medios, será sometida a la Corte Internacional de Justicia, a petición de cualquiera de las Partes en la controversia.

Artículo 39. -- Firma, ratificación y adhesión

1. Esta Convención será abierta a la firma en Ginebra el 28 de julio de 1951 y, después de esa fecha, será depositada en la Secretaría General de las Naciones Unidas. Estará abierta a la firma en la Oficina Europea de las Naciones Unidas, desde el 28 de julio hasta el 31 de agosto de 1951; y quedará nuevamente abierta a la firma, en la Sede de las Naciones Unidas, desde el 17 de septiembre de 1951 hasta el 31 de diciembre de 1952.

2. Esta Convención estará abierta a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, así como de cualquier otro Estado invitado a la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas y de todo Estado al cual la Asamblea General hubiere dirigido una invitación a tal efecto. Esta Convención habrá de ser ratificada y los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

3. Los Estados a que se refiere el párrafo 2 del presente artículo podrán adherirse a esta Convención a partir del 28 de julio de 1951. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Artículo 40. -- Cláusula de aplicación territorial

1. Todo Estado podrá, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, declarar que esta Convención se hará extensiva a la totalidad o a parte de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable. Tal declaración surtirá efecto a partir del momento en que la Convención entre en vigor para el Estado interesado.

2. En cualquier momento ulterior, tal extensión se hará por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y surtirá efecto a los 90 días contados a partir de la fecha en la cual el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación o en la fecha de entrada en vigor de la Convención para tal Estado, si esta última fecha fuere posterior.

3. Con respecto a los territorios a los que no se haya hecho extensiva la presente Convención en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, cada Estado interesado examinará la posibilidad de adoptar, a la mayor brevedad posible, las medidas necesarias para hacer extensiva la aplicación de esta Convención a tales territorios, a reserva del consentimiento de los gobiernos de tales territorios, cuando sea necesario por razones constitucionales.

Artículo 41. -- Cláusula federal

Con respecto a los Estados federales o no unitarios, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a)** En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa del poder legislativo federal, las obligaciones del Gobierno federal serán, en esta medida, las mismas que las de las Partes que no son Estados federales;
- b)** En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa de cada uno de los Estados, provincias o cantones constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la Federación, no estén obligados a adoptar medidas legislativas el Gobierno federal a la mayor brevedad posible y con su recomendación favorable, comunicará el texto de dichos artículos a las autoridades competentes de los Estados, provincias o cantones;
- c)** Todo Estado federal que sea Parte en esta Convención proporcionará, a petición de cualquier otro Estado Contratante que le haya sido transmitida por el Secretario General de las Naciones Unidas, una exposición de la legislación y de las prácticas vigentes en la Federación y en sus unidades constituyentes, en lo concerniente a determinada disposición de la Convención, indicando en qué medida, por acción legislativa o de otra índole, se ha dado efecto a tal disposición.

Artículo 42. -- Reservas

1. En el momento de la firma de la ratificación o de la adhesión, todo Estado podrá formular reservas con respecto a artículos de la Convención que no sean los artículos 1, 3, 4, 16 (1), 33 y 36 a 46 inclusive.

2. Todo Estado que haya formulado alguna reserva con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá, en cualquier momento, retirarla mediante comunicación al efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 43. -- Entrada en vigor

1. Esta Convención entrará en vigor 90 días después de la fecha de depósito del sexto instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Respecto a cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después del depósito del sexto instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor 90 días después de la fecha del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 44. -- Denuncia

- 1.** Todo Estado Contratante podrá en cualquier momento denunciar esta Convención mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.
- 2.** La denuncia surtirá efecto para el Estado Contratante interesado un año después de la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas la haya recibido.
- 3.** Todo Estado que haya hecho una declaración o una notificación con arreglo al artículo 40 podrá declarar ulteriormente, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que la Convención dejará de aplicarse a determinado territorio designado en la notificación. La Convención dejará de aplicarse a tal territorio un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido esta notificación.

Artículo 45. -- Revisión

- 1.** Todo Estado Contratante podrá en cualquier momento, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, pedir la revisión de esta Convención.
- 2.** La Asamblea General de las Naciones Unidas recomendará las medidas que eventualmente hayan de adoptarse respecto de tal petición.

Artículo 46. -- Notificaciones del Secretario General de las Naciones Unidas

El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que refiere el artículo 39, acerca de:

- a)** Las declaraciones y notificaciones a que se refiere la sección B del artículo 1;
- b)** Las firmas, ratificaciones y adhesiones a que se refiere el artículo 39;
- c)** Las declaraciones y notificaciones a que se refiere el artículo 40;
- d)** Las reservas formuladas o retiradas, a que se refiere el artículo 42;
- e)** La fecha en que entrará en vigor esta Convención, con arreglo al artículo 43;
- f)** Las denuncias y notificaciones a que se refiere el artículo 44;
- g)** Las peticiones de revisión a que se refiere el artículo 45.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, firman en nombre de sus respectivos Gobiernos la presente Convención.

Hecha en Ginebra el día veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y uno, en un solo ejemplar, cuyos textos en inglés y francés son igualmente auténticos, que quedará depositado en los archivos de las Naciones Unidas y del cual se entregarán copias debidamente certificadas a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se refiere el artículo 39.

ANEXO

Párrafo 1

1. El documento de viaje a que se refiere el Artículo 28 de esta Convención será conforme al modelo que figura en el adjunto apéndice.
2. El documento estará redactado por lo menos en dos idiomas, uno de los cuales será el inglés o el francés.

Párrafo 2

Con sujeción a los reglamentos del país de expedición, los niños podrán ser incluidos en el documento de viaje de un miembro de la familia o, en circunstancias excepcionales, de otro refugiado adulto.

Párrafo 3

Los derechos que se perciban por la expedición del documento no excederán de la tarifa más baja que se aplique a los pasaportes nacionales.

Párrafo 4

Salvo en casos especiales o excepcionales, el documento será válido para el mayor número posible de países.

Párrafo 5

El documento tendrá validez por uno o dos años, a discreción de la autoridad que lo expida.

Párrafo 6

1. La renovación o la prórroga de validez del documento incumbe a la autoridad que lo expida, mientras el titular no se haya establecido legalmente en otro territorio y resida legalmente en el territorio de dicha autoridad. La expedición de un nuevo documento incumbe, en iguales condiciones, a la autoridad que expidió el documento anterior.
2. Los representantes diplomáticos o consulares, especialmente autorizados a tal efecto, estarán facultados para prorrogar, por un plazo que no exceda de seis meses, la validez de los documentos de viaje expedidos por sus respectivos Gobiernos.
3. Los Estados contratantes examinarán con benevolencia la posibilidad de renovar o prorrogar la validez de los documentos de viaje o de expedir nuevos documentos a los refugiados que ya no residan legalmente en el territorio de tales Estados y no puedan obtener documentos de viaje del país de su residencia legal.

Párrafo 7

Los Estados contratantes reconocerán la validez de los documentos expedidos con arreglo a las disposiciones del artículo 28 de esta Convención.

Párrafo 8

Las autoridades competentes del país al cual deseé trasladarse el refugiado, si están dispuestas a admitirle y si se requiere un visado, visarán el documento que posea.

Párrafo 9

1. Los Estados contratantes se comprometen a expedir visados de tránsito a los refugiados que hayan obtenido visados para un territorio de destino definitivo.

2. Podrá negarse la expedición del visado por los motivos que permitan justificar la negación de visado a cualquier extranjero.

Párrafo 10

Los derechos por expedición de visados de salida, de entrada o de tránsito no excederán de la tarifa más baja que se aplique a los visados de pasaportes extranjeros.

Párrafo 11

Cuando un refugiado haya establecido legalmente su residencia en el territorio de otro Estado contratante, la responsabilidad de la expedición de un nuevo documento incumbirá en adelante, conforme a los términos y condiciones del artículo 28, a la autoridad competente de tal territorio, de quien podrá solicitarlo el refugiado.

Párrafo 12

La autoridad que expida un nuevo documento deberá retirar el antiguo y devolverlo al país que lo haya expedido, si el antiguo documento especifica que debe ser devuelto al país que lo expidió; en caso contrario, la autoridad que expida el nuevo documento retirará y anulará el antiguo.

Párrafo 13

1. Cada Estado contratante se compromete a permitir al titular de un documento de viaje expedido por tal Estado con arreglo al artículo 28 de esta Convención, regresar a su territorio en cualquier momento durante el plazo de validez del documento.

2. Con sujeción a las disposiciones del párrafo precedente, un Estado contratante puede exigir que el titular de ese documento se someta a todas las formalidades que pueden imponerse a los que salen del país o a los que regresen a él.

3. Los Estados contratantes se reservan en casos excepcionales o en casos en que el permiso de estancia del refugiado sea válido por tiempo determinado, la facultad de limitar, al expedir el documento, el tiempo durante el cual el refugiado pueda volver en plazo no menor de tres meses.

Párrafo 14

Con la única reserva de las disposiciones del párrafo 13, las disposiciones del presente anexo en nada se oponen a las leyes y los reglamentos que rigen en los territorios de los Estados contratantes las condiciones de admisión, tránsito, estancia, establecimiento y salida.

Párrafo 15

Ni la expedición del documento ni las anotaciones que en él se hagan determinarán o modificarán la condición del titular, especialmente en cuanto a su nacionalidad.

Párrafo 16

La expedición del documento no da al titular derecho alguno a la protección de los representantes diplomáticos o consulares del país respectivo, ni confiere a tales representantes derecho de protección.

APÉNDICE
Modelo de documento de viaje

El documento tendrá la forma de una libreta (aproximadamente 15 x 10 centímetros)

Se recomienda que sea impreso de manera tal que toda raspadura o alteración por medios químicos o de otra índole pueda fácilmente descubrirse, y que las palabras "Convención del 25 de julio de 1951" se impriman repetida y continuamente en cada página, en el idioma del país que expida el documento.

<p><i>(Cubierta de la Libreta)</i></p> <p>DOCUMENTO DE VIAJE</p> <p>(Convención del 25 de julio de 1951)</p> <hr/> <p>Nº. _____</p> <p style="text-align: center;">(1)</p> <p>DOCUMENTO DE VIAJE</p> <p>(Convención del 25 de julio de 1951)</p> <p>Este documento expira el _____, a menos que su validez sea prorrogada o renovada.</p> <p>Apellido (s) _____</p> <p>Nombre (s) _____</p> <p>Acompañado por _____ (niños)</p> <p>1. Este documento ha sido expedido con el único objeto de proporcionar al titular un documento de viaje que pueda hacer las veces de pasaporte nacional.</p> <p>2. El titular está autorizado a regresar a _____ [indíquese el país cuyas autoridades expiden el documento] el o antes del _____, a menos que posteriormente se especifique aquí una fecha ulterior. [El plazo durante el cual el titular esté autorizado a regresar no será menor de tres meses].</p> <p>3. Si el titular se estableciera en otro país que el expedidor del presente documento, deberá, si desea viajar de nuevo, solicitar un nuevo documento de las autoridades competentes del país de su residencia. [El antiguo documento de viaje será remitido a la autoridad que expida el nuevo documento, para que lo remita, a su vez, a la autoridad que lo expidió]¹</p> <hr/> <p>¹ La frase entre corchetes podrá ser insertada por los Gobiernos que lo deseen.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">(2)</p> <p>Lugar y fecha de nacimiento _____,</p> <p>Profesión _____,</p> <p>Domicilio actual _____</p> <p>* Apellido (s) de soltera y nombre (s) de la esposa _____</p> <p>* Apellido (s) y nombre (s) del esposo _____</p>
--

Descripción

Estatura _____
Cabello _____
Color de los ojos _____
Nariz _____
Forma de la cara _____
Color de la tez _____
Señales particulares _____

Niños que acompañan al titular

Apellido (s)	Nombre (s)	Lugar de nacimiento	Sexo
_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____

* Tácheselo lo que no sea del caso

(Este documento contiene páginas, sin contar la cubierta)

(3)

**Fotografía del titular y sello de la autoridad que expide el documento
Huellas digitales del titular (si se requieren)**

Firma del titular _____

(Este documento contiene páginas, sin contar la cubierta)

(4)

1. Este documento es válido para los siguientes países:

2. Documento o documentos a base del cual o de los cuales se expide el presente documento:

Expedido en _____

Fecha _____

Firma y sello de la autoridad que
expide el documento:

Derechos Percibidos:

(Este documento contiene páginas, sin contar la cubierta)

(5)

Prórroga o renovación de validez

Derechos Percibidos: Desde _____

Hasta _____

Hecha en _____ Fecha_____

Firma y sello de la autoridad que prorroga o renueva la validez del documento:

Prórroga o renovación de validez

Derechos Percibidos: Desde _____

Hasta _____

Hecha en _____ Fecha_____

Firma y sello de la autoridad que prorroga o renueva la validez del documento:

(Este documento contiene páginas, sin contar la cubierta)

(6)

Prórroga o renovación de validez

Derechos Percibidos: Desde _____

Hasta _____

Hecha en _____ Fecha_____

Firma y sello de la autoridad que prorroga o renueva la validez del documento:

Prórroga o renovación de validez

Derechos Percibidos: Desde _____

Hasta _____

Hecha en _____ Fecha_____

Firma y sello de la autoridad que prorroga o renueva la validez del documento:

(Este documento contiene páginas, sin contar la cubierta)

(7-32)

Visados

En cada visado se repetirá el nombre del titular del documento

(Este documento contiene páginas, sin contar la cubierta)

PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

Del Protocolo tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V a fin de que pudieran adherirse al Protocolo

Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967

Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII

Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606, p. 267

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (denominada en lo sucesivo la Convención), sólo se aplica a los refugiados que han pasado a tener tal condición como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951,

Considerando que han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que hay la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no queden comprendidos en el ámbito de la Convención,

Considerando conveniente que gocen de igual estatuto todos los refugiados comprendidos en la definición de la Convención, independientemente de la fecha límite de 1.º de enero de 1951,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo I.- Disposiciones generales

1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen.

2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término “refugiado” denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ...” y las palabras “... a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.

3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1.

Artículo II.- Cooperación de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas

1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones del presente Protocolo.

2. A fin de permitir a la Oficina del Alto Comisionado, o cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere, presentar informes a los órganos competentes de las Naciones Unidas, los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a suministrarle en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de:

- a)** La condición de los refugiados;
- b)** La ejecución del presente Protocolo;
- c)** Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entraren en vigor, concernientes a los refugiados.

Artículo III.- Información sobre legislación nacional

Los Estados Partes en el presente Protocolo comunicarán al Secretario General de las Naciones Unidas el texto de las leyes y los reglamentos que promulgaren para garantizar la aplicación del presente Protocolo.

Artículo IV.- Solución de controversias

Toda controversia entre Estados Partes en el presente Protocolo relativa a su interpretación o aplicación, que no haya podido ser resuelta por otros medios, será sometida a la Corte Internacional de Justicia a petición de cualquiera de las partes en la controversia.

Artículo V.- Adhesión

El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados Partes en la Convención y de cualquier otro Estado Miembro de las Naciones Unidas, miembro de algún organismo especializado o que haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a adherirse al mismo. la adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo VI.- Cláusula federal

Con respecto a los Estados federales o no unitarios, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) En lo concerniente a los artículos de la Convención que han de aplicarse conforme al párrafo 1 del artículo 1 del presente Protocolo, y cuya aplicación dependa de la acción legislativa del poder legislativo federal, las obligaciones del gobierno federal serán, en esta medida, las mismas que las de los Estados Partes que no son Estados federales;

b) En lo concerniente a los artículos de la Convención que han de aplicarse conforme al párrafo 1 del artículo I del presente Protocolo, y cuya aplicación dependa de la acción legislativa de cada

uno de los Estados, provincia o cantones constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la Federación, no estén obligados a adoptar medidas legislativas, el gobierno federal a la mayor brevedad posible y con su recomendación favorable, comunicará el texto de dichos artículos a las autoridades competentes de los Estados, provincias o cantones;

c) Todo Estado federal que sea Parte en el presente Protocolo proporcionará, a petición de cualquier otro Estado Parte en el mismo que le haya sido transmitida por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, una exposición de la legislación y de las prácticas vigentes en la Federación y en sus unidades constituyentes en lo concerniente a determinada disposición de la Convención que haya de aplicarse conforme al párrafo 1 del artículo I del presente Protocolo, indicando en que medida, por acción legislativa o de otra índole, se ha dado efectividad a tal disposición.

Artículo VII.- Reservas y declaraciones

1. Al tiempo de su adhesión todo Estado podrá formular reservas con respecto al artículo IV del presente Protocolo y en lo que respecta a la aplicación, conforme al artículo I del presente Protocolo, de cualesquiera disposiciones de la Convención que no sean las contenidas en los artículos 1, 3, 4, 16 (1) y 33; no obstante, en el caso de un Estado Parte en la Convención, las reservas formuladas al amparo de este artículo no se harán extensivas a los refugiados respecto a los cuales se aplica la Convención.

2. Las reservas formuladas por los Estados Partes en la Convención conforme al artículo 42 de la misma serán aplicables, a menos que sean retiradas, en relación con las obligaciones contraídas en virtud del presente Protocolo.

3. Todo Estado que haya formulado una reserva con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento, mediante comunicación al efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

4. La declaración hecha conforme a los párrafos 1 y 2 del artículo 40 de la Convención por un Estado Parte en la misma que se adhiera al presente Protocolo se considerará aplicable con respecto al presente Protocolo a menos que, al efectuarse la adhesión, se dirija una notificación en contrario por el Estado Parte interesado al Secretario General de las Naciones Unidas. Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 40 y del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención se considerarán aplicables mutatis mutandis al presente Protocolo.

Artículo VIII.- Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor en la fecha en que se deposite el sexto instrumento de adhesión.

2. Respecto a cada Estado que se adhiera al Protocolo después del depósito del sexto instrumento de adhesión, el Protocolo entrará en vigor en la fecha del depósito por ese Estado de su instrumento de adhesión.

Artículo IX.- Denuncia

- 1.** Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá denunciarlo en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.
- 2.** La denuncia surtirá efecto para el Estado Parte interesado un año después de la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas la haya recibido.

Artículo X.- Notificaciones del Secretario General de las Naciones Unidas

El Secretario General de las Naciones Unidas informará a los Estados mencionados en el artículo V *supra* acerca de la fecha de entrada en vigor, adhesiones, reservas formuladas y retiradas y denuncias del presente Protocolo, así como acerca de las declaraciones y notificaciones relativas a éste.

Artículo XI.- Depósito en los archivos de la Secretaría de las Naciones Unidas

Un ejemplar del presente Protocolo, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, firmado por el Presidente de la Asamblea General y por el Secretario General de las Naciones Unidas, quedará depositado en los archivos de la Secretaría de las Naciones Unidas. El Secretario General transmitirá copias certificadas del mismo a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los demás Estados mencionados en el artículo V *supra*.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS



ACNUR
2001

I. Introducción

1. La meta inmediata del presente documento es aclarar aspectos contemporáneos de la interpretación de los términos del Artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, teniendo en cuenta los recientes desarrollos académicos y jurisprudenciales. Se espera que el contenido sea útil en varios contextos, especialmente por los esfuerzos que actualmente se realizan en Europa para armonizar la interpretación de la definición de refugiado. El Manual del ACNUR, **Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado**¹ proporciona la guía básica de la Oficina para la interpretación de la definición de refugiado, y es la referencia para un mejor entendimiento de la perspectiva del ACNUR respecto a varios asuntos interpretativos. El presente documento destaca puntos clave del Manual del ACNUR y además, repasa diversos temas que han pasado a ser relevantes dentro de la temática del derecho de los refugiados desde la publicación del Manual. Algunos de estos temas también serán tratados en cuatro mesas redondas de expertos que tendrán lugar dentro del contexto de las Consultas Globales del ACNUR sobre la Protección Internacional. Los resultados de dichas mesas redondas ayudarán a afinar o desarrollar las opiniones del ACNUR, los gobiernos y otros actores involucrados sobre estos temas.

II. Consideraciones Preliminares

i. Un análisis animado por los principios de Derechos Humanos

2. De acuerdo con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado como la Convención de 1951 deberá interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”². La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados especifica que el contexto comprende, entre otros elementos, el preámbulo,³ como fuente del objeto y finalidad del instrumento.

¹ En 1979, la entonces División de Protección Internacional produjo el *Manual* a petición del Comité Ejecutivo, con el fin de orientar a los gobiernos. El *Manual* representa el conocimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados respecto a los diversos elementos de los criterios para reconocer el estatuto de refugiado, conocimiento acumulado durante sus primeros 25 años; incluye y toma en cuenta la práctica del ACNUR y de los Estados y los intercambios de puntos de vista entre la Oficina y los Estados Partes de la Convención de 1951, así como la bibliografía sobre la materia a la fecha de su publicación. El *Manual*, reeditado en 1992 por el ACNUR, ha resultado ser una guía útil para funcionarios gubernamentales, personal del ACNUR y tribunales que determinan solicitudes de asilo.

² Artículo 31 (1), Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (1969) 8 I.L.M. 679. El Artículo 31 es generalmente aceptado como representativo del estado existente del derecho internacional consuetudinario.

³ Artículo 31 (2), Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3. El sentido corriente de los elementos del Artículo 1 es generalmente claro en su literalidad y así debería atribuirse. Cuando se necesita el objeto y fin de la Convención de 1951 para interpretar el significado de términos, el preámbulo provee una orientación importante. Una lectura detenida del mismo lleva a la conclusión de que el objeto y el fin del instrumento es asegurar la protección de los derechos específicos de los refugiados, alentar la cooperación internacional al respecto, incluso a través del ACNUR, y evitar que el problema del asilo se convierta en causa de tensiones entre Estados.
4. El preámbulo contiene un sólido lenguaje de derechos humanos. El primer párrafo se refiere a la afirmación, por parte de la comunidad internacional, del principio de que los seres humanos gozarán de los derechos y libertades fundamentales, como los establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin discriminación. El segundo párrafo recuerda la preocupación profunda de las Naciones Unidas por los refugiados, así como sus esfuerzos por asegurar que los refugiados gocen del más amplio ejercicio posible de sus derechos y libertades fundamentales. Estos preceptos indican el propósito de los redactores, de incorporar los valores de derechos humanos en la identificación y el tratamiento de los refugiados, guiando así de manera útil, la interpretación de las disposiciones contenidas en la Convención de 1951, en armonía con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
5. Los refugiados tienen derecho a la protección internacional, precisamente porque sus derechos humanos se ven amenazados. La esencia de la protección a la que tiene derecho un refugiado, es la protección contra la devolución a un territorio donde su vida o libertad estarían amenazadas por uno de los motivos de la Convención. El principio de no-devolución está garantizado, entre otros, en el Artículo 33 de la Convención⁴. Es esta protección y la de otros derechos establecidos en la Convención de 1951, la finalidad de la determinación del estatuto de refugiado. Los principios de derechos humanos, al menos según este contexto, deben animar la interpretación de la definición de quien tiene derecho a dicha protección. De hecho, la complementariedad natural entre la protección de los refugiados y el sistema internacional para la protección de los derechos humanos, ha sido expresada y elaborada en varios documentos del ACNUR y en Conclusiones del Comité Ejecutivo.⁵
6. En el contexto europeo, desde hace ya mucho tiempo, la interrelación entre los principios de derechos humanos y la protección internacional de los refugiados ha sido reconocida en los trabajos del Comité *Ad Hoc* de Expertos en Aspectos Legales del Asilo Territorial, Refugiados y Personas Apátridas (CAHAR) del Consejo de Europa, así como en el Comité de Ministros,⁶ el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos⁷, la Asamblea Parlamentaria y otras actividades del Consejo de Europa. La correlación ha sido reiterada explícitamente por los Jefes de Estado y Gobiernos de la Unión Europea, reunidos en la Cumbre de Tampere de octubre de

⁴ El principio de no-devolución también se codifica explícitamente o por interpretación, en el Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984, el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el Artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. Muchas autoridades lo consideran una norma del derecho internacional consuetudinario, tal y como evidencian varias conclusiones o resoluciones de instancias internacionales, incluidas las Conclusiones 25 (b) y 79 (i) del Comité Ejecutivo y el Artículo 2 de la Declaración adoptada en el Cuarto Seminario de Expertos Árabes en Asilo y Derecho de Refugiados, realizado en el Cairo en noviembre de 1992.

⁵ Véanse la Nota sobre la Protección Internacional de 1998 de la Alta Comisionada (A/AC.96/898), así como las Conclusiones 80 (e), 81 (h), 82 (d) (vi) y 85 (f) a (m) del Comité Ejecutivo.

⁶ CAHAR viene elaborando desde los años setenta recomendaciones importantes sobre la protección a refugiados, las que han sido adoptadas posteriormente por el Comité de Ministros, basadas en el análisis de los derechos humanos.

⁷ Véanse por ejemplo, *Cruz-Varas v. Suecia*, 20 de marzo de 1991, Serie A, vol. 201, (1992) 14 E.H.R.R. 1; *Vilvarajah v. Reino Unido*, 20 de octubre de 1991, Serie A, vol. 215, (1992) 14 E.H.R.R. 248; *Chahal v. Reino Unido*, 15 de noviembre de 1996, Repertorio de Sentencias y Decisiones 1996-V, (1996) 23 E.H.R.R. 413; *Ahmed v. Austria*, 17 de diciembre de 1996, Repertorio 1996-VI (1996) 22 E.H.R.R. 279; *H.L.R. v. Francia*, 29 de abril de 1997, Repertorio 1997-III, (1998) 26 E.H.R.R. 29; *D v. Reino Unido*, 2 de mayo de 1997, Repertorio 1997-III, (1997) 24 E.H.R.R. 423; *Jabari v. Turquía*, 11 de julio de 2000, Demanda No. 40035/98.

1999. Las Conclusiones de la Presidencia, adoptadas allí, reafirmaron el compromiso pleno de la Unión Europea con las obligaciones que emanan de la Convención de 1951 y otros instrumentos relevantes de derechos humanos⁸, así como la importancia del respeto absoluto al derecho a solicitar asilo⁹. En las mismas Conclusiones, los participantes acordaron trabajar para establecer un sistema común europeo de asilo, basado en la aplicación plena e incluyente de la Convención de 1951, que garantice que nadie sea devuelto a una persecución.¹⁰

ii. Un análisis global e integral

7. La definición contenida en el Artículo 1 puede, y para ser analizada, debe ser desglosada en sus elementos constitutivos. Sin embargo, constituye un sólo examen global. Esto ha sido reconocido y reflejado en varias formulaciones de la determinación del estatuto de refugiado.¹¹ La clave para calificar a una persona como refugiada, es el temor de persecución por un motivo de la Convención.¹²
8. Cuando se intentan aplicar los criterios del Artículo 1 en el transcurso de los procedimientos individuales de asilo, los responsables de tomar decisiones deben considerar todas las circunstancias relevantes del caso.¹³ Necesitan tener tanto una visión completa de la personalidad del solicitante, sus antecedentes y experiencias personales¹⁴, como un análisis y conocimiento actualizado de todas las circunstancias objetivas relevantes del país de origen.¹⁵
9. Cabe recordar en este contexto que, según el Manual del ACNUR, una persona no adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado¹⁶. Por ello el incumplimiento de los requisitos formales o técnicos, como los plazos, no niega la condición de refugiado de la persona.

iii. Carga y estándares de prueba

10. Al determinar el estatuto de refugiado, surge el tema de la carga y los estándares de la prueba,¹⁷ así como la cuestión relacionada con la valoración de la credibilidad del individuo. Aunque estas son cuestiones mayormente procesales, y por lo tanto no serán ampliamente

⁸ "Hacia una Unión de Libertad, Seguridad y Justicia: los Hitos de Tampere" Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, párrafo 4.

⁹ Ibidem, párrafo 13.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Quizás el caso más reciente es el de la decisión de la Cámara Alta del Reino Unido, en el caso de *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, 6 de julio de 2000 (2000) 3 W.L.R. 379, en el que varios de los magistrados confirman el carácter integral del examen, entre ellos, Lord Lloyd de Berwick, quien señala que "desde luego acepto que al final de cuentas, sólo existe una cuestión, que es si el solicitante tiene cabida en la definición de refugiado contenida en el Artículo 1A(2) de la Convención." (Pág. 390). Por la misma razón Lord Clyde advierte contra un "análisis demasiado detallado de sus elementos componentes", que "puede distraer y desviar la atención del propósito esencial de lo que se busca lograr" (pág. 395). Véase también la Federal Court of Australia en *Kuldip Ram v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and the Refugee Review Tribunal*, 27 de junio de 1995, No. SG 17 de 1995 No. Federal 433/95 Immigration (1995) 130 ALR 314, especialmente el párrafo 12.

¹² Véanse el *Manual del ACNUR*, párrafo 37; Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2a edición), Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 41.

¹³ Lord Clyde en *Horvath* también cita con aprobación, las palabras de Simon Brown L.J. en *Ravichandran v. Secretary of State for the Home Department* [1996] Imm. A.R. 97, 109, en las que dice: "la cuestión de si alguien está en riesgo de persecución por un motivo de la Convención, debe ser analizada en su totalidad, y teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes" (pág. 399). Véase también Goodwin-Gill, pág. 41.

¹⁴ Véanse el *Manual del ACNUR*, párrafos 34 a 50. Véase asimismo la *Posición Común sobre la Armonización de la Aplicación de la Definición del Término "Refugiado" en el Artículo 1 de la Convención de Ginebra*, punto no. 2, de la Unión Europea.

¹⁵ El presente documento sobre la interpretación del Artículo 1 de la Convención de 1951, aborda directamente temas de interpretación que surgen en el contexto de la determinación individual del estatuto. No se aborda aquí el asunto de la determinación en grupo bajo la Convención. Esto no significa que la Convención no se aplica o no puede aplicarse en situaciones en que no se realiza la determinación individual del estatuto. Véase el *Manual del ACNUR*, párrafo 44 y el recientemente publicado *The Refugee Concept in Group Situations*, Ivor C. Jackson, Martinus Nijhoff Editores, La Haya, 1999.

¹⁶ Véase el *Manual del ACNUR*, párrafo 28.

¹⁷ Favor de referirse la *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims* del ACNUR, emitida en diciembre de 1998, para un panorama general de la posición del ACNUR.

discutidas en el presente documento, se puede resumir la ya desarrollada jurisprudencia y otras directrices que se encuentran en el propio Manual del ACNUR¹⁸:

- de acuerdo con los principios generales de la carga de la prueba, ésta recae en el peticionario, en el caso de solicitudes de asilo, en el solicitante de asilo. Esta carga se cumple con el relato veraz de los hechos relevantes, de tal forma que, con base en los hechos, se pueda llegar a una decisión apropiada. El solicitante de asilo también debe tener la oportunidad de presentar pruebas para fundamentar su solicitud. Sin embargo, debido a la situación particularmente vulnerable de los solicitantes de asilo y refugiados, la responsabilidad de averiguar y valorar las pruebas se comparte con el órgano decisorio. En el contexto de exclusión y cesación, son las autoridades quienes defienden la aplicabilidad de dichas cláusulas y por tanto, la responsabilidad de establecer las razones que justifican la exclusión o cesación recae en ellas¹⁹.
- el estándar de la prueba para establecer un temor fundado de persecución, ha sido desarrollado en la jurisprudencia de las jurisdicciones del derecho consuetudinario. Aunque se han utilizado diversas formulaciones, está claro que el estándar requerido es menor que el de litigios de derecho civil. Está generalmente aceptado que se debe probar que la persecución es “razonablemente posible” para que el temor sea fundado²⁰.
- debido a que las circunstancias particulares de los solicitantes de asilo, a menudo dan lugar a que estas personas encuentran obstáculos para obtener elementos probatorios, incluso a veces hasta para presentar elementos probatorios ellos mismos²¹, la evaluación de la credibilidad de los refugiados puede ser particularmente difícil en algunos casos. La incapacidad de recordar todas las fechas o detalles menores, las incongruencias menores, las vaguedades no substanciales o las alegaciones incorrectas que no son determinantes, no deben ser utilizados como factores decisivos en la determinación de la credibilidad, aunque sí pueden ser tomados en cuenta, junto con otros factores, en la evaluación general de credibilidad. La credibilidad queda establecida cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y plausible y por tanto, es susceptible de ser creída. Una vez que el entrevistador esté satisfecho con la credibilidad general de la persona, ésta debe gozar del beneficio de la duda para aquellas afirmaciones para las que carece de elementos probatorios²².

III. Análisis de los Elementos de Inclusión:

Elementos clave de inclusión (Artículo 1A(2)):

...el término “refugiado” se aplicará a toda persona que... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país...²³

¹⁸ Véase la Parte II del *Manual del ACNUR*, especialmente los párrafos 195 al 219.

¹⁹ Véanse en particular, los párrafos 5 y 6 de *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims* del ACNUR, citado en la nota 17 *supra*, y el párrafo 196 del *Manual del ACNUR*.

²⁰ Véanse los párrafos 16 y 17 y la jurisprudencia citada en el Anexo de *Note on Burden and Standard of Proof*, citado en la nota 17 *supra*. Véase también el *Manual del ACNUR* en su párrafo 42.

²¹ Véanse los párrafos 9 y 10 de *Note on Burden and Standard of Proof*, citado en la nota 17 *supra*. Véase también los párrafos 196 a 199 del *Manual del ACNUR*.

²² Véanse los párrafos 11 y 12 de *Note on Burden and Standard of Proof* (nota 17 *supra*) y el *Manual del ACNUR*, párrafos 199 y 202.

²³ Existe una disposición similar para personas apátridas, que cita no el país de nacionalidad sino el país de anterior residencia habitual. No se cita dicha disposición aquí, ya que no cambia la interpretación de los elementos clave de inclusión. Adicionalmente, hay un segundo párrafo adicional en

i. Fundado temor²⁴

- 11.** El Manual del ACNUR identifica “fundados temores de ser perseguida” como la parte clave de la definición, y discute el término temor fundado con bastante detalle.²⁵ Mientras que el temor es un sentimiento subjetivo, a efectos de determinar el estatuto de refugiado, ha de ser fundado; es decir, debe tener una base objetiva. Varía el grado en el que cada uno de estos elementos puede ser importante para un caso individual particular. En los casos en los que no se expresa un temor subjetivo objetivamente, las circunstancias bien pueden justificar el reconocimiento, en el sentido de que cualquier persona en dichas circunstancias correría un riesgo tan obvio, que la ausencia de temor sería indiferente. Al contrario, pueden darse casos en que las circunstancias objetivas en sí no parecieran ser apremiantes, pero tomando en cuenta los antecedentes, creencias y actividades de la persona, dichas circunstancias podrían sustentar un temor fundado para ese individuo, aunque las mismas circunstancias objetivas podrían no constituir lo mismo para otro individuo.²⁶ Estos ejemplos ilustran la importancia de que las decisiones sobre el estatuto de refugiado, especialmente sobre el temor fundado, se tomen sólo después de haber estudiado y sopesado apropiadamente, todas las circunstancias relevantes del caso. Para este componente del análisis, es preciso contar con información objetiva y confiable sobre el país de origen, en lo que se refiere a las particularidades del caso.
- 12.** Un aspecto del elemento de temor fundado que ha dado lugar a problemas específicos en años recientes, es el de determinar si de manera razonable, una persona debió haberse trasladado a otra parte del país para vivir de forma segura allí, en lugar de ejercer su derecho a buscar asilo fuera de su propio país. En algunas jurisdicciones, esta noción, la llamada “alternativa de huida interna” o “principio de reubicación”, ha sido utilizada incorrectamente para negar el estatuto de refugiado a personas que tienen derecho al mismo. Esto ocurre especialmente cuando se utiliza el concepto como una barrera al acceso a los procedimientos de grupos enteros de individuos. El análisis debe aplicarse más bien a cada caso particular, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo. Otros problemas con la aplicación de este concepto tienen que ver con la incorrecta comprensión sobre cómo se relaciona el análisis con la definición de refugiado²⁷, la falta de consideración adecuada de las circunstancias existentes en la zona de desplazamiento y lo razonable de reubicarse en ella en lugar de pedir asilo en el extranjero, además de importantes requerimientos probatorios.²⁸

el Artículo 1A(2), que especifica que en el caso en que una persona tenga más de una nacionalidad, “el país de nacionalidad” mencionado en el primer párrafo, significará a cada uno de los países de los cuales es nacional, con el resultado de que si, sin una razón válida basada en un temor fundado, dicha persona no se ha valido de la protección de uno de los países del que es nacional, se determinará que la persona no carece de la protección de su país de nacionalidad. Este es un elemento de hecho, que requiere que primero se determine si la persona tiene más de una nacionalidad, y si así fuera, analizar la existencia o no de una razón válida basada en un temor fundado, para no valerse de la protección de ese Estado. Véase por ejemplo, Commission de Recours des Réfugiés (C.R.R.) (Francia), Nzoghu Musakirwa, 21 de octubre de 1999, 330.953; Sywolek ép. Farrayan, 26 de febrero de 1999, 326.802; Atranik Youssef ép. Tchakmakdyian, 11 de febrero de 1999, 318.703.

²⁴ Cabe recordar, como ya se mencionó, que el presente documento aborda sólo algunas de las cuestiones substantivas de interpretación que surgen al aplicar los criterios del Artículo 1. No aborda detalladamente cuestiones procesales.

²⁵ Véanse los párrafos 37 a 50 del *Manual* del ACNUR.

²⁶ Véanse en particular los párrafos 40 y 41 del *Manual* del ACNUR. En la jurisprudencia, véase por ejemplo, New Zealand Refugee Status Appeals Authority (R.S.A.A.), *Re MN*, 12 de febrero de 1996, Refugee Appeal No. 2039/93 y varios casos citados allí.

²⁷ Alguna jurisprudencia y algunos comentaristas han analizado este aspecto dentro de la última cláusula del Artículo 1, es decir, lo consideran un asunto relacionado con la disponibilidad o la capacidad del solicitante de asilo de valerse de la protección del país de su nacionalidad o de su anterior residencia habitual. Por las razones discutidas a continuación en los párrafos 15 y 35 a 37, el verdadero lugar de este análisis es aquí, en la evaluación de lo fundado del temor.

²⁸ En algunos casos los tribunales han requerido que los solicitantes prueben que no serían protegidos en ninguna parte del país, lo cual constituye una carga imposible y que claramente contradice la definición de refugiado, cuyo criterio clave es que la persona solicitante de asilo demuestre que tiene un temor fundado a persecución por una de las razones establecidas en la Convención.

- 13.** La necesidad de tal análisis no surge en cada caso. Sólo es relevante cuando el temor a la persecución se limita a una parte específica del país, fuera de la cual no puede materializarse el daño temido. En términos prácticos, esto excluye prácticamente todos los casos en que la persecución temida emana de o es tolerada por agentes estatales, ya que normalmente se presume que éstos ejercen autoridad en todas partes del país.²⁹ Más aún, la alternativa de huida interna debe ser razonable. Esto significa que debe ofrecer un ambiente habitable y seguro, libre de la amenaza de persecución, donde la persona pueda llevar una vida “normal”, incluyendo el ejercicio y goce de derechos civiles y políticos, junto a miembros de la familia, en condiciones económicas, sociales y culturales comparables con las disfrutadas por aquellas personas que normalmente viven en ese país.³⁰
- 14.** Los requerimientos mencionados previamente, es decir, estar libre de persecución y con capacidad de ejercer y gozar derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, llevan a reflexionar sobre un elemento que a menudo es discutido en la determinación del estatuto de refugiado: la disponibilidad y suficiencia de protección por parte de las autoridades. Algunos autores describen la “falta de protección estatal” como un criterio clave en la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951;³¹ otros le atribuyen mucha menos importancia, al notar que persecución de acuerdo a la Convención, comprende un conjunto de razones, intereses y medidas.³²
- 15.** Desde la perspectiva del ACNUR, la consideración de una protección nacional efectiva, no es un asunto separado ni esencial, sino uno de una serie de elementos concomitantes en la determinación del estatuto de refugiado en algunos casos, especialmente aquéllos que conciben temor a una persecución por agentes no estatales. La cuestión es si el riesgo que da lugar al temor es suficientemente mitigado por una protección nacional disponible y efectiva, frente al daño temido. Cuando sea necesaria tal evaluación, se requiere de un balance juicioso entre varios factores, tanto generales como específicos, incluyendo el estado general de derecho, orden y justicia en el país, así como su efectividad, incluyendo los recursos disponibles y la habilidad y disponibilidad para utilizarlos apropiada y efectivamente para proteger a los residentes.

ii. Persecución

- 16.** A efectos de determinar la condición de refugiado, el término persecución no está definido en ninguna parte del derecho internacional. Algunos comentaristas sostienen que no se consideró necesario definir el término, ya que su significado era bien conocido gracias a otros instrumentos y a la experiencia³³; otros sugieren que se omitió la definición de forma deliberada, con el fin de que fueran incluyéndose nuevas formas de persecución³⁴. Cualesquiera

²⁹ Para conocer posibles excepciones, véase la discusión en el Anexo “Relocation and State Agents” del documento de política, *Relocating Internally* (siguiente nota *infra*). Aun cuando el Estado pueda no tener control *de facto* sobre parte de su territorio, como en el caso del norte de Iraq, no se puede suponer que existe la posibilidad de una reubicación interna; es preciso evaluar todas las circunstancias. Véase por ejemplo, la jurisprudencia de la Swiss Asylum Appeals Commission (AAC), Sentencia del 12 de julio de 2000.

³⁰ Véase el documento de política del ACNUR, *Relocating Internally as an Alternative to Seeking Asylum: (the So-Called “Internal Flight Alternative” or “Relocation Principle”)*, editado en Ginebra en febrero de 1999. Véase también el *Manual* del ACNUR, párrafo 91.

³¹ Véase James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Butterworths eds. Toronto, 1991, pág. 101 *et seq.*, especialmente 104/105. Véase también la discusión relacionada en los párrafos 35 a 37 *infra*, acerca del significado del elemento “no pueda/no quiera”.

³² Véase G. Goodwin-Gill, pág. 77.

³³ Véanse J. Hathaway, p. 7, nota 36.

³⁴ Véanse los comentarios de Paul Weis en el documento de la ONU Doc. HCR/INF/49, 22; ibidem, *The concept of the refugee in international law* (1960), 87 JDI 928, pág. 970; Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugee in International Law*, Sijthoff, Leyden, 1966, vol. I, Sección 21, párrafo 82, pág. 193. Véase también la Federal Court of Australia en *Kildip Ram v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and the Refugee Review Tribunal*, del 27 de junio de 1995, No. SG 17 de 1995 Fed No. 433/95 Immigration (1995) 130 ALR 314, párrafo 7: “A mí me parece que los que establecieron la disposición, sabiamente escogieron expresiones amplias, lo que no le incumbe al tribunal restringir.” (Burchett J.).

que sean las razones, el hecho de que la Convención no defina persecución legalmente, constituye un fuerte indicativo de que con base en la experiencia del pasado, los redactores quisieron que todas las formas futuras de persecución fueran abarcadas en el término.

17. El desarrollo continuo del derecho internacional relativo a los derechos humanos posterior a la adopción de la Convención de 1951, ha ayudado a avanzar en el sentido, expresado en el Manual del ACNUR, acerca de que la persecución comprende abusos o daños graves de los derechos humanos, a menudo pero no siempre con un elemento sistemático o repetitivo.³⁵ Mientras que es generalmente aceptado que la “mera” discriminación no puede, en una situación normal, constituir persecución en sí misma (aunque indudablemente, serán consideradas como tal aquellas formas particularmente atroces)³⁶, un patrón persistente de discriminación continua y generalizada normalmente constituirá, de forma acumulada, persecución, y justificará la protección internacional.³⁷
18. A veces surge la confusión entre el concepto de enjuiciamiento de acuerdo a una ley de aplicación general y persecución por una razón establecida en la Convención. Quizás esto ocurra más frecuentemente en los casos en los que se rehusa cumplir con un servicio militar obligatorio, ya sea mediante la evasión del reclutamiento o la deserción. Asimismo, surge en otros contextos, especialmente cuando una ley de aplicación general tiene un impacto diferenciado en una persona o un grupo de personas, debido a uno de los motivos establecidos en la Convención, o cuando la aplicación de la ley pone en riesgo o viola los derechos humanos. El Manual del ACNUR es útil en estas materias, y debe ser tomado como punto de partida de cualquier análisis.³⁸ Lo que se expone a continuación constituye un resumen de dicha recomendación. Al distinguir entre persecución y enjuiciamiento ordinario por delitos cometidos, es necesario tomar en cuenta y analizar al menos algunos de los siguientes factores:
 - si la ley es conforme a estándares de derechos humanos o si es inherentemente persecutoria (por ejemplo, cuando prohíbe alguna legítima creencia o actividad religiosa);³⁹
 - si la aplicación de la ley se realiza en una forma que constituye persecución basada en un motivo establecido en la Convención. Los siguientes son elementos a considerar en este sentido⁴⁰:
 - si a las personas acusadas de acuerdo a la ley en cuestión, se les niega el debido proceso de ley por una de las razones establecidas en la Convención;
 - si el enjuiciamiento es discriminatorio (por ejemplo, cuando sólo son perseguidos miembros de ciertos grupos étnicos);
 - si la pena es aplicada de forma discriminatoria (por ejemplo, la pena normal es seis meses de prisión, pero las personas juzgadas por tener cierta opinión política reciben comúnmente una sentencia de un año de encarcelamiento);

³⁵ Véanse el *Manual del ACNUR*, párrafos 51 - 53; véase también Supreme Court of Canada, *Canada (Attorney General) v. Ward*, del 30 de junio de 1993, [1993] 2 S.C.R. 689, pág. 734; High Court of Australia, *Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, del 24 de febrero de 1997, (1997) 190 C.L.R. 225 (McHugh J.); y *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Ibrahim*, del 26 de octubre de 2000, [2000] HCA 55, párrafo 65 (McHugh J.).

³⁶ Véase el *Manual del ACNUR*, párrafo 54; véase también High Court of Australia, *Chen Shi Hai v. Minister of Immigration and Multicultural Affairs*, del 13 de abril de 2000, [2000] HCA 19, párrafo 25.

³⁷ Véase el *Manual del ACNUR*, párrafo 55.

³⁸ Véanse los párrafos 56 a 60 y 167 a 174 del *Manual del ACNUR*.

³⁹ Véanse en particular los párrafos 59 y 60 del *Manual del ACNUR*, así como las secciones relacionadas en el documento de política del ACNUR, *Gender-Related Persecution*, citada en la nota 67 *infra*.

⁴⁰ Véase el *Manual del ACNUR* y véase también los documentos de política del ACNUR acerca de la evasión del reclutamiento en circunstancias particulares. En particular, véanse los párrafos 1 y 8 - 10 del documento *Deserters and Persons avoiding Military Service originating from the Federal Republic of Yugoslavia in Countries of Asylum: Relevant Considerations*, del 1 de octubre de 1999.

- si la pena establecida por la ley constituye persecución (por ejemplo, cuando la pena constituye un trato cruel, inhumano o degradante);
- en el caso de negación a cumplir con el servicio militar, podrían existir consideraciones adicionales, incluyendo las siguientes:
 - si el servicio requerido estuviese relacionado con un tipo de acción militar condenada por la comunidad internacional por ser contraria a las reglas básicas de conducta humana;
 - si no pudiese razonablemente esperarse la realización del servicio requerido por parte del individuo, debido a sus circunstancias particulares relacionadas con creencias o convicciones genuinas de tipo religioso, político, humanitario o filosófico, o por ejemplo, en el caso de un conflicto interno de carácter étnico, debido a sus antecedentes étnicos;⁴¹
 - si existe una excepción para los objetores de conciencia y si dicha excepción es aceptable y proporcionada.

19. Unos cuantos Estados restringen el significado de “persecución” contenida en la Convención de 1951, al daño que emana del propio Estado o sus agentes.⁴² Dichos Estados siguen un análisis que convierte en determinante al perpetrador o la fuente del daño temido o experimentado. La práctica estatal en el resto del mundo, aunque a veces basada en análisis muy diferentes, apoya abrumadoramente la posición adoptada por el ACNUR, a saber, que la persecución realizada por agentes no estatales cae dentro de la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951.⁴³ Desde la perspectiva del ACNUR, la fuente del daño temido es de poca, si no de nula, relevancia para determinar si la persecución ha ocurrido o puede probablemente ocurrir. Es evidente que el propósito y objeto de la Convención de 1951 es asegurar la protección a refugiados. Ciertamente, no existe nada en el texto del Artículo, que sugiera que la fuente del daño temido sea de alguna forma determinante. El ACNUR ha argumentado consecuentemente, por tanto, que las consideraciones más relevantes son aquellas en torno a lo fundado del temor a un daño real o potencial, que sea suficientemente grave como para constituirse en persecución debido a una de las razones enumeradas en la Convención.⁴⁴

⁴¹ Aun si la acción militar en la que se exige la participación de la persona es generalmente realizada dentro de los límites señalados en las leyes de guerra, dicha persona podría ser considerada objeto de conciencia y por tanto, podría calificar como refugiado/a, si puede establecer que sus objeciones morales, religiosas o políticas a la participación en tal acción son tan genuinas, serias y profundas que sería moralmente incorrecto exigir que participara en tal acción. Un caso que podría tener cabida en esta descripción es el de pertenecer a una minoría étnica en una situación de conflicto interno, en el que se exige que el miembro de dicha minoría participe en acciones militares en contra de su propia etnia. Se refleja esta excepción en el párrafo 10 del documento de política del ACNUR, acerca de la evasión del servicio militar en la República Federal de Yugoslavia, citado en la nota anterior.

⁴² El ACNUR conoce de cuatro Estados de Europa occidental que toman esta posición. De éstos, uno está estudiando el enfoque con miras hacia la posibilidad de modificarlo. Véase, por ejemplo, Conseil d'Etat (Francia), *Henni*, 12 de octubre de 1998, 179.364; *Dankha*, 27 de mayo de 1983, 42.047; Federal Constitutional Court (Alemania), 10 de julio de 1989, BVerfGE 80, 315; Asylum Appeals Commission, Suiza, EMARK, 1995 , No. 2.

⁴³ Véanse por ejemplo, Supreme Court of Canada, *Canada (Attorney General) v. Ward*, 30 de junio de 1993, [1993] 2 S.C.R. 689; U.S. Court of Appeals, *Rosa v. INS*, 440 F.2d 100 (1st Cir. 1971) y *In re McMullen v. INS*, 658 F.2d 1312 (9th Cir. 1981); Australia High Court, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Ibrahim*, 26 de octubre de 2000, [2000] HCA 55; Nueva Zelanda R.S.A.A., 16 de agosto de 2999, Refugee Appeal No. 71427/99; House of Lords, *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah*, 25 de marzo de 1999, [1999] 2 A.C. 629 y *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, 6 de julio de 2000, [2000] 3 W.L.R. 379; Rechtseerhedskamer (REK) La Haya, 27 de agosto de 1998, Ref.-No. AWB 98/3068 VRWET y Ref.-No. 98/3057 VRWET; Commission permanente de Réfugiés (C.P.R.) (1 ch.) (Bélgica), 21 de noviembre de 1991, F035; Refugee Appeals Board (R.A.B.) (Dinamarca), 1 de febrero de 1994, No. 21-0486 y 24 de junio de 1994, No. 21-0435; véase también ELENA, Research Paper on Non-State Agents of Persecution de ECRE (2000).

⁴⁴ Véanse por ejemplo, el documento de política del ACNUR sobre agentes de persecución (1995); UNHCR, *An Overview of Protection Issues in Western Europe: Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR*, Serie Europea, Vol. 1 No. 3, septiembre de 1995, págs. 28-30; *Opinion of UNHCR regarding the question of non-State persecution, as discussed with the Committee on Human Rights and Humanitarian Aid of the German Parlament (Lower House)* del 29 de noviembre de 1999, secciones IV y V; Volker Türk, “Non-State Agents of Persecution”, ponencia presentada en el Colloquium of the Graduate Institute of International Studies, 3 de noviembre de 2000, Ginebra. Véase también el Manual del ACNUR, párrafos 37 y 65.

- 20.** En ocasiones se argumenta que la Convención de 1951 no proporciona un marco legal adecuado para abordar los problemas actuales de los refugiados, ya que éstos a menudo ocurren en el contexto de guerra y conflictos armados. En un sentido similar, la jurisprudencia de algunos países ha desarrollado criterios, en los que se argumenta que para que se considere que un solicitante de asilo es perseguido, la persona en cuestión tiene que ser "señalada" o de alguna manera "elegida como blanco individualmente".⁴⁵ Mientras, tribunales de otros Estados aceptan que la guerra civil como tal no obvia ni basta para fundamentar la condición de refugiado, utilizando criterios como "riesgo diferenciado" o "impacto diferenciado".⁴⁶ Sin embargo, estos criterios tienden a confundir dos hechos clave: i) aun en situaciones de guerra o conflicto, las personas pueden verse obligadas a huir debido a un temor fundado a ser perseguidas por las razones enumeradas en la Convención; y ii) a menudo, las guerras y la violencia son utilizadas en sí como instrumentos de persecución. Frecuentemente son el medio elegido por los perseguidores para reprimir o eliminar grupos específicos, que son blanco por su etnia u otras afiliaciones.⁴⁷
- 21.** Cabe recordar que la Convención se redactó inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, al menos en parte como un medio para proteger a las víctimas de persecución de esa guerra. Cuando los conflictos están enraizados en diferencias étnicas, religiosas o políticas, que específicamente victimizan a las personas que huyen, como muy a menudo sucede en la actualidad, las personas que huyen de dichos conflictos calificarían como refugiados bajo la Convención de 1951. El Comité Ejecutivo ha reafirmado lo anterior en varias ocasiones, la más reciente, durante su sesión de 1998.⁴⁸ Asimismo, para una interpretación apropiada del Artículo 1 es irrelevante cuán grande o pequeño sea el grupo afectado. Comunidades enteras pueden estar en riesgo de sufrir persecución por razones de la Convención y el hecho de que todos los miembros de una comunidad se vean afectados por igual, de ninguna manera mina la legitimidad de aquellas solicitudes de asilo presentadas de manera individual. Al contrario, tales hechos deben facilitar el reconocimiento de la condición de refugiado, ya que el proceso sociológico de marginación que engendra tal estigmatización, constituye un patrón muy fuerte de persecución. Este enfoque, aconsejado en el Manual del ACNUR y en diversas Conclusiones del Comité Ejecutivo⁴⁹, también ha sido adoptado por estudiosos de asuntos refugiados y en jurisprudencia bien razonada.⁵⁰
- 22.** Habiendo dicho esto, está igualmente aceptado que hay personas que huyen de los efectos indiscriminados de violencia asociada con conflicto, sin ningún elemento de persecución. Es

⁴⁵ Véanse por ejemplo, Commission des Recours des Réfugiés (CRR) (Francia), 3 de julio de 1991, 144.995; 14 de enero de 1991, 70.854; 19 de febrero de 1988, 30.022; Conseil d'Etat (Bélgica), *Muric*, 26 de mayo de 1993, 43.082, (1993) Rev.Dr.Etr. 366; Commission Permanente de Recours des Réfugiés (C.P.R.R.) (1 ch.) (Bélgica), 8 de febrero de 1994, F246; R.A.B. (Dinamarca), 14 de octubre de 1994, No. 21-1479; véase también la anterior jurisprudencia estadounidense en *Kotasz v. INS*, 31 F.3d 847 en 849 (4th Cir. 1988) y *Arteaga v. INS*, 836 F.2d 1227 en 1232 (9th Cir. 1988); véase sin embargo, jurisprudencia actual, como por ejemplo, U.S. Court of Appeals, *Chen v. INS*, 195 F.3d 198 (4th Cir. 1999).

⁴⁶ Véanse House of Lords, *Adan v. Secretary of State for the Home Department*, 2 de abril de 1998, [1999] 1 A.C. 293 en 311 (Lord Lloyd de Berwick); Asylum Appeals Commission, Suiza, (A.C.C.), EMARK 1999 No. 7, párrafo 4a.

⁴⁷ Para conocer un punto de vista similar, véase Australia High Court, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Ibrahim*, 26 de octubre de 2000, [2000] HCA 55, párrafos 196 - 199 (Kirby J.); Federal Court of Australia, *MIMA v. Abdi*, 26 de marzo de 1999, [1999] 87 FCR 280. Véase también la nota del ACNUR, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Its relevance in the contemporary context*, emitida en febrero de 1999.

⁴⁸ Conclusión No. 85 (1998) del Comité Ejecutivo del ACNUR, párrafo (c).

⁴⁹ Véanse los párrafos 39 y 164 - 166 del Manual del ACNUR; Conclusión No. 22 (1981) párrafo I.1; No. 74 (1994) párrafo (I); No. 85 (1998) párrafo (c).

⁵⁰ Véanse por ejemplo, G. Goodwin-Gill, p. 75; J. Hathaway, p. 185-88; Walter Kälin, *Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?* (1991) 3 I.J.R.L. 435; Serge Bodart, *Les réfugiés apolitiques: guerre civil e persecution de groupe au regard de la Convention de Genève* (1995) 7 I.J.R.L. 39. En cuanto a la jurisprudencia, véase Australia High Court, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Ibrahim*, 26 de octubre de 2000, [2000] HCA 55; Federal Court of Canada, *Salibian v. Canada* [1990] 3 F.C. 250; Asylum Appeals Commission Suiza (A.C.C.), EMARK 1997 No. 14, párrafo 4.d) dd); U.S. Court of Appeals, *Montecino v. INS*, 915 F.2d 518 (9th Cir. 1990); para conocer la alternativa "situación similar" a la regla "señalado" en el derecho estadounidense, véase Deborah Anker, *Law of Asylum in the United States*, Refugee Law Center, Boston, 1999, págs. 67-76.

posible que dichas personas no entren en la definición de refugiado de la Convención, pero que de todas maneras necesiten protección internacional por otros motivos.⁵¹

iii. Motivos establecidos en la Convención

23. El Artículo 1A (2) exige que el temor fundado de ser perseguido sea “por motivos de” una de las cinco causas establecidas en el mismo. Aunque en general, no se ha presentado mayor dificultad para establecer el carácter de esta relación causal, en algunas jurisdicciones se ha desarrollado jurisprudencia que presenta algunas dudas respecto a su naturaleza. En la práctica del ACNUR, el motivo establecido en la Convención tiene que ser un factor contribuyente relevante, aunque no necesariamente tiene que ser la causa única o dominante.
24. Tres de los cinco motivos establecidos en el Artículo 1 (**raza, religión y opinión política**), normalmente requieren poca interpretación. El hecho de que a menudo haya coincidencia entre los motivos, no debe llevar a confusión. Se puede experimentar o temer persecución debido a varios de los motivos interrelacionados enumerados en la Convención,⁵² por otra parte, un motivo de persecución, como por ejemplo la etnia de una persona, puede tener cabida en más de un motivo, es decir, tanto bajo raza como bajo nacionalidad.⁵³ Ninguna de estas circunstancias en forma alguna mina o invalida el vínculo que existe entre la persecución temida y su fundamento.
25. Actualmente, en general se está de acuerdo con que **motivos imputados o percibidos**, incluso la mera neutralidad política, pueden constituir la base de una solicitud de asilo. Por ejemplo, puede ser que de hecho una persona no tenga ninguna opinión política o que no se adhiera a ninguna religión particular, pero puede ser percibida por el perseguidor como sosteniendo dicha opinión o siendo miembro de una religión determinada. En estos casos, la imputación o percepción, que bastan para que la persona esté en riesgo de persecución, es asimismo y por esa misma razón, suficiente para satisfacer el motivo de la Convención, debido a que la perspectiva del perseguidor es lo determinante en este respecto.⁵⁴
26. El motivo de **nacionalidad** a veces ha dado lugar a cierta confusión, porque la misma palabra puede ser utilizada para denotar la etnia o el origen étnico de una persona, así como la ciudadanía de la persona o el vínculo legal entre el individuo y el Estado. Existe un marco legal internacional propio, diseñado para abordar los problemas enfrentados por las personas que no tienen un vínculo legal de ciudadanía con ningún Estado, y que por tanto, son apátridas.⁵⁵ Cabe recordar que las personas apátridas también pueden ser refugiadas bajo la

⁵¹ Para una discusión más completa de este tema, véase el documento del ACNUR que acompaña el presente, *Complementary Protection*, citado en la nota no. 68 *infra*.

⁵² Por ejemplo, el negarse a practicar una religión particular puede ser percibido por las autoridades como oposición política a un régimen basado en dicha religión; véase por ejemplo, Nueva Zelanda, (R.S.A.A.), *Re MN*, 12 de febrero de 1996, Refugee Appeal No. 2039/93; y 16 de agosto de 2000, No. 71427/99.

⁵³ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafos 66 y 67.

⁵⁴ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafos 78 y 80. Véanse también Supreme Court of Canada, *Attorney General (Canada) v. Ward*, 30 de junio de 1993, [1993] 2 SCR 689, 747; Federal Court of Appeal, *Inzunza v. Canada*, [1979], 103 D.L.R. (3d) 105, 109 (F.C.A.); U.S. Court of Appeals, *Sangha v. INS*, 103 F.2d 1402, 1489 (9th Cir. 1997); *Lopez-Galarza*, 99 F.3d 954 (9th Cir. 1996); *Desir v. Ilchert*, 840 F.2d 723, 728 (9th Cir. 1988); *Hernandez-Ortiz v. INS*, 777 F.2d 509, 517 (9th Cir. 1985); C.P.R. (2 ch.) (Bélgica), 25 de febrero, F059; Higher Administrative Court, VGH Baden-Wurtemberg (Alemania), 31 de agosto de 1992, A 16 S 1055/92; (Reino Unido) *Secretary of State for the Home Department v. Patrick Kwame Otchere* [1988] Imm.A.R. 21 (Tribunal); *Re Ghulam Hussain Erschadi-Oskoi*, 4 de mayo de 1993, No. 10120 (Immigration Appeals Tribunal); Hoge Raad (H.R.) (País Bajo), A.B., 26 de febrero de 1993, 493, 1993; Council of State (ARRvS), 15 de junio de 1993, R.V., 1993, 10.

⁵⁵ Existen dos instrumentos internacionales, la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas (de Nueva York, 28 de septiembre de 1954, 360 U.N.T.S. 117) y la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatriadía (de Nueva York, 30 de agosto de 1961, documento de la ONU A/CONF.9/15, 1961), que abordan este problema y proporcionan el marco legal para la legislación nacional y regional. El ACNUR tiene un mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas respecto a la apatriadía, derivado en gran parte de su designación como la instancia a la cual

Convención de 1951, por los mismos motivos que otras personas; asimismo, pueden convertirse en refugiados cuando por ejemplo, su mera falta de ciudadanía les confiere una severa discriminación que constituye persecución. Sin embargo, en la práctica de elegibilidad de los Estados, el significado más frecuente del término nacionalidad, es el que denota etnia u origen étnico⁵⁶. En el contexto actual, en que los conflictos étnicos son comunes, este causal tiene un significado considerable.⁵⁷

- 27.** Pertenencia a un determinado grupo social es quizás la causal con menos claridad. Se ha interpretado la frase de diversas maneras en diferentes jurisdicciones. Una de las interpretación pone énfasis en la percepción del perseguidor y/o otras personas dentro de la sociedad relevante, centrándose en algún atributo, actividad, creencia, interés u objetivo característicos.⁵⁸ Otro enfoque ampliamente utilizado, mantiene que las características que identifican a tales grupos son aquéllas que son innatas o históricas y que por tanto, no pueden modificarse, o aquéllas que, aunque sea posible cambiar, no se debe exigir que se modifiquen porque están estrechamente ligadas a la identidad de la persona y/o porque son una expresión de derechos humanos fundamentales.⁵⁹ Algunos ejemplos del primer tipo de característica podrían ser sexo, orientación sexual y antecedentes culturales.⁶⁰ Algunos ejemplos del segundo tipo, podrían ser pertenencia a un sindicato o la vocación de periodista o crítico.⁶¹
- 28.** Un enfoque integral en efecto, aceptaría la validez de ambos enfoques descritos arriba. Esta sería la mejor manera de asegurar la protección a aquellas personas que la necesitan legítimamente. Incluiría a aquellas personas que no pueden cambiar sus características innatas o históricas, aquellas personas a quienes no se les debe exigir el cambio, así como a aquéllas en la primera categoría, es decir, miembros de grupos percibidos por el perseguidor como opositores, o como una amenaza. Cuando el perseguidor actúa o cuando sea probable que actúe en contra del miembro del grupo percibido como tal, la víctima potencial puede ser protegida bajo este motivo, debido a la percepción del perseguidor, que imputa móviles o características a la víctima por pertenecer al grupo.
- 29.** Un ámbito en que se ha discutido mucho la causal de pertenencia a un determinado grupo social, es el de persecución por motivos de género. Dado a que ni "sexo" ni "género"⁶² aparecen

una persona que reclama el beneficio de la Convención de 1961, puede acudir. Véanse las Resoluciones 3274 (XXIV) del 10 de diciembre de 1974, 31/36 del 30 de noviembre de 1976 y 50/152 del 9 de febrero de 1996, de la Asamblea General de la ONU. Véase también la Conclusión No. 78 (XLVI) de 1996 del Comité Ejecutivo. Para más información sobre este asunto, véase el artículo de Carol Batchelor, *Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status* (1998) 10 I.J.R.L. 156.

⁵⁶ Véase el *Manual del ACNUR*, párrafos 74 a 76 y párrafo 89. Véase también G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, (2a ed.), Sección 4.2.3 (p. 45) y las notas relacionadas.

⁵⁷ Véase la discusión *supra* en el párrafo 20 respecto a la importancia actual de la persecución basada en la etnia.

⁵⁸ Véanse por ejemplo, High Court of Australia, *Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, 24 de febrero de 1997, [1997] C.L.R. 225 (McHugh J.); Federal Court of Australia, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, 23 de agosto de 2000, [2000] FCA 1130 (Hill J.); C.P.R. (1 ch.) (Bélgica), 23 de enero de 1992, R319; véase también el *Manual del ACNUR*, párrafos 77 a 79 y G. Goodwin-Gill, pág. 47.

⁵⁹ Véanse U.S. Board of Immigration Appeals, *Matter of Acosta*, 1 de marzo de 1985, 19 I & N Dec. 221, y *In re Kasinga*, 13 de junio de 1996, Sentencia interina 3278, comunicada en (1997) I.J.R.L. Special Issue, 213-234; Supreme Court of Canada, *Attorney General (Canada) v. Ward*, 30 de junio de 1993, [1993] 2 SCR 689; Refugee Appeals Board (V.B.C.) (2 ch.) (Bélgica), 8 de abril de 1992, E024; House of Lords, *Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Shah*, 25 de marzo de 1999 [1999] 2 A.C. 629; véase también J. Hathaway, págs. 160-161.

⁶⁰ Véanse por ejemplo, Council of State (ARRvS) (Países Bajos), 26 de mayo de 1993, R.V., 1993, 4; Federal Administrative Court (BVerwG), 15 de marzo de 1988, 9 C 178.86; Ansbeck Administrative Court (VG), 19 de febrero de 1992, AN 17 K 91.44245; Austrian Supreme Administrative Court (VwGH), 20 de octubre de 1999, 90/01/0197; Conseil d'Etat (Francia), *Ourbih*, 23 de junio de 1997, 171.858; C.R.R. (Francia), *Ourbih*, 15 de mayo de 1998, 269.875; *Djellal*, 12 de mayo de 1999, 328.310.

⁶¹ Véase por ejemplo, Federal Court of Canada, *Cardozo Porto v. Canada* [1992] F.C.J. No. 881 (QL); C.R.R. (Francia), 12 de julio de 1985, 26.971 y 5 de diciembre de 1985, 30.819; véase también en F. Tibergien, *La protection des réfugiés en France*, Paris, Económica, 1988, pág. 316.

⁶² Es importante notar que los términos "sexo" y "género" están relacionados pero no son sinónimos. Sexo se refiere sólo a características y diferencias biológicas, mientras que género denota la construcción social que engloba e incluye dichas diferencias. Por tanto, género es un término que incluye sexo, y el ACNUR utiliza el término "persecución relacionada con género" para denotar tanto las formas de persecución como las razones por las cuales se produce persecución.

como una de los motivos enumerados en el Artículo 1 de la Convención, a veces se argumenta que las personas que experimentan persecución relacionada con género, jamás podrán tener cabida en sus términos, o que la única causal posible para tal reconocimiento siempre tendrá que ser “determinado grupo social”. Ninguna de estas aseveraciones es correcta. La persecución puede estar relacionada con género en el sentido de que el método utilizado para lograrla está relacionado con roles de sexo o género. Por ejemplo, las mujeres de un determinado grupo étnico pueden ser objetos de violación como forma de persecución, no por razones relacionadas con sexo o género, sino por su nacionalidad o religión.⁶³

- 30.** Al mismo tiempo, las causas subyacentes de persecución que, debido a los roles de género en esa sociedad, parecieran existir por sexo o género, podrían de hecho estar basadas en una o más de los otros cuatro motivos. Un ejemplo de esto podría ser la negativa a usar cierta vestimenta o a comportarse de maneras prescritas para las mujeres. Esto podría ser objetado por las autoridades, no por el sexo de la persona que se rehusa a comportarse de la manera prescrita, sino porque la negativa indica una opinión religiosa o política “no aceptable”.⁶⁴
- 31.** Esto ilustra que muchos casos que se han considerado bajo este motivo, pueden de hecho decidirse basándose en una opinión política imputada o sobre la base de su religión, y no necesariamente implican un análisis de grupo social. No obstante, se presentarán casos relacionados, especial pero no exclusivamente con género, que no caen dentro de ninguna de las otras causales, y que sólo podrán determinarse bajo el motivo de grupo social determinado. La persecución puede estar relacionada con género en el sentido de que se experimenta debido al sexo, orientación sexual o papel de género de la persona, y en casos apropiados, esto podría ser debido a la pertenencia a un grupo social determinado. Por ejemplo, un homosexual travestí puede sufrir persecución debido a conductas y a percepciones asociadas con ese grupo.⁶⁵ En circunstancias particulares, se han reconocido casos de violencia doméstica bajo el Artículo 1 de la Convención de 1951, sobre la base de grupo social determinado.⁶⁶
- 32.** Si se interpreta apropiadamente, la definición de refugiado es adecuada para brindar protección a la mayoría de casos de persecución por motivos de género, en la que se justifica la protección internacional. Por tanto, no hay necesidad de agregar sexo o género como causal dentro de la Convención.⁶⁷ Sin embargo, hay preocupación en el ACNUR ya que en algunos

⁶³ Para una discusión desde la perspectiva del derecho penal sobre la violación como persecución por motivos de etnia, véase la decisión reciente de la Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia en la sentencia de Kunarac, Kovac y Vukovic, que se encuentra en <http://www.un.org/icty/foca/trialc2/judgement/index.htm>. Véase en particular, la Sección V (C), párrafos 570 *et seq.*

⁶⁴ Véanse por ejemplo, U. S. Court of Appeals, *Fatin v. INS*, 12 F.3d 1233 (3rd Cir. 1993); *Fisher v. INS*, 79 F.3d 955 (9th Cir. 1996); Board of Immigration Appeals, In Re SA, 27 de junio de 2000, Sentencia No. 3433; véase también Deborah Anker, *Law of Asylum in the United States*, págs. 365 *et seq.*; Federal Court of Canada, *Namitabar v. Canada (MEI)*, 5 de noviembre de 1993, [1994] 2 FC 42; C.R.R. (Francia), 19 de diciembre de 1989, 60.025; Nueva Zelanda R.S.A.A., 27 de septiembre de 1999, Refugee Appeal No. 71462/99; Re MN, 12 de febrero de 1996, Refugee Appeal No. 2039/93.

⁶⁵ Véase U. S. Court of Appeals, *Hernandez-Montiel v. INS*, 24 de agosto de 2000 (9th Cir. 2000).

⁶⁶ Véanse por ejemplo, House of Lords, *Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Shah*, 25 de marzo de 1999, [1999] 2 A.C. 629; Federal Court of Australia, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, 23 de agosto de 2000, [2000] F.C.A. 1130; Nueva Zelanda R.S.A.A., 16 de agosto de 2000, Refugee Appeal No. 71427/99; Immigration and Refugee Board (Canadá), *Re Mayers and Minister of Employment and Immigration* (1992) 97 DLR (4o) 729; U. S. Court of Appeals, *Lazo-Majano v. INS*, 813 F.2d 1432 (9th Cir. 1987).

⁶⁷ Para más detalles acerca de la posición del ACNUR respecto a la persecución por motivos de género, véase el documento del ACNUR *Gender-Related Persecution*, recientemente presentado a CIREA. Para una revisión de la jurisprudencia hasta la fecha de publicación, véase *Gender-Related Persecution: An Analysis of Recent Trends* (1997) I.J.R.L. - Special Issue, pág. 79. En general, el enfoque del ACNUR es congruente con aquéllos asumidos por varios países de asilo que han publicado guías sobre solicitudes relacionadas con género. Véanse Canadian Immigration and Refugee Board, *Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* (1997) I.J.R.L.-Special Issue, pág. 167; “Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women”, publicado por Immigration and Naturalization Service de Estados Unidos, (1995) 7 I.J.R.L., págs. 700-719; véanse Lori L. Scialabba, *The Immigration and Naturalization Service Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women*, (1997) I.J.R.L. - Special Issue, pág. 174; Australian Department of Immigration and Multicultural Affairs, Refugee and Humanitarian Visa Applicants, “Guidelines on Gender Issues for Decision Makers” (julio de 1996), (1997) I.J.R.L. - Special Issue, p. 195; Immigration Appellant Authority del Reino Unido, “Asylum Gender Guidelines”, publicado en noviembre de 2000, disponible en la IAA.

Estados se ofrece protección complementaria de forma rutinaria a mujeres u otras personas que temen o sufren persecución por motivos de género, sin una adecuada consideración acerca de si la persona debe ser reconocida como refugiada bajo la Convención de 1951. Las personas cuyos casos tienen cabida, de acuerdo a una interpretación apropiada, en el Artículo 1, deben ser reconocidas como tal, deben recibir protección de refugiados, y no deben ser privadas de dicha protección debido a la existencia de formas complementarias de protección.⁶⁸

iv. Fuerza del país de nacionalidad o residencia habitual

- 33.** El requisito de que una persona refugiada esté fuera de su país de nacionalidad o residencia habitual, es un asunto de hecho, fácil de determinar y en la mayoría de los casos, incontrovertido.⁶⁹ Sin embargo, como se señala en el Manual del ACNUR, no se debe pensar que un refugiado necesariamente tiene que haber *salido* del país de origen por temor a persecución basada en uno de los motivos establecidos en la Convención. Una persona puede encontrarse fuera del país como estudiante o diplomático o estar de viaje, cuando ocurre un evento que genera un temor fundado de persecución. Dicha persona se conoce como “refugiado *sur place*”.⁷⁰ Por otra parte, los eventos que dan lugar a un temor fundado pueden ser ajenos al refugiado, como en el caso de un golpe militar en el país de nacionalidad, o pueden estar estrechamente ligados a la conducta del refugiado, como por ejemplo, las declaraciones públicas en oposición al gobierno del país de origen.
- 34.** Cuando el temor a la persecución surge como resultado de la conducta del propio refugiado, surge el asunto de credibilidad ya que se podría pensar que las actividades se dan en su propio beneficio. En tales casos, es especialmente importante que se analicen todos los detalles cuidadosamente, a la luz de la probabilidad de que realmente se produzca un riesgo de persecución como consecuencia. Una consideración primordial será si la conducta ha llegado o podría llegar a ser conocida por las autoridades en el país de origen,⁷¹ y cómo serán vistas en realidad las acciones del solicitante de asilo por las autoridades del país de origen. En algunas jurisdicciones, se ha planteado la necesidad de considerar la “buena fe” del solicitante de asilo en realizar sus actos, o la continuidad de sus actos desde antes de la huida.⁷² La evaluación de estos elementos puede formar parte integral del análisis, y puede aportar información útil para la decisión, pero dichos elementos no son, y desde el punto de vista del ACNUR, no pueden ser determinantes. Los factores determinantes siempre tienen que ser, al

⁶⁸ El ACNUR ha publicado una nota, adjunta a esta, acerca de las formas complementarias de protección, a saber, *The International Protection of Refugees: Complementary Forms of Protection*, UNHCR, 2001, a la cual se debe referir para obtener la posición de la Oficina respecto a personas que deben beneficiarse de tal protección, los procedimientos necesarios para determinar a los beneficiarios y los estándares de tratamiento de los que dichas personas deben beneficiarse. También se hace referencia allí mismo a los tipos de casos que NO deben recibir formas complementarias de protección, sino que deben ser reconocidos como refugiados.

⁶⁹ De hecho, en *Convention Relating to the Status of Refugees, Its History, Contents and Interpretation, A Commentary* (publicado por primera vez en 1953 por el World Jewish Congress, reeditado por el ACNUR en 1997), escrito por Nehemiah Robinson (quien fuera uno de los participantes más activos en la Conferencia de Plenipotenciarios que redactó la Convención), el autor llama esta parte del Artículo 1, una de dos “condiciones” aplicables a refugiados, sugiriendo que no es un elemento a ser interpretado, sino la mera consideración de un hecho (pág. 10).

⁷⁰ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafos 94 a 96.

⁷¹ Ibidem, párrafo 96; en la jurisprudencia, véanse Higher Administrative Court (OVG) de Nordhein-Westfalen (Alemania), 22 de septiembre de 2000, 1 A 2531/98.A (Vietnam); OVG Niedersachsen, 19 de septiembre de 2000, 11 L 2068/00 (China); OVG Rheinland-Pfalz, 18 de febrero de 2000, 10 A 11821/98, NVwZ 2000, Beilage Nr. 7, p. 84-86 (Turquía); C.R.R. (Francia), *Oumar*, 11 de diciembre de 1998, 319.389; Refugee Appeals Board (Bélgica). V.B.C. (2 ch.), 12 de octubre de 1992, W676; C.P.R., 13 de septiembre de 1990, F014; Asylum Appeals Commission Suiza, (AAC), EMARK 1999, No. 29.

⁷² Véanse por ejemplo, Court of Appeal del Reino Unido, *R. v. Immigration Appeal Tribunal, ex parte B.* [1989] Imm.A.R. 166 y *R. v. Secretary of the State for the Home Department, ex parte Gilgham* [1995] Imm.A.R. 129; respecto al elemento de continuidad, véanse Higher Administrative Court, VGH Baden-Wurtemberg, 10 de diciembre de 1992, A 16 S 559/92; Council of State del País Bajo, Jurisdiction Section (ARRvS.), 12 de julio de 1978, *R.V.* 1978, 27.

igual que en todos los casos, la probabilidad de que ocurra el daño temido, la gravedad del daño y si éste está relacionado con uno de los motivos enumerados en la Convención.⁷³

v. No puede/no quiere acogerse a la protección del estado

35. Ultimamente se ha debatido mucho el significado de este elemento de la definición. Según algunos puntos de vista, se refiere a la protección conferida por el aparato del Estado dentro del país de origen, y forma parte indispensable del examen para el reconocimiento de la condición de refugiado, a la par con la valoración del temor fundado de persecución.⁷⁴ Segundo otros, este elemento de la definición se refiere únicamente a protección diplomática o consular que se ofrece a los ciudadanos que se encuentran fuera del país de origen.⁷⁵ No obstante, un análisis textual sugiere que el significado propuesto en los momentos de redacción y adopción, fue de hecho el de protección externa, si tomamos en cuenta la ubicación de este elemento al final de la definición, siguiendo de inmediato y en un sentido modificando la frase “fuera del país de su nacionalidad”, así como la existencia de un procedimiento diferente para las personas apátridas⁷⁶. Un análisis histórico llevaría a la misma conclusión.⁷⁷ Se entiende que la no-disposición a reacogerse a esta protección externa, significa no estar dispuesto a exponerse a la posibilidad de ser devuelto al país de nacionalidad donde la persecución temida podría ocurrir.⁷⁸
36. A pesar de esta aparente claridad, actualmente existe jurisprudencia⁷⁹ referente a la determinación de la condición de refugiado que ha atribuido una importancia considerable a la disponibilidad de la protección estatal en el interior del país de origen, lo que sería congruente con el primer punto de vista descrito arriba. Este significado extendido podría ser y se ha visto como argumento adicional, aunque no necesario⁸⁰, a favor de la aplicabilidad de la Convención a casos de personas amenazadas por agentes no estatales de persecución.⁸¹

⁷³ Véanse por ejemplo, Court of Appeal del Reino Unido, *Danian v. Secretary of State for the Home Department* [2000] Imm.A.R. 96 (28 de octubre de 1999); U. S. Court of Appeals, *Bastanipour v. INS*, 980 F.2d (7th Cir. 1992); Federal Court of Australia, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Mohammed*, 5 de mayo de 2000, [2000] F.C.A. 576; Nueva Zelanda, R.S.A.A., *Re HB*, 21 de septiembre de 1994, Refugee Appeal No. 2254/94; C.P.R.R. (Bélgica), C.P.R. (2ch.), 8 de julio de 1992, F106; claramente en contra de establecer un requisito de buena fe: Federal Administrative Court (BVerwG), 10 de enero de 1995, 9 C 276.94, (1995) DVBl., p. 573; BVerwG, 4 de diciembre de 1990, 9 C 99/89, Buchholz 402.25, párrafo 28 Asyl/VG Nr. 20.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, J. Hathaway, op. cit., nota 31 *supra*; *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, Federal Court of Appeal, 27 ACWS 3d 90, 30 de abril de 1991; y más recientemente, las sentencias de Lord Lloyd de Berwick en *Adan v. Secretary of State for the Home Department* [1991]1 AC 293, 304 C-E, y en *Horvath*, nota 11 *supra*.

⁷⁵ Véase el *Manual del ACNUR*, párrafos 97 - 100 respecto a esta frase, aunque no son explícitos en este punto, sino que sólo aportan ejemplos referentes a la protección diplomática o consular. Véase también el documento inédito de Antonio Fortín, *The Meaning of "Protection" in the Refugee Definition* (verano de 2000), que cubre en gran detalle la redacción y la historia subsiguiente de este elemento de la definición.

⁷⁶ En la parte final del Artículo 1(A)2, la prueba para personas apátridas no es, como en el caso de aquellas personas que tienen nacionalidad, disponibilidad o capacidad para acogerse de la protección del Estado de anterior residencia habitual, sino que la prueba yace en si el refugiado está dispuesto o no a regresar a ese lugar. Esto ayuda a confirmar que el significado original de esta frase del artículo, es la protección diplomática o consular ofrecida a ciudadanos que se encuentran fuera del Estado.

⁷⁷ Véase el documento de Walter Kälin, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, presentado en la Conferencia IARLJ en Berna, Suiza en octubre de 2000, Sección 2.2.2.

⁷⁸ Véase el documento de Fortín, citado en la nota 75 *supra*, p. 30.

⁷⁹ Véase la nota 74 *supra*.

⁸⁰ Véanse párrafo 19 del presente documento y la explicación en la siguiente nota.

⁸¹ En este respecto, una interpretación de la definición de refugiado contenida en el Artículo 1, que convierte la disponibilidad de la protección del Estado de una persecución amenazada, en un elemento clave, apoya el argumento que las personas amenazadas por agentes no estatales son refugiadas dentro del significado de la Convención, debido a que carecen de la protección del Estado. Sin embargo, cabe señalar que aceptar el históricamente correcto significado de esta frase, es decir, “protección externa”, no es incompatible con el punto de vista que las personas que temen persecución de agentes no estatales, también son refugiadas. Como se señala en los últimos párrafos del documento de Fortín (nota 75 *supra*), seguramente sería legítimo que una persona que teme a agentes no estatales, no aceptara la protección diplomática fuera del país, ya que esto le daría al país de origen la posibilidad de devolverla a dicho país legalmente. Esto expondría al refugiado al daño temido y por tanto, haría que su no disponibilidad a acogerse de dicha protección externa, fuera tanto razonable como “debido a un temor fundado” de persecución.

37. Se ha sugerido arriba⁸² que el elemento de protección interna sea considerado y determinado como un elemento del fundado temor⁸³. En otras partes se ha argumentado que a la última frase del Artículo 1(A)2 se le podría dar mayor contenido contemporáneo si se reinterpretara de la siguiente manera: si el país de origen no es capaz de proveer de protección contra la persecución (ya sea que dicha incapacidad sea a pesar de los mejores esfuerzos de un Estado débil o debido al fracaso total del Estado), entonces la víctima temerá persecución en caso de ser devuelto, y por tanto, tiene razón al no estar dispuesta, debido a dicho temor, a acogerse de la protección de dicho país⁸⁴. En efecto, estos enfoques no se contradicen. En cualquier enfoque que se adopte, es importante recordar que la definición comprende una prueba integral de elementos interrelacionados. Cómo se relacionan y la importancia que se le confiere a uno u otro elemento, necesariamente tienen que determinarse con base en los hechos de cada caso individual.

IV. Análisis de los elementos de exclusión y cesación

i. Exclusión del estatuto de refugiado

Elementos clave de las cláusulas de exclusión (Artículo 1D, E y F)

Esta Convención no será aplicable a:

- las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del ACNUR...
- las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia, reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de nacionalidad en tal país
- persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar
 - que ha cometido un crimen contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad...
 - que ha cometido un grave delito común fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
 - que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

- 38.** Al interpretar las cláusulas de exclusión del Artículo 1, es útil tomar en cuenta la razón subyacente de la existencia de dichas cláusulas, es decir, asegurar que el estatuto de refugiado no sea otorgado a personas que no lo necesitan⁸⁵ ni lo merecen⁸⁶. Las cláusulas relacionadas con la falta de merecimiento del estatuto son especialmente complejas y por tanto, más problemáticas. Sin embargo, respecto a ambas ramas de la exclusión, es esencial recordar que, al igual que todas las disposiciones que operan con excepciones, y como se enfatiza en el Manual del ACNUR, estas cláusulas deben ser interpretadas restrictivamente⁸⁷.
- 39.** El Artículo 1D excluye de la protección de la Convención, a personas que ya reciben protección o asistencia de una agencia o instancia de las Naciones Unidas que no sea el ACNUR.

⁸² Véase párrafo 15 *supra*.

⁸³ Esta es la posición adoptada en el documento de Fortín acerca del significado de protección, citado en la nota 75 *supra*.

⁸⁴ Véase el documento de Kälin, nota 77 *supra*, Sección 3.2.

⁸⁵ Artículos 1D y E.

⁸⁶ Artículo 1F.

⁸⁷ Véanse el *Manual* del ACNUR, párrafo 149; J. Hathaway, pág. 191; C.P.R. (2 ch.) (Bélgica),

Como se explica en el Manual del ACNUR, actualmente se aplica esta disposición a personas que están o pudieran estar recibiendo asistencia de la Agencia de las Naciones Unidas para la Ayuda a los Refugiados Palestinos.⁸⁸ Ya que actualmente, ninguna otra agencia de la ONU tiene un mandato específico de protección o asistencia, no se puede utilizar esta cláusula en otras situaciones. Normalmente, las administraciones de transición o interinas en áreas o regiones que han producido flujos de refugiados, tienen mandatos que sólo tienen que ver con la administración del territorio, incluyendo la protección de los derechos de personas retornadas, pero no tienen ningún mandato específico respecto a los refugiados. Considerando que las personas tienen que estar dentro de tal territorio para beneficiarse de la protección o de cualquier asistencia disponible de dicha administración, no se puede utilizar esta cláusula para excluir del estatuto de refugiado a personas provenientes de dichos territorios que se encuentren en países de asilo.⁸⁹

40. Asimismo, debido a la no necesidad de protección internacional, el **Artículo 1E** excluye a personas reconocidas por las autoridades competentes del país de residencia, como sujetos de los mismos derechos y obligaciones que los nacionales del país. Al interpretar esta cláusula, el Manual del ACNUR pone énfasis en la importancia de reconocer que la persona en cuestión tiene que en realidad gozar de dichos derechos y obligaciones en la práctica. En el mismo sentido que la disposición de no devolución del Artículo 33, las personas tienen que beneficiarse del derecho a no ser deportadas o expulsadas, para que esta cláusula opere en el sentido de excluir a dichas personas del estatuto de refugiado.⁹⁰
41. El **Artículo 1F** presenta mayores dificultades interpretativas ya que excluye a personas respecto a las que existen motivos fundados por los cuales creer que han cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o la humanidad, delitos graves no políticos o actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. En otras palabras, la exclusión tiene que ver con personas que han cometido actos tan atroces que, aunque tengan un temor fundado de persecución por los motivos establecidos en la Convención, su conducta personal ha sido tan horrenda que no son dignas de recibir protección internacional bajo la Convención de 1951. Al interpretar estas disposiciones, es preciso recordar que no todos los delincuentes son excluidos bajo los términos del Artículo 1F, sino sólo aquéllos que son culpables de los actos más graves e inaceptables.⁹¹
42. El estándar de prueba requerido para la operación del Artículo 1F, es expresado como "motivos fundados para considerar" que una persona ha sido culpable de dichos actos. Aunque está claro que por tanto no se requiere la demostración de culpabilidad, ha resultado difícil explicar consistentemente el grado exacto de prueba razonablemente necesaria para justificar una determinación bajo este estándar⁹². Ciertamente, la declaración de culpabilidad de un acto así por parte de un tribunal internacional⁹³, puede ser considerada como "motivo

⁸⁸ Véase el *Manual del ACNUR*, párrafo 142.

⁸⁹ Por analogía con el párrafo 143 del *Manual del ACNUR*, es razonable decir que si personas fuera del territorio en cuestión cumplen con los criterios del Artículo 1, no deben ser excluidas del estatuto de refugiado debido a la existencia de dicha instancia.

⁹⁰ Véase el *Manual del ACNUR*, párrafo 145.

⁹¹ Véase *The Exclusion Clauses: Guidelines on their Application*, UNHCR, diciembre de 1996, especialmente párrafos 6 y 7 (presentada bajo IOM/83/96/FOM/93/96 del 2 de diciembre de 1996, también disponible en la base de datos sobre política y práctica, UNHCR REFWORLD).

⁹² Véanse por ejemplo, Federal Court of Appeal, *Canada (MCI) v. Hussein*, 7 de enero de 2000, Registro: A-800-95, párrafo 25: "más que sospecha o conjectura, pero menos que prueba en un balance de probabilidades" y *Moreno v. Canada (MEI)*, 14 de septiembre de 1993, [1993] 1 F.C. 298; véanse también U.S. Court of Appeals, *McMullen v. INS*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986); Conseil d'Etat (Francia), *Ressaf*, 15 de mayo de 1996, 153.491; C.R.R. (Francia), *Warnakulasuriya Ichchampullege*, 20 de mayo de 1996, 295.425; United Kingdom Court of Appeals (Civil Division), *T. v. Secretary of State for the Home Department*, 3 de noviembre de 1994, [1995] 1 W.L.R. 545; C.P.R.R. (Bélgica), 18 de enero de 1996, F390; AAC Suiza, EMARK 1999 No. 12, párrafo 5; véase también G. Goodwin-Gill, pág. 97.

⁹³ El calificativo de internacional respecto al tribunal que elabora la acusación o su confirmación, es deliberada, y se basa en el hecho de que podrían

fundado para considerar”, y el propio ACNUR así lo considera⁹⁴. A la inversa, el mero hecho de que en algún momento de su vida, una persona haya estado afiliada de alguna manera con miembros de una organización o gobierno conocidos por haber cometido dichos actos, no es suficiente para probar “motivos fundados” respecto a dicho individuo. Para que opere la exclusión, las razones tienen que estar específicamente relacionadas con el individuo en cuestión y sus actos u omisiones⁹⁵.

43. De acuerdo con sus términos, los delitos a los que se refiere el **Artículo 1F(a)**, son aquéllos definidos así en instrumentos internacionales. Esta formulación permite que se consideren nuevos desarrollos en el derecho internacional respecto a dichos delitos. Por ejemplo, la adopción del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional⁹⁶ ha definido dichos delitos en el contexto contemporáneo, y será una fuente útil para la interpretación de las cláusulas de exclusión⁹⁷.
44. El **Artículo 1F(b)** excluye del estatuto a personas que buscan evadir el enjuiciamiento legítimo por graves delitos no políticos, aunque de otra manera estas personas calificarían para el estatuto de refugiado. Aunque esta disposición obviamente aborda las preocupaciones legítimas de los Estados respecto a la necesidad de salvaguardar la comunidad, los numerosos componentes calificativos insertados en la disposición, demuestran que se debe mantener la protección a refugiados que han cometido delitos menos graves. Para una discusión provechosa, estos diversos elementos del Artículo 1F(b) se discuten a continuación de manera separada, al igual que se hace en el Manual del ACNUR.
45. Evidentemente, el término “grave” visualiza un acto serio sujeto a castigo, y no una ofensa menor, aún si se refiere a esta última como un “delito” en el código penal u otra legislación de un país.⁹⁸ La gravedad no sólo es cuestión del tratamiento que tiene en las leyes nacionales, sino que también debe tomar en cuenta el derecho comparado e internacional. Algunos indicadores que podrían señalar la gravedad de un crimen común incluirían los siguientes:
 - la forma del procedimiento utilizado para enjuiciarlos, es decir, si es un delito que pasa por un proceso para llegar a la acusación o si se trata de manera sumaria;

existir casos en que las autoridades nacionales, a través de una corte o tribunal nacional, busquen silenciar a enemigos y críticos, mediante el uso de tales enjuiciamientos, a veces en las secuelas de una guerra civil. Para una descripción de los procedimientos del Tribunal para Ruanda para acusar y confirmar la acusación (mismos que deben ocurrir antes de emitir órdenes de aprehensión o detención u otras órdenes necesarias para preparar el juicio), véase el documento de Erik Mpse, Vice-Presidente, Tribunal Internacional Penal para Ruanda, preparado para la Cuarta Conferencia de la Asociación Internacional de Jueces de Derecho Internacional de Refugiados, Berna, Suiza, octubre de 2000, párrafos 27 a 31. El documento sugiere que la confirmación de la acusación que se realiza para determinar si el Procurador ha hecho del caso uno *prima facie*, claramente satisfaría la prueba de “motivos fundados para considerar”.

⁹⁴ El ACNUR ha hecho esto respecto a ruandeses. Véase el Comunicado de Prensa presentado por la Alta Comisionada el 25 de septiembre de 1996, en el que se anunció que 20 ruandeses acusados por el Tribunal Internacional Penal para Ruanda habían sido excluidos del estatuto de refugiado por la Oficina del Alto Comisionado, y en el que el ACNUR instaba a los Estados a seguir su ejemplo si los 20 buscaban asilo. El Comunicado de Prensa enumera en su último párrafo, después de describir las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951 y la Convención de la Organización para la Unidad Africana de 1969, que: “El ACNUR considera que las acusaciones del tribunal constituyen suficientes causales para excluir del estatuto de refugiado, de acuerdo con su propio mandato y la Convención para la Unidad Africana.”

⁹⁵ Para una explicación más amplia de estas materias, favor de referirse a *Guías de exclusión* (citado en la nota 91 *supra*), especialmente los párrafos 36 a 48; véase también Michael Bliss, “*Serious reasons for considering*”: *Minimum standards of procedural fairness in the application of the article 1(F) exclusion clauses*, en (2000) 12 I.J.R.L. - Special Supplementary Issue on Exclusion, pág. 92.

⁹⁶ Adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional Penal, enmendada por *procès-verbaux* del 10 de noviembre de 1998 y 12 de julio de 1999. Son especialmente relevantes para el asunto de exclusión, los párrafos 6, 7 y 8 del Estatuto, los cuales definen el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

⁹⁷ Para jurisprudencia nacional, véanse por ejemplo, Federal Court of Appeals, *Sivakumar v. Canada (MEI)*, 4 de noviembre de 1993, [1994] 1 F.C. 433; *Equizabal v. Canada (MEI)*, 26 de mayo de 1994, [1994] 48 A.C.W.S. 3d 793; C.R.R. (Francia), *Bicamumpaka*, 23 de octubre de 1997, 294.336; *Galimov*, 5 de mayo de 1997, 307.510; *Ntagerura*, 19 de junio de 1996, 282.004; *Mbarushimana*, 19 de junio de 1996, 280.634; C.P.R.R. (Bélgica), 18 de mayo de 1995, R2747; 28 de marzo de 1995, R2632; 23 de julio de 1993, R1338; AAC Suiza, EMARK 1999 No. 12; véase también Jelena Pejic, *Article 1 F (a): The notion of international crimes*, en (2000) 12 I.J.R.L. - Special Supplementary Issue on Exclusion.

⁹⁸ Véase el Manual del ACNUR, párrafo 155.

- la pena prescrita, incluyendo la duración y las condiciones del período de prisión;
- si existe un consenso internacional que lo considera entre los delitos más serios;
- si es extraditable o está sujeto a una jurisdicción universal penal;
- el daño infligido realmente como resultado de la comisión del delito.⁹⁹

- 46.** El delito definido en el Artículo 1F(b) tiene que ser “no político” o en otras palabras, un delito común cometido no con fines políticos, sino por otras razones como ganancia personal o venganza.¹⁰⁰ Este calificativo asegura que aquellas personas enjuiciadas por expresar creencias políticas que serían aceptables en un Estado donde los individuos son libres para expresar sus puntos de vista y ejercer sus derechos humanos de maneras no dañinas, no sean excluidas del estatuto de refugiado mediante el simple expediente de aprobar una ley que no respeta esos derechos humanos básicos.
- 47.** De igual modo, los autores de algunos delitos “políticos” o graves actos punibles cometidos con fines políticos, como el secuestro de personas o naves, no pueden escapar, normalmente, de la actuación de las cláusulas de exclusión a través del uso del calificativo “no político”. Es preciso realizar un análisis cuidadoso para determinar si la gravedad del daño infligido pesa más que el fin político buscado. Si el denominado delito “político” es extremadamente dañino o desproporcionado en sus efectos, comparado con el fin político buscado por el perpetrador, la persona puede ser excluible, a pesar de la motivación política. Por otra parte, si la comisión del crimen es por ejemplo, la única manera de escapar de la persecución de un régimen represivo, podría ser justificada y no necesariamente se ejercería la exclusión, dependiendo de las circunstancias del caso.¹⁰¹
- 48.** Si se juzga que procede el Artículo 1F(b), entonces, en la opinión del ACNUR y en la práctica de algunas jurisdicciones, es necesario encontrar la proporcionalidad entre la naturaleza de la ofensa presuntamente cometida por el solicitante de asilo, y el grado de la persecución temida. Si el temor fundado de persecución es tan extremo, que pone en peligro la vida o la libertad del solicitante, el delito cometido tiene que ser muy grave para excluir a la persona del estatuto.¹⁰²
- 49.** Finalmente, con respecto al Artículo 1F(b), el delito en cuestión tiene que haberse cometido “fuera” del país de asilo antes de ser admitido como refugiado en el mismo. Los delitos comunes cometidos en el territorio del país de asilo, deben estar sujetos a la jurisdicción penal de ese Estado, incluyendo que el juicio y en caso de ser considerado culpable, la pena, se aplique en los mismos términos que para cualquier persona en el territorio del Estado de asilo.¹⁰³

⁹⁹ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafo 60. Respecto a jurisprudencia nacional, véanse por ejemplo, Queen's Bench division, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Baljit Singh*, [1994] Imm. A.R. 42 (Q.B.D.); Conseil d'Etat (Francia), *Ressaf*, 15 de mayo de 1996, 153.491; 25 de septiembre de 1985, 62.847; C.R.R. (Francia), 26 de noviembre de 1993, 222.900; *Wilfred Karalasingham*, 20 de julio de 1993, 233.673; *Rajkumar*, 12 de marzo de 1993, 230.875; Convention Refugee Determination Division (C.R.D.D.) (Canadá), A. (T.W.) (Re), [1991] C.R.D.D. No. 430 (QL); U.S. Board of Immigration Appeals (B.I.A.), *In re Ballester-Garcia*, [1980] 17 I. & N. Dec. 592, 595; *In re Rodriguez-Palma*, [1980] 17 I. & N. Dec. 465, 468. Véanse también A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol. 1. párrafo 107, p. 294 et seq.; J. Hathaway, p. 221-226; G. Goodwin-Gill, p. 104-108 y Walter Kälin y Jörg Künzli, *Article 1 F (b) of the 1951 Refugee Convention: Freedom Fighters, Terrorists, and the notion of serious non-political crimes*, (2000) 12 I.J.R.L. 46 - Special Supplementary Issue on Exclusion.

¹⁰⁰ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafo 152; respecto a jurisprudencia nacional, véanse Federal Court of Australia, *Singh v. MIMA*, 19 de noviembre de 1999, [1999] F.C.A. 1599; U.S. Supreme Court, *INS v. Aguirre Aguirre*, 3 de mayo de 1999, 119 S.C. 1439 (1999), (1999) 38 I.L.M. 786, 791; House of Lords, *T. v. Immigration Officer*, [1996] 2 W.L.R. 766; U.S. Court of Appeals, *McMullen v. INS*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986); Federal Court of Canada, *Gil v. Canada (MEI)*, 21 de octubre de 1994, [1994] F.C.J. No. 1559; Conseil d'Etat (Francia), *Urizar-Murgoito*, 14 de diciembre de 1987, Rec. Dalloz Sirey, 1988, Inf. rap. pág. 20.

¹⁰¹ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafos 159 - 161.

¹⁰² Véase Guía de exclusión (nota 91 *supra*); véanse también el *Manual* del ACNUR, párrafo 156; C.P.R.R. (Bélgica), 23 de abril de 1998, W4589; 9 de marzo de 1998, W4403; 9 de agosto de 1995, W1916; United Kingdom Court of Appeal, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Chahal*, 22 de octubre de 1993, [1994] 1 W.L.R. 526; G. Goodwin-Gill, págs. 106-107; J. Hathaway, pág. 225; véase sin embargo, U.S. Supreme Court, *INS v. Aguirre Aguirre*, 3 de mayo de 1999, 119 S.C. 1439 (1999), (1999) 38 I.L.M. 786, 791; véase también en (1999) 11 I.J.R.L. 375.

¹⁰³ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafo 154. Respecto a la jurisprudencia, véanse por ejemplo, Conseil d'Etat (Francia), *Rajkumar*, 25 de

- 50.** La última provisión de exclusión, el **Artículo 1F(c)**, se refiere a actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Como se explica en los párrafos relevantes del Manual del ACNUR, las finalidades y principios de las Naciones Unidas están establecidos en los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas, y por su propia naturaleza, están relacionados con los Estados miembros de la ONU. Los *travaux préparatoires* reflejan una falta de claridad respecto al uso de esta disposición. Los comentarios de algunos delegados sugieren que los redactores contemplaron esta disposición como una que raramente sería invocada, y aplicable sólo a individuos que se encontraran en posiciones de poder o influencia en un Estado y que fueran instrumentales a la contravención de las finalidades y principios.¹⁰⁴ Pudiera existir una coincidencia con el Artículo 1F(a) en el sentido de que delitos contra la paz y delitos contra la humanidad también son actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.
- 51.** La aplicación del Artículo 1F a menudo conlleva la consideración de una gran gama de asuntos, algunos de los cuales están relacionados con conceptos de derecho penal, los cuales requieren un análisis cuidadoso y diferenciado en este contexto. Dichos asuntos incluyen responsabilidad individual, complicidad, culpabilidad por asociación, pertenencia a grupos que abogan por o cometan actos de violencia, la situación de anteriores funcionarios de regímenes represivos, las defensas de coacción y necesidad y otras nociones similares. Un análisis detallado de las complejidades de estos temas rebasa el alcance del presente documento.¹⁰⁵ Debe hacerse referencia a las Directrices sobre Exclusión del ACNUR¹⁰⁶ para obtener recomendaciones más específicas.

ii. Cesación del estatuto de refugiado

Elementos clave de las cláusulas de cesación (Artículo 1C):

C. Esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona ... si:

- se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o
- habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
- por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad;

queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados ... que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores ...

septiembre de 1998, 165.525; *Pham*, 21 de mayo de 1997, 148.997; Federal Court of Australia, *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 16 de octubre de 1998; *Khayakpa v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, [1995] 62 F.C.R. 556; Federal Court of Canada, *Malouf v. Canada (MCI)*, 31 de octubre de 1994, [1995] 1 F.C. 537.

¹⁰⁴ Véanse *Guías de exclusión* (nota 91 *supra*) y el *Manual* del ACNUR, párrafos 162 y 163; véanse también Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (MCI)*, 4 de junio de 1998, [1998] 1 S.C.R. 982; Conseil d'Etat, (Francia), *Mahboub*, 25 de marzo de 1998, 170.172; C.R.R. (Francia), *Duvalier*, 18 de julio de 1986, 50.265, confirmado por el Consejo de Estado el 31 de julio de 1992; AAC Suiza, EMARK 1999, No. 11; véase también G. Goodwin-Gill, p. 114 y Edward Kwakwa, *Article 1 F (c): Acts contrary to the purposes and principles of the United Nations*, (2000) 12 I.J.R.L. 79 - Special Supplementary Issue on Exclusion.

¹⁰⁵ Véanse sin embargo, los siguientes ejemplos en jurisprudencia nacional: Federal Court of Appeal, *Ramirez v. Canada (MEI)*, 7 de febrero de 1992, [1992] 2 F.C. 306; *Sivakumar v. Canada (MEI)*, 4 de noviembre de 1993, [1994] F.C. 433; Nueva Zelanda R.S.A.A., *Re TP*, 31 de julio de 1995, Refugee Appeal No. 1248/93.

¹⁰⁶ Véase la nota 91 *supra* para una referencia completa a los *Guías de Exclusión*. Para los asuntos señalados en este párrafo, véanse en particular los párrafos 36 a 48 de dichas directrices. Véase también la documentación acerca de exclusión preparada para el Comité Ejecutivo, en particular, *Notas de las cláusulas de exclusión* (EC/47/C/CRP.29) de mayo de 1997 y *Background Paper on the Article 1F Exclusion Clauses* de junio de 1998.

- 52.** Como señalan los párrafos del Manual del ACNUR sobre este Artículo¹⁰⁷, se prevé que el estatuto de refugiado, que confiere a sus beneficiarios protección internacional en ausencia de protección nacional, dure sólo el tiempo que dicha protección sustituta sea necesaria. El Artículo 1C de la Convención establece con bastante detalle, las circunstancias bajo las cuales, cesa el estatuto de refugiado. Al igual que todas las disposiciones que quitan derechos o estatutos, las cláusulas de cesación deben aplicarse cuidadosamente, después de una valoración completa, con el fin de asegurar que en realidad ya no es necesaria la protección internacional, un punto que es enfatizado en el Manual del ACNUR.¹⁰⁸
- 53.** Con respecto a las causales que surgen como resultado de acciones realizadas por el o la propia refugiada, dichas acciones tienen que ser verdaderamente *voluntarias* por parte del refugiado, y tienen que dar como resultado que éste pueda en realidad beneficiarse de una protección nacional eficaz y duradera. A menos que así sea, el estatuto de refugiado no cesa.¹⁰⁹
- 54.** Sin embargo, surgen asuntos de interpretación relativamente más difíciles respecto a la causal de cesación relacionada con cambios en las circunstancias en el país de origen, tales como que ya no existan las razones por las cuales se requirió de protección internacional.¹¹⁰ En la interpretación de esta cláusula, han surgido preguntas acerca de la naturaleza y el grado de cambio necesario. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha declarado que los cambios tienen que ser fundamentales, estables, duraderos y relevantes para el temor de persecución por parte del refugiado.¹¹¹ En esencia, se puede entender la cesación del estatuto de refugiado, como el espejo de las razones por las cuales se reconoció dicho estatuto, que se encuentran en los elementos de inclusión del Artículo 1A(2). Cuando desaparecen esas razones, en la mayoría de los casos, también desaparecerá la necesidad de protección internacional. Reconocer este vínculo, y explotarlo para entender si los cambios en las circunstancias son relevantes y fundamentales a las causas de la huida, servirá para elucidar las circunstancias que deben dar lugar a la cesación del estatuto. Esto es de especial importancia para los casos de cesación individual.
- 55.** El ACNUR ha identificado una serie de factores que, aunque de ninguna manera agotan las consideraciones relevantes, deben ser tomados en cuenta al evaluar, de manera general y para efectos de cesación grupal, si se ha dado dicho cambio fundamental, a saber:
- el nivel de estabilidad política, que puede demostrarse en varias formas como por ejemplo, la conclusión exitosa de elecciones democráticas, consideradas justas por la comunidad internacional;
 - la existencia de leyes no discriminatorias para proteger derechos y libertades fundamentales, incluyendo derechos tanto civiles como políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales;
 - la existencia de mecanismos para asegurar el estado de derecho y reparación en situaciones en que los derechos humanos pueden ser violados, por ejemplo, un cuerpo

¹⁰⁷ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafos 118 a 133.

¹⁰⁸ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafo 116.

¹⁰⁹ Se describen estas causales en el Artículo 1C(1), (2), (3) y (4), y se elaboran en los párrafos del *Manual* del ACNUR citados en la nota 107 *supra*; respecto a jurisprudencia nacional, véanse por ejemplo, C.R.R. (Francia), *Ciftci*, 16 de enero de 1997, 290.107; *Cagalj*, 21 de mayo de 1997, 301.944; AAC Suiza, EMARK 1998, No. 29.

¹¹⁰ Se describen estas causales en el Artículo 1C (5) y (6); véase los párrafos 134 a 139 del *Manual* del ACNUR, y respecto a jurisprudencia nacional, véase por ejemplo, AAC Suizo, EMARK 1998 No. 19.

¹¹¹ Conclusión No. 69 (XLIII), párrafos a) y c), del Comité Ejecutivo del ACNUR.

policial funcional que opera sin discriminación, un sistema judicial independiente y tribunales en funcionamiento;

- nivel general de respeto a los derechos humanos y la habilidad para ejercer y gozar de derechos humanos;
- allí donde el conflicto haya sido un problema, el nivel de reconciliación nacional y la implementación de acuerdos de paz.¹¹²

- 56.** Cuando se determina que la cláusula de cesación referida a la modificación de circunstancias se aplica a un grupo particular de refugiados, cualquier individuo afectado por la declaración de cesación debe tener la oportunidad para que se revise y se determine su caso individualmente, en caso de que existiera algún factor que rindiera la cesación no aplicable a ese individuo. Es particularmente relevante en este respecto que la excepción a esta cláusula de cesación, establecida en la Convención, aplicándose sólo a refugiados amparados por instrumentos anteriores a la Convención de 1951¹¹³ (es decir, aquéllos que eran refugiados antes de la adopción de la Convención de 1951), pero que refleja un principio humanitario general que puede y debe aplicarse a otros refugiados. Aquellos que pueden invocar "razones imperiosas" que surgen de persecución pasada o experiencias que llevaron a su reconocimiento como refugiados, no deben dejar de ser refugiados involuntariamente, a pesar de un cambio relevante, fundamental, estable, y duradero. En esencia, la excepción reconoce que algunas formas y experiencias de persecución son tan atroces y tienen tantos efectos psicológicos devastadores, que aun después de un cambio fundamental en las circunstancias, las personas que las sufren no deben ser obligadas a retornar contra su voluntad. Esta excepción es tan relevante hoy día como cuando se adoptó la Convención, y la aplican el ACNUR y muchos Estados.¹¹⁴
- 57.** Las consecuencias de cesación no necesariamente son el regreso al país de origen o de anterior residencia habitual.¹¹⁵ En algunos casos, refugiados que cesan de ser refugiados, pueden haber adquirido y ejercido derechos a residencia o a obtener ciudadanía como resultado de la duración de su estancia y en virtud de la legislación del país de asilo. En otros casos, pueden haberse casado, tenido hijos o desarrollado otros vínculos en el país de asilo, de tal manera que de hecho estén plenamente integrados y con derecho a residencia en ese país mediante mecanismos independientes del asilo.

V. Observaciones finales

- 58.** La definición de refugiado contenida en el Artículo 1 de la Convención de 1951 ha sido la herramienta principal para proveer de protección eficaz a millones de refugiados, desde que se elaboró hace 50 años. Ha probado su resistencia y adaptabilidad a lo largo de esos años, mostrando que una interpretación apropiada del Artículo 1 respeta y avanza los objetivos y propósitos de la Convención de 1951. Un enfoque basado en principios, a los elementos de inclusión y una aplicación cuidadosa de las cláusulas de exclusión y cesación, son indispensables para la continua eficacia de la protección a refugiados, asegurando así que dicha protección no caiga en descrédito por abuso, ni se vea debilitada por su restricción injustificada. En suma, una aplicación equilibrada e integral de la definición, incorporando principios del

¹¹² Véanse el reporte del Comité Permanente, *Standing Committee Report: Nota de cláusulas de Cesación*, EC/47/SC/CPR.30 del 30 de mayo de 1997, así como los lineamientos del ACNUR, *Guidelines on the Application of the Cessation Clauses*, presentados en abril de 1999.

¹¹³ Párrafo 2 del Artículo 1C (5) y (6).

¹¹⁴ Véase el *Manual* del ACNUR, párrafo 136; respecto a legislación nacional, véanse por ejemplo, C.R.R. (Francia), *Bizimungu*, 4 de junio de 1997, 300.063; *Sokolova*, 10 de marzo de 1997, 200.999; V.B.C. (2 ch.) (Bélgica), 3 de octubre de 1994, E84; AAC Suiza, EMARK 1997 No. 14, párrafo 6 c), dd) y ff); EMARK 1998 No. 16, párrafo 4 b) y c).

¹¹⁵ Esto es evidente respecto al Artículo 1C(3).

derecho relativo a derechos humanos, tiene la mayor probabilidad de rendir el resultado correcto.

Traducción realizada y revisada por BO Madrid en colaboración con la Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas.

ACNUR Ginebra
Abril de 2001

DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL No. 12



La Agencia de la ONU para los Refugiados

Distr. GENERAL

HCR/GIP/16/12

2 de diciembre de 2016 Original: INGLÉS

DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL No. 12:

Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado.

El ACNUR expide estas Directrices sobre Protección Internacional de conformidad con su mandato, establecido, *inter alia*, en el *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, a saber, el párrafo 8(a), en conjunción con el artículo 35 de la *Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, el artículo II de su *Protocolo de 1967*, el artículo VIII(1) de la *Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África de 1969*, y el Compromiso II(e) de la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984*.

Estas Directrices aclaran el párrafo 164 del *Manual del ACNUR sobre Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951* y complementan el Manual. Deben leerse conjuntamente con las otras Directrices sobre Protección Internacional del ACNUR.

Estas Directrices, que han sido el resultado de amplias consultas, tienen por objeto proporcionar orientación legal interpretativa para los gobiernos, los y las abogadas, las personas encargadas de la toma de decisiones y el poder judicial, así como el personal del ACNUR encargado de la determinación de la condición de refugiado.

El *Manual del ACNUR sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951* y las *Directrices sobre Protección Internacional*, están disponibles en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983>

Las convocatorias de consulta pública sobre futuras Directrices sobre Protección Internacional serán publicadas en línea en: <http://www.unhcr.org/544f59896.html>.

Índice

I. INTRODUCCIÓN	115
A. Alcance y terminología	115
B. La relación entre la definición de refugiado de la Convención de 1951 / Protocolo de 1967 y las definiciones regionales, y la protección subsidiaria de la UE	117
Protección subsidiaria de la UE	118
II. ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO 1A(2) DE LA CONVENCIÓN DE 1951	118
A. Fundados temores de persecución	119
Relevancia del derecho internacional humanitario y penal internacional	120
Relevancia de las derogaciones bajo el derecho internacional de los derechos humanos	120
Riesgos individuales o grupales	121
Grado de riesgo	122
Sin riesgo diferencial	122
Evaluación prospectiva del riesgo	123
Persecución por motivos sexuales y de género	123
Agentes de persecución	124
Personas refugiadas <i>sur place</i>	125
B. “Por motivos de” uno o más de los motivos de la Convención	126
“Por motivos de” (nexo causal)	126
Motivos de la Convención	126
C. Alternativa de huida interna o reubicación	128
III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO I(2) DE LA CONVENCIÓN DE LA OUA DE 1969	129
A. Consideraciones preliminares para guiar la interpretación	130
Alcance de la definición de la Convención de la OUA de 1969	130
B. Elementos de la definición de la Convención de la OUA de 1969	131
Persona obligada a abandonar su lugar de residencia habitual	131
Personas refugiadas <i>sur place</i>	131
Situaciones que obligan a huir	132
C. Alternativa de huida o reubicación interna	133
IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LA CONCLUSIÓN III(3) DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE 1984	134
A. Consideraciones preliminares para guiar la interpretación	134
Alcance de la definición de refugiado de Cartagena	135
B. Elementos de la definición de refugiado de Cartagena	135
Personas refugiadas <i>sur place</i>	135
Circunstancias que obligan a huir	136
Amenaza a la vida, seguridad o libertad	138
Violencia de pandillas o violencia de grupos delictivos organizados	139
C. Alternativa de huida o reubicación interna	139
V. CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROBATORIAS	139
A. Enfoques para aplicar la definición de la Convención de 1951 / Protocolo de 1967 y las definiciones regionales	139
B. Estableciendo los hechos	140
Información sobre el país de origen	140
Carga de la prueba	141

I. INTRODUCCIÓN

A. Alcance y terminología

1. Situaciones de conflicto armado y violencia son hoy las principales causas de movimientos de personas refugiadas. La mayoría de estas situaciones generan persecución política, religiosa, étnica, social o de género. La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados¹ y/o su Protocolo de 1967² (Convención de 1951) es directamente aplicable a las personas civiles desplazadas por situaciones de conflicto armado y violencia.

2. El objetivo de estas Directrices es proporcionar orientación sustantiva y procedimental para evaluar las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia, y promover coherencia en la aplicación de la Convención de 1951 y las definiciones regionales de refugiado³.

3. Estas Directrices proporcionan orientación en relación con los aspectos de inclusión de las definiciones de refugiado en:

- El artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 (Parte II de estas Directrices),
- El artículo 1(2) de la Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África de 1969⁴ (Convención de la OUA de 1969) (Parte III de estas Directrices), y
- Conclusión III(3) de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 (Declaración de Cartagena) (Parte IV de estas Directrices)⁵.

La inclusión de las definiciones regionales de refugiado en estas Directrices se refiere a su aplicación a las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia, sin perjuicio de la aplicación de estas definiciones a otras situaciones.

4. Estas Directrices no abordan la exclusión⁶ o cesación⁷, cuestiones relacionadas con el carácter civil y humanitario del asilo⁸, o las solicitudes relacionadas con el servicio militar⁹, para las que

¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (28 de julio de 1951) 189 UNTS 137 (Convención de 1951), <http://www.acnur.org/file-admin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>.

² Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (31 de enero de 1967) 606 UNTS 267 (Protocolo de 1967), <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0003>.

³ Para más información sobre los antecedentes y los motivos tras el desarrollo de estas Directrices, ACNUR, *Resumen de Conclusiones sobre la Protección Internacional de Personas que Huyen de Conflictos Armados y otras Situaciones de Violencia; Mesa redonda 13 y 14 de septiembre de 2012, Ciudad del Cabo, Sudáfrica*, 20 de diciembre de 2012, (“Resumen de Conclusiones del ACNUR en Ciudad del Cabo”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9074>.

⁴ Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África (10 de septiembre de 1969) 1001 UNTS 45 (Convención de la OUA de 1969), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1270>.

⁵ Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, 22 de noviembre de 1984, (Declaración de Cartagena), <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008>. La Declaración de Cartagena de 1984 no es un tratado en el sentido del artículo 1(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969) 1155 UNTS 331.

⁶ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 5: La Aplicación de las Cláusulas de Exclusión: El Artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 4 de septiembre de 2003, HCR/GIP/03/05, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554.pdf>. Véase también, ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre la Aplicación de las Cláusulas de Exclusión del Artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en Situaciones de Afluencia Masiva*, 7 de febrero de 2006, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7118>.

⁷ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 3: Cesación de la Condición de Refugiado bajo el Artículo 1C(5) y (6) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Las Cláusulas de “Desaparición de las Circunstancias”)*, 10 de febrero de 2003, HCR/GIP/03/03, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2575.pdf>.

⁸ EXCOM, Conclusión No. 94 (LIII), 2002, párr. (c)(viii). ACNUR, *Directrices Operacionales sobre el Mantenimiento del Carácter Civil y Humanitario del Asilo*, septiembre de 2006, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/452b9bca2.html>.

⁹ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 10: Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con el Servicio Militar en el Contexto del Artículo 1A(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, 3 de diciembre de 2013,

se dispone de otras guías. Estas Directrices tampoco abordan el reconocimiento prima facie de la condición de refugiado, el cual se encuentra cubierto por las Directrices sobre Protección Internacional No. 11¹⁰. Sin embargo, sí se refieren a la relación entre la definición de refugiado de la Convención de 1951 y las definiciones regionales de refugiado, incluyendo cuáles enfoques pueden utilizarse para aplicar las diversas definiciones (párrafos 86 y 88 de estas Directrices). Las Directrices se enfocan en la condición de refugiado y no se refieren específicamente a las formas subsidiarias o complementarias de protección internacional¹¹.

5. A los efectos de estas Directrices, la expresión “situaciones de conflicto armado y violencia” se refiere a situaciones que están marcadas por un nivel material o por una propagación de violencia que afecta a la población civil. Tales situaciones pueden incluir violencia entre actores estatales y no estatales, incluyendo pandillas organizadas¹² y violencia entre diferentes grupos de la sociedad. Además, tales situaciones pueden incluir violencia entre dos o más Estados, entre Estados y grupos armados no estatales, o entre varios grupos armados no estatales. Cualquier clasificación particular de un grupo armado, por ejemplo, como criminal o político, no es necesaria o determinante para la determinación de la condición de refugiado. Además, si bien en algunas circunstancias las situaciones de conflicto armado y violencia a que se hace referencia en estas Directrices pueden clasificarse como un conflicto armado internacional (CAI)¹³ o no internacional (CANI)¹⁴ en el sentido del derecho internacional humanitario (DIH), no se requiere dicha categorización para la determinación de la condición de refugiado¹⁵. Muchas situaciones de conflicto armado y violencia no se designan como un conflicto armado para propósitos de DIH, pero los medios empleados y sus consecuencias pueden ser igual de violentos o perjudiciales. Otras etiquetas –como una situación de violencia generalizada¹⁶ o indiscriminada¹⁷– también han sido utilizadas por las personas responsables de la toma de decisiones para describir situaciones de conflicto armado y violencia. Independientemente de estas caracterizaciones, el método de evaluación de la solicitud

HCR/GIP/13/10/Corr. 1, (“Directrices del ACNUR sobre Servicio Militar”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9538.pdf>.

¹⁰ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 11: Reconocimiento Prima Facie de la Condición de Refugiado*, 24 de junio de 2015, HCR/GIP/15/11, (“Directrices del ACNUR sobre Reconocimiento Prima Facie”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10181.pdf>.

¹¹ El párrafo 9 de estas Directrices contiene una referencia a la relación entre la Convención de 1951 y el estatuto de protección subsidiaria con arreglo al Derecho de la Unión Europea (UE).

¹² ACNUR, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, 31 de marzo de 2010 (“Nota de Orientación del ACNUR sobre Pandillas”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786.pdf>.

¹³ El artículo 2(1) común de los Convenios de Ginebra de 1949, incluido el *Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra*, (Cuarto Convenio de Ginebra), 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 287, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0189> y el artículo 1(4) del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales*, (“Protocolo I de los Convenios de Ginebra”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1387.pdf>. Véase también, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?*, marzo de 2008, págs. 1 a 3, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf> y Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, octubre de 2016, 32IC/15/11, en <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>.

¹⁴ El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra, nota 13 supra, y el artículo 1 del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 609, (“Protocolo II de los Convenios de Ginebra”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1388.pdf>. Véase también, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) 2008, nota 13 supra, págs. 3 a 5 y Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) 2016, nota 13 supra.

¹⁵ Por analogía, esta es la posición adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con respecto al significado de conflicto armado interno en la Directiva sobre el Reconocimiento de la UE, en *Aboubacar Diakité c. Comisionado General para los refugiados y apátridas*, C-285/12, Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30 de enero de 2014, párr. 23, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0285&from=ES>. El TJUE considera que “si bien el [DIH] pretende, en particular, ofrecer una protección a la población civil en la zona de conflicto limitando los efectos de la guerra sobre las personas y los bienes, no prevé... la concesión de una protección internacional a algunos civiles fuera de la zona de conflicto o del territorio de las partes del conflicto”.

¹⁶ Véase párrafo 71 y 73 de estas Directrices.

¹⁷ En la Unión Europea, en el contexto de la protección internacional, el término “violencia indiscriminada” es utilizado en el artículo 15c de la Directiva sobre el Reconocimiento de la UE (refundición). De acuerdo con el TJUE, violencia indiscriminada “implica que puede extenderse a personas sin consideración de su situación personal”, en *Elgafaji c. Secretario de Estado de Justicia*, C-465/07, Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 17 de febrero de 2009, párr. 34, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0465>.

de la condición de refugiado es el mismo –la aplicación completa e inclusiva de la definición de refugiado a la situación actual, como se establece en estas Directrices.

B. La relación entre la definición de refugiado de la Convención de 1951/Protocolo de 1967 y las definiciones regionales, y la protección subsidiaria de la UE

6. Los instrumentos regionales sobre personas refugiadas, como la Convención de la OUA de 1969 y la Declaración de Cartagena, complementan la Convención de 1951/Protocolo de 1967, los cuales continúan siendo los instrumentos de protección jurídica universales y principales para las personas refugiadas¹⁸. Cada instrumento regional incorpora la definición de refugiado de la Convención de 1951 y también elabora los llamados criterios ampliados de refugiado (conocidos como “definiciones regionales”). Uno de los objetivos principales de la Convención de la OUA de 1969 y de la Declaración de Cartagena, es proporcionar protección a las personas refugiadas en situaciones humanitarias específicas, incluidas las llegadas a gran escala de personas que huyen de situaciones o circunstancias específicas en su país de origen¹⁹.

7. Ciertos escenarios fácticos podrían sugerir la relevancia y aplicabilidad tanto de la definición de la Convención de 1951 como de una de las definiciones regionales a una solicitud individual de la condición de refugiado y plantear preguntas sobre cuál definición aplicar (véanse los párrafos 86 a 88 de estas Directrices). En otras situaciones, un individuo puede ser un refugiado bajo una de las definiciones regionales, pero no bajo la definición de la Convención de 1951, incluyendo donde no puede establecerse un nexo causal entre sus temores de persecución y un motivo de la Convención. En tales circunstancias, las definiciones regionales amplían el rango de individuos elegibles para beneficiarse de la condición de refugiado.

8. Si bien las dos definiciones regionales difieren ligeramente en la redacción, los tipos de situaciones o circunstancias a las que se refieren y que pretenden cubrir pueden asimilarse en gran medida. Además, aunque las definiciones regionales sean detalladas, ninguno de los instrumentos regionales tenía como propósito proporcionar una definición global para cada situación en la que las personas se ven obligadas a abandonar sus países de origen y cruzar una frontera internacional. En lo que respecta a los derechos, tanto la Convención de 1951 como los instrumentos regionales reconocen a una persona como refugiada y estipulan que se aplicarán los derechos de la Convención de 1951²⁰. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, la definición particular según la cual la persona es reconocida como refugiada, no tendrá consecuencias materiales. Sin embargo, a efectos de seguridad jurídica, es necesaria una interpretación adecuada de cada definición, recomendándose un enfoque secuencial de la adjudicación (véanse los párrafos 86 a 88 de estas Directrices). Las personas responsables de la toma de decisiones también deben tener en cuenta que los sistemas regionales de protección están destinados a ser implementados de una manera que complemente y fortalezca el régimen de la Convención de 1951²¹.

¹⁸ EXCOM Conclusión No. 87 (L) 199, pár. (f) y EXCOM, Conclusión No. 89 (L) 2000. Véase también, Convención de la OUA de 1969, nota 4 supra, noveno párrafo del preámbulo, refiriéndose a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 como el instrumento básico y universal para la protección de las personas refugiadas.

¹⁹ Directrices del ACNUR sobre Reconocimiento Prima Facie, nota 10 supra, pár. 5.

²⁰ La Convención de la OUA de 1969 acepta los derechos de la Convención de 1951 como aplicables a las personas refugiadas reconocidas en virtud de la Convención de la OUA de 1969, véase la Convención de la OUA de 1969, nota 4 supra, décimo párrafo del preámbulo y artículo VIII(2). Véase también, M Sharp, “The 1969 African Refugee Convention: Innovations, Misconceptions, And Omissions”, *McGill Law Journal* (2012) 58, págs. 126 a 145. La Declaración de Cartagena también acepta los derechos de la Convención de 1951 como aplicables a las personas refugiadas reconocidas en virtud de la Conclusión III(3) y también exhorta expresamente a los países de la región a aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 para el tratamiento de las personas refugiadas y para que los países reconozcan que la reunificación de las familias constituye un principio fundamental, véase Declaración de Cartagena, nota 5 supra, conclusión III(1), III(8) y III(13).

²¹ EXCOM Conclusión No. 89 (LI), 2000 y EXCOM Conclusión No. 103 (LVI), 2005, incluyendo pár. (b).

Protección subsidiaria de la UE

9. La Directiva sobre el Reconocimiento de la UE (refundición) contempla una protección subsidiaria que es complementaria a la protección de personas refugiadas prevista por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967²². Se aplica a aquellas personas que no califican como refugiadas pero que corren un riesgo real de sufrir daños graves, *inter alia*, cuando existen “amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”²³. Algunas situaciones fácticas pueden dar lugar a una superposición entre los criterios de protección de personas refugiadas de conformidad con la Convención de 1951 y la protección subsidiaria. Debido a la primacía de la protección de las personas refugiadas y a la limitación de que la protección subsidiaria sólo se aplica a las personas que no califican como refugiadas, las solicitudes relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia deben evaluarse primero de acuerdo con los criterios de protección de personas refugiadas. Sólo cuando la persona solicitante no califica para la condición de refugiado, la solicitud debe evaluarse de acuerdo con los criterios de protección subsidiaria²⁴.

II. ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO 1A(2) DE LA CONVENCIÓN DE 1951

10. De conformidad con el significado ordinario que se debe dar a los términos y a la luz del contexto, así como con el objeto y fin de la Convención de 1951²⁵, el artículo 1A(2) se aplica a las personas que huyen de situaciones de conflicto armado y violencia. De hecho, la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951 no hace ninguna distinción entre las personas refugiadas que huyen de la persecución en tiempos de paz o “en tiempo de guerra”. El análisis requerido en virtud del artículo 1A(2) se centra en fundados temores de ser perseguida por uno o más motivos de la Convención. La frase “las personas que se ven obligadas a dejar su país de origen como resultado de conflictos armados internacionales o nacionales no son consideradas normalmente como refugiados con arreglo a las disposiciones de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967”, contenida en el párrafo 164 del Manual del ACNUR, debe entenderse como limitada a situaciones en las que no existe un nexo causal entre los fundados temores de una persona de ser perseguida y un motivo de la Convención de 1951.

²² Unión Europea: Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2011/95/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)*, 20 de diciembre de 2011, OJ L 337; diciembre de 2011, págs. 9-26, preámbulo, recital 33, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2013/9053> (“Directiva sobre el Reconocimiento de la UE (refundición)”). El TJUE reconoció los dos sistemas distintos de protección en *Salahdin Abdulla y Otros c. República Federal de Alemania*, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08, Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de marzo de 2010, párr. 78, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0175&from=EN>. Véase también, EXCOM Conclusión No. 103 (LVI), 2005, párrs. (b), (i) y (k).

²³ Directiva sobre el Reconocimiento de la UE (refundición), nota 22 supra, artículo 2(f), de acuerdo con el cual “una ‘persona con derecho a protección subsidiaria’: [es] un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no pude o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”. Daños graves, tal como se definen en el artículo 15 de la Directiva sobre el Reconocimiento de la UE (refundición), consisten en: “a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”.

²⁴ H. N. c. *Ministro de Justicia, Igualdad y Reforma Jurídica, Irlanda, Fiscal General*, C-604/12, Unión Europea: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de mayo de 2014, párr. 35, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0277&from=EN>. Sería contrario al Sistema Europeo Común de Asilo, al Tratado de la Unión Europea ya la Convención de 1951, cuando los criterios de protección subsidiaria fuesen aplicados primero, porque, por ejemplo, es comparativamente o percibida más fácil, la tarea de establecer la existencia de violencia y conflicto a través de la información sobre el país de origen generalmente disponible, en lugar de fundados temores de persecución por uno o más motivos de la Convención.

²⁵ EXCOM Conclusión No. 103 (LVI), 2005, párr. (c).

A. Fundados temores de persecución

11. Amenazas contra la vida o la libertad y otras violaciones graves de los derechos humanos pueden constituir persecución a los efectos de la definición de refugiado de la Convención de 1951²⁶. Adicionalmente, formas menos graves de daño pueden constituir persecución por motivos concurrentes²⁷. La discriminación equivaldrá a persecución cuando el efecto lleve a una situación intolerable o esencialmente lesiva para la persona en cuestión²⁸. Asimismo, una conducta que implique una violación grave al DIH puede constituir persecución (véanse los párrafos 14 y 15 de estas Directrices)²⁹. Lo que equivale a persecución también dependerá de las circunstancias del individuo, incluyendo la edad, género, opiniones, salud, sentimientos y las diferencias de carácter de la persona solicitante³⁰.

12. Los estándares mencionados en el párrafo 11 *supra* no deben aplicarse de manera distinta en el contexto de las personas que huyen de situaciones de conflicto armado y violencia. No se requiere mayor nivel de gravedad o seriedad del daño para que el daño implique persecución en situaciones de conflicto armado y violencia en comparación con otras situaciones, ni tampoco es relevante o apropiado evaluar si las personas solicitantes serán tratadas peor de lo que ordinariamente se “prevé” en situaciones de conflicto armado y de violencia. El contexto general de una situación de conflicto armado y violencia puede agravar el efecto de los daños en una persona dando lugar, en ciertas circunstancias, a un daño que equivale a persecución. Las situaciones prolongadas de conflicto armado y violencia, por ejemplo, pueden tener graves efectos perjudiciales para la salud física y psicológica de las personas solicitantes o para su desarrollo personal, los cuales deben evaluarse teniendo en cuenta su carácter, antecedentes, posición en la sociedad, edad, género y otros factores³¹.

13. Las situaciones de conflicto armado y violencia con frecuencia implican la exposición a graves violaciones de los derechos humanos u otros daños graves que equivalen a persecución. Tal persecución podría incluir, pero no se limita a, situaciones de genocidio³² y depuración étnica³³; tortura y otras formas de trato inhumano o degradante³⁴; violación y otras formas de violencia sexual³⁵; reclutamiento forzoso, incluidos niños y niñas³⁶; arresto y detención arbitrarios; toma de rehenes y desapariciones forzadas o arbitrarias; y un amplio espectro de otras formas de daño

²⁶ ACNUR, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, diciembre de 2011, HCR/1P/4/ENG/REV.3, párr. 51, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf> (“Manual del ACNUR”).

²⁷ *Ibíd.*, párr. 53.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 54.

²⁹ ACNUR, *Reunión de Expertos sobre la Complementariedad entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Resumen de Conclusiones*, julio de 2011, párrs. 13-21, (“Resumen de Conclusiones de Arusha del ACNUR”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7635.pdf>.

³⁰ *Manual del ACNUR*, nota 26 supra, párrs. 52 y 55.

³¹ *Ibíd.*, párr. 43. ACNUR, *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de Asilo de Niños bajo los Artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 22 de diciembre de 2009, HCR/GIP/09/08, párr. 10, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf>.

³² Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (9 de diciembre de 1948) 78 UNTS 277, <http://www.acnur.org/t3/file-admin/Documentos/BDL/2002/0023.pdf>. artículo 6, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (1 de julio de 2002) 2187 UNTS 3, (“Estatuto de Roma CPI”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033.pdf>.

³³ Depuración étnica es definida como una “política deliberada concebida por un grupo étnico o religioso para desplazar por la violencia y el terror a la población civil de otro grupo étnico o religioso de determinadas zonas geográficas”, Consejo de Seguridad ONU, *Informe final de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)*, 27 de mayo de 1994, s/1994/674, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1994/674&referer=https://www.google.com/&Lang=S.

³⁴ Véase, *inter alia*, artículo 7, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (16 de diciembre de 1966), 999 UNTS 171 (“ICCPR” por sus siglas en inglés), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0015.pdf> y *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelés, Inhumanos o Degradantes* (10 de diciembre de 1984) 1465 UNTS 85, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0020.pdf>.

³⁵ Véase los párrafos 26 y 27 de estas Directrices.

³⁶ *Directrices del ACNUR sobre Servicio Militar*, nota 9 supra, párrs. 35 y 37 a 41 (“El reclutamiento ilegal de niños”).

grave derivadas de las circunstancias mencionadas, por ejemplo, en los párrafos 18 y 19 de las presentes Directrices.

Relevancia del derecho internacional humanitario y penal internacional

14. Muchas de las mencionadas violaciones de los derechos humanos y otros daños graves también pueden constituir crímenes de guerra cuando son cometidas en el contexto de, y estén asociadas con, un conflicto armado en el sentido del DIH, y/o crímenes de lesa humanidad, cuando forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil³⁷. Las deportaciones y el traslado o desplazamiento forzoso, a veces como formas de depuración étnica o genocidio, también pueden constituir crímenes de guerra cuando sean cometidos en el contexto de, y estén asociados con, un conflicto armado en el sentido del DIH, así como los crímenes contra la humanidad, cuando formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil³⁸.

15. Para propósitos de determinar la condición de refugiado, la existencia de violaciones del DIH puede ser informativa pero no determinante de si la conducta equivale a persecución en el sentido de la Convención de 1951. No se puede esperar que la persona solicitante establezca que se ha cometido una violación del DIH o un crimen internacional para que un decisor llegue a la conclusión de que un tipo particular de daño constituye persecución³⁹. Tampoco son aplicables a la determinación de la condición de refugiado, los criterios para el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como se define en el derecho penal internacional⁴⁰. Los tribunales y cortes penales internacionales se ocupan principalmente de los daños cometidos en el pasado para los efectos de la acusación penal, su mandato no cubre el objetivo humanitario más amplio de proporcionar protección internacional a los civiles. Basarse en el DIH o en el derecho penal internacional en su sentido más estricto para determinar la condición de refugiado podría socavar los objetivos de protección internacional de la Convención de 1951 y dejar fuera de su protección a las personas que se enfrentan a graves amenazas a su vida o libertad⁴¹. Por otra parte, incluso si ciertos comportamientos no están prohibidos por el DIH o el derecho penal internacional, no cambia el hecho de que, a los efectos del derecho internacional de refugiados, tal conducta puede constituir persecución⁴².

Relevancia de las derogaciones bajo el derecho internacional de los derechos humanos

16. Los Estados Partes en los tratados de derechos humanos relevantes pueden derogar un número limitado de derechos humanos en tiempos de emergencia pública que amenacen la vida de

³⁷ Estatuto de Roma CPI, nota 32 supra, artículos 7 y 8.

³⁸ Resumen de Conclusiones de Arusha del ACNUR, nota 29 supra, párrs. 9 y 10. Nótese que en el contexto de un conflicto armado interno en el sentido del DIH, las evacuaciones pueden tener lugar por motivos de seguridad o razones militares imperiosas de acuerdo con el artículo 49 del *Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I)*, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 31, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documents/BDL/2001/1383.pdf>. En el contexto de un conflicto armado no internacional, véase el artículo 17 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, nota 14 supra.

³⁹ Por ejemplo, los requisitos de una intención discriminatoria y que el delito sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, no son requeridos por el derecho internacional de refugiados, véase Resumen de Conclusiones de Arusha del ACNUR, nota 29 supra, párr. 15.

⁴⁰ Estatuto de Roma CPI, nota 32 supra, artículo 7(1)(h).

⁴¹ Resumen de Conclusiones de Arusha del ACNUR nota 29 supra, párr.15.

⁴² Tal conducta puede, por ejemplo, constituir graves violaciones de los derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos no deja de aplicarse en situaciones de conflicto armado, salvo en parte por el efecto de las disposiciones sobre suspensión que se encuentran, por ejemplo, en el artículo 4 del ICCPR, nota 34 supra. Véase, *Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, Opinión Consultiva, C.I.J., Reportes 1996*, p. 226, Corte Internacional de Justicia (CIJ), 8 de julio de 1996, párr. 15, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4b2913d62.html>; *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), 9 de julio de 2004, párr. 106, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/414ad9a719.html>; y Comité de Derechos Humanos de la ONU (HRC), *Observación general No. 31 [80], Naturaleza de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 11, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documents/BDL/2004/2845.pdf>. Véase también, *AF (Siria)*, [2012] NZIPT 800388, Nueva Zelanda: Tribunal de Inmigración y Protección, 20 de diciembre de 2012, párrs. 45 a 49, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/54c127434.html>.

la nación⁴³. Cuando exista un estado de emergencia conforme a derecho, la no obtención de derechos derogables puede no necesariamente constituir persecución si las medidas adoptadas son estrictamente requeridas por las exigencias de la situación⁴⁴. Sin embargo, para evaluar una solicitud de la condición de refugiado de una persona que ha huido de tal situación, deben examinarse las circunstancias generales del caso. El estado de emergencia puede ser ilegítimo o comprender medidas que no sean estrictamente requeridas por las exigencias de la situación o conllevar medidas que afecten derechos inderogables.

Riesgos individuales o grupales

17. En situaciones de conflicto armado y violencia, un solicitante puede estar en riesgo de ser blanco directo de persecución. Igualmente, en tales situaciones, grupos o poblaciones enteras pueden estar en riesgo de persecución, poniendo en riesgo a cada uno de los miembros del grupo⁴⁵. El hecho de que muchos o todos los miembros de determinadas comunidades estén en riesgo, no menoscaba la validez de la solicitud de cualquier individuo en particular⁴⁶. La prueba es si el individuo posee temores fundados de ser perseguido. A veces, el impacto de una situación de conflicto armado y violencia en una comunidad entera, o en los civiles en general, refuerza en vez de debilitar la naturaleza fundada de los temores del individuo en particular de ser perseguido⁴⁷.

18. En situaciones de conflicto armado y violencia, comunidades enteras pueden verse afectadas y estar en riesgo por bombardeos aéreos, el uso de municiones de racimo, bombas de barril o armas químicas, artillería o francotiradores, artefactos explosivos improvisados, minas terrestres, coches bomba o ataques suicidas con bombas, o tácticas de asedio, por ejemplo. La denegación sistemática de alimentos y suministros médicos, el corte de los suministros de agua y electricidad, la destrucción de bienes o la militarización o cierre de hospitales y escuelas también pueden constituir violaciones graves de los derechos humanos o del DIH que afectan a comunidades enteras⁴⁸. La exposición a tales acciones puede constituir persecución en el sentido del artículo 1A(2) de la Convención de 1951, de forma independiente o concurrente.

⁴³ ICCPR, nota 34 supra, artículo 4. También, Comité de Derechos Humanos de la ONU (HRC), *CCPR Observación general No. 29: Estados de emergencia (artículo 4)*, 31 de agosto de 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, (“Comentario General 29 del HRC”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf>, los Estados sólo pueden derogar los derechos específicamente identificados, sólo pueden hacerlo en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación, deben ser compatibles con otras obligaciones bajo el derecho internacional y no pueden basarse o resultar en discriminación. Las medidas adoptadas deben ser proporcionales y de duración temporal, y el organismo de derechos humanos pertinente debe ser notificado de la derogación. A nivel regional, las cláusulas de derogación están previstas en el Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, modificado por los Protocolos Nos. 11 y 14*, 4 de noviembre de 1950, ETS 5, artículo 15, (CEDH), http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf y la Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 27, (Convención Americana sobre Derechos Humanos), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0001.pdf>.

⁴⁴ MS (*Cristianos Coptos*) Egipto CG c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, [2013] UKUT 00611 (IAC), Reino Unido: Tribunal Superior (Cámara de Inmigración y Asilo), 3 de diciembre de 2013, párr. 120, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/52a5b86e4.html>.

⁴⁵ El riesgo de daño como resultado de los excepcionalmente altos niveles de violencia para la población en general, fue abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en, *inter alia*, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, Demanda no. 8319/07 y 11449/07, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de junio de 2011, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4e09d29d2.html> y *L.M. y Otros c. Rusia*, Demanda no. 40081/14, 40088/14 y 40127/14, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de octubre 2015, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/561f770f4.html>.

⁴⁶ ACNUR, *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, abril de 2001, párr. 21, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2553.pdf>.

⁴⁷ De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “en relación con las solicitudes de asilo basadas en un riesgo general ya conocido, cuando la información sobre dicho riesgo se puede verificar libremente en un gran número de fuentes, las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de los artículos 2 y 3 del Convenio en casos de expulsión, implican que las autoridades competentes evalúen este riesgo de oficio” (traducción libre), véase: *F.G. c. Suecia*, Demanda no. 43611/11, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de marzo de 2016, párr. 126, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/56fd485a4.html>.

⁴⁸ Los criterios pertinentes para evaluar la intensidad de un conflicto fueron formulados por el Reino Unido, Tribunal de Inmigración y Asilo/Autoridad de Apelación de Inmigración en: *AM & AM (Conflictos Armados: Categorías de Riesgo) Somalia c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, [2008] UKAIT 00091, Reino Unido: Tribunal de Inmigración y Asilo/Autoridad de Apelación de Inmigración, 27 de enero de 2009, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4934f7542.html> y reiterado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, nota 45 supra, párr. 241 y en *L.M. y Otros c. Rusia*, nota 45 supra, párr. 121.

19. Tanto las consecuencias directas como indirectas de las situaciones de conflicto armado y violencia también pueden constituir persecución, incluidas las consecuencias a largo plazo de estas situaciones, como la demolición de infraestructura vital, la inseguridad y la pobreza extrema. Más específicamente, las situaciones de conflicto armado y violencia pueden afectar seriamente el Estado de derecho, así como las estructuras y sistemas de apoyo estatales y sociales. Situaciones de conflicto armado y violencia pueden llevar a un colapso total o parcial de las instituciones y servicios gubernamentales, las instituciones políticas y el sistema de policía y justicia. Los servicios vitales como el agua, la electricidad y el saneamiento pueden verse afectados. El aumento en los niveles de delincuencia; saqueos y corrupción; inseguridad alimentaria, malnutrición o hambruna; restricciones en el acceso a la educación y servicios de salud; grave declive económico, destrucción de los medios de subsistencia y la pobreza también pueden ser resultados. Estas consecuencias de las situaciones de conflicto armado y violencia pueden ser lo suficientemente graves, sea concurrente o independientemente, como para constituir persecución y crear fundados temores de persecución. Esto también es relevante cuando el riesgo de persecución emana de actores no estatales (véanse los párrafos 28 a 30 de estas Directrices).

20. Otros factores a tener en cuenta incluyen la propaganda que puede crear o contribuir a una atmósfera opresiva de intolerancia frente a uno o más grupos, y promover o conducir a un riesgo de persecución⁴⁹.

Grado de riesgo

21. Los temores de una persona a la persecución se consideran fundados si puede establecerse, en una medida razonable, que su permanencia en el país de origen se ha convertido, o se convertirá, en intolerable⁵⁰. Esto no requiere un cálculo de probabilidad⁵¹, basado, por ejemplo, en el número de personas asesinadas, heridas o desplazadas, pero requiere un análisis de la información cuantitativa y cualitativa evaluada en función de las circunstancias del solicitante (véanse los párrafos 89 a 92 de estas Directrices sobre el establecimiento de los hechos).

Sin riesgo diferencial

22. Como se menciona en el párrafo 17 de estas Directrices, una persona puede tener temores fundados de persecución que son compartidos por muchas otras personas, y en un grado similar o igual⁵². Una persona solicitante que huye de una situación de conflicto armado y violencia no está obligada a establecer un riesgo de daño más allá del de otras personas en una situación similar (a veces denominado “prueba diferencial”)⁵³. No se requiere un mayor nivel de riesgo para

⁴⁹ Por ejemplo, en Ruanda, en 1994, las mujeres tutsis fueron representadas en medios de comunicación controlados por los hutu como “agentes seductoras del enemigo”, así “articulando un esquema que convertía a los ataques sexuales en contra de las mujeres tutsi, en una consecuencia previsible del rol que se les atribuía” (traducción libre), ver *Fiscal c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze (Sentencia y Pena)*, ICTR-99-52-T, Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), 3 de diciembre de 2003, parr. 1079, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/404468bc2.html>.

⁵⁰ *Manual del ACNUR*, nota 26 supra, parr. 42.

⁵¹ *Servicio de Inmigración y Naturalización c. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421; 107 S. Ct. 1207; 94 L. Ed. 2d 434; 55 U.S.L.W. 4313, Corte Suprema de los Estados Unidos, 9 de marzo de 1987, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b68d10.html>, al desestimar un cálculo el juez Stevens consideró: “El análisis realizado por Alto Comisionado sobre el estándar de las Naciones Unidas es consistente con nuestro propio examen de los orígenes de la definición del Protocolo, así como las conclusiones de muchos académicos que han estudiado la materia. Simplemente no hay lugar en la definición de las Naciones Unidas para concluir que debido a que un solicitante sólo tiene un 10% de probabilidades de recibir un disparo, ser torturado o perseguido de alguna otra manera, él o ella no tiene un “temor fundado” de que ocurra tal situación”. (traducción libre).

⁵² *Surajnarain y Otros c. Ministro de Ciudadanía e Inmigración*, 2008 FC 1165, Canadá: Corte Federal, 16 de octubre de 2008, parr. 17, <http://www.refworld.org/docid/497f3bdc2.html>.

⁵³ *Ministerio de Inmigración y Asuntos Multiculturales c. Haji Ibrahim*, [2000] HCA 55, Australia: Tribunal Superior, 26 de octubre de 2000, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3deb737f7.html>, párrs. 66 y 70. El examen de la “prueba diferencial” fue considerada por el Lord Loyd de Berwick en *R c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, Ex parte Adan*, CO/872/98, Reino Unido: Cámara de los Lores (Comisión Judicial),

establecer fundados temores de persecución en situaciones de conflicto armado y violencia en comparación con otras situaciones.

23. Además, algunos tribunales se han referido a un “riesgo diferencial” para subrayar el requisito de un nexo causal entre el riesgo (es decir, fundados temores de persecución) y las razones de la persecución (es decir, uno o más motivos de la Convención). Sin embargo, esa formulación puede conducir a una confusión entre el elemento de riesgo y el requisito del nexo causal –que se aborda en los párrafos 32 y 33 de las presentes Directrices– y no es compatible con una aplicación adecuada de la definición de refugiado de la Convención de 1951⁵⁴.

Evaluación prospectiva del riesgo

24. La Convención de 1951 protege a las personas que –en el momento de la decisión– corren el riesgo de ser perseguidas en su país de origen, independientemente de si ya han sufrido persecución. La decisión sobre si una persona posee fundados temores de ser perseguida requiere una evaluación con miras al futuro de todos los hechos relevantes del caso (véanse los párrafos 89 a 92 de estas Directrices). A falta de un cambio relevante de circunstancias, se asume que las personas que han sufrido persecución en el pasado se encuentran en riesgo continuo de persecución⁵⁵.

25. Al evaluar el riesgo, es importante tener en cuenta el carácter fluctuante de muchas situaciones contemporáneas de conflicto armado y violencia. El cambio de los niveles de violencia o control sobre territorios y poblaciones es común en situaciones de conflicto armado y violencia. Por ejemplo, incluso si el nivel de violencia en el momento de la toma de la decisión es relativamente bajo, con el tiempo la situación de conflicto armado y violencia puede cambiar, aumentando el grado de riesgo y estableciendo fundados temores. Puede haber razones para el menor nivel de violencia en un momento determinado, como cuando las partes se están reagrupando o reestructurando, o se ha acordado un cese al fuego temporal. De manera similar, inclusive cuando la violencia no se haya desencadenado aún en una parte del país, puede ser previsible que la violencia se extienda allí, teniendo en cuenta el contexto general y la historia de la situación de conflicto armado y violencia, la trayectoria y mapeo de la violencia, la dinámica de poder en juego y otras condiciones en el país de origen de la persona solicitante. Los efectos de la violencia pasada también pueden elevarse al nivel de persecución, a pesar de la suspensión temporal de las hostilidades, y deben evaluarse cuidadosamente. Adicionalmente, la aplicación de acuerdos de paz y desmovilización puede conducir a que nuevos actores armados llenen los vacíos de poder, o a la consolidación de grupos integrados por antiguos miembros que no se han desarmado y reintegrado a la sociedad. Esto también requiere un análisis detallado que evolucione constantemente en respuesta a los acontecimientos locales en el país de origen.

Persecución por motivos sexuales y de género

26. La violencia sexual y de género, incluida la violación, la trata de personas, la esclavitud sexual y la esclavitud conyugal/ el matrimonio forzado, son formas comunes de persecución en muchas situaciones de conflicto armado y violencia⁵⁶. La violencia sexual y de género puede ser utilizada

2 de abril de 1998, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b6c914.html>. Véase también AM & AM (*Conflictos Armados: Categorías de Riesgo*) Somalia c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, nota 48 supra, párr. 72.

⁵⁴ Apelación de Refugio No. 71462/99, Tamil y un Ciudadano de la República Socialista Democrática de Sri Lanka c. División de la Condición de Refugiado del Servicio de Inmigración de Nueva Zelanda, 71462/99, Nueva Zelanda: Autoridad de Apelaciones para el Estatuto de Refugiado, 27 de septiembre de 1999, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b73cc.html>.

⁵⁵ Manual del ACNUR, nota 26 supra, párr. 45.

⁵⁶ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 1: La Persecución por Motivos de Género en el Contexto del artículo 1A (2) de la Convención*

como una táctica, estrategia o política ilegal y delictiva durante situaciones de conflicto armado y violencia, con el fin de abrumar y debilitar al adversario directa o indirectamente, victimizando a mujeres y niñas y/o hombres y niños⁵⁷. Independientemente de la motivación del perpetrador individual, la violencia sexual y de género puede formar parte de una estrategia militar o política deliberada para degradar, humillar, aterrorizar o destruir a las poblaciones civiles para la obtención de objetivos más amplios, o derivados de la discriminación de género y otras formas de discriminación, vinculándola así a uno o más de los motivos de la Convención⁵⁸.

27. Para muchas víctimas de violencia sexual y de género, tortura y otros actos de lesiones corporales y traumas psicológicos, el daño puede prolongarse mucho después de que el acto violento inicial haya sido cometido y la situación de conflicto armado y violencia haya terminado. Pueden correr el riesgo de sufrir daño reiterado⁵⁹ y/o las consecuencias psicológicas de sus experiencias pueden constituir persecución⁶⁰, en particular cuando las personas han sufrido un daño especialmente flagrante que hace intolerable su regreso al país de origen, incluso si no hay riesgo futuro de daño adicional⁶¹.

Agentes de persecución

28. En una situación de conflicto armado y violencia, la persecución puede emanar de actores estatales o no estatales y de una o más partes involucradas en la situación de conflicto armado y violencia⁶². La condición de refugiado puede justificarse en el caso de personas que corren el riesgo de sufrir daños por parte de actores de ambos o de todos los lados de estas situaciones. Los agentes de persecución pueden incluir las fuerzas armadas del Estado, sus agentes de seguridad o fuerzas de seguridad u otros órganos o grupos estatales, así como individuos de los cuales el

de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, 7 de mayo de 2002, HCR/GIP/02/01, párr. 9, ("Directrices del ACNUR sobre Persecución por Motivos de Género"), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>. ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional N° 9: Solicitudes de la Condición de Refugiado relacionadas con la Orientación Sexual y/o la Identidad de Género en el Contexto del Artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*, 23 de octubre de 2012, HCR/GIP/12/01, párr. 20, ("Directrices del ACNUR sobre Orientación Sexual y/o Identidad de Género"), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8986.pdf>. La violación, por ejemplo, se consideró una grave violación de los derechos humanos constitutiva de persecución en: SS (Adan –Violencia Sexual– Carta del ACNUR) *Burundi c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, CG [2004] UKIAT 00290, Reino Unido: Tribunal de Inmigración y Asilo/ Autoridad de Apelación de Inmigración, 29 de octubre de 2004, párr. 16, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/46836b180.html>. Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU), *Informe del Secretario General sobre violencia sexual relacionada con los conflictos*, 14 de marzo de 2013, 2013, A/67/792-S/2013/149, ("Informe del SGNU sobre violencia sexual relacionada con los conflictos"), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9575.pdf>.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Fiscal c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (los acusados del RUF)* (Sentencia), Caso No. SCSSL-04-15-T, Tribunal Especial para Sierra Leona, 2 de marzo de 2009, párr. 1347, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/49b102762.html>. *En re B (FC) (Apelante)* (2002). *Regina c. Juez Especial, Ex parte Hoxha (FC)*, [2005] UKHL 19, Reino Unido: Cámara de los Lores (Comisión Judicial), 10 de marzo de 2005, párr. 30, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/423ec7784.html>. Consejo de Seguridad, *Consejo de Seguridad resolución 2106 (2013) [sobre violencia sexual en conflictos armados]*, 24 de junio de 2013, S/RES/2106 (2013), párr. 1, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9577.pdf>.

⁵⁸ Resumen de Conclusiones del ACNUR en Ciudad del Cabo, nota 3 supra, párrs. 25 y 26. Informe del SGNU sobre violencia sexual relacionada con los conflictos, nota 56 supra, párr. 5.

⁵⁹ *Asunto de A-T*, 25 I&N Dic. 4 (BIA 2009), Junta de Apelaciones de Inmigración de los Estados Unidos, 4 de junio de 2009, disponible en inglés en, <http://www.refworld.org/docid/4a293b4a2.html>. *Bah c. Y-, Diallo c. Departamento de Seguridad Nacional, Diallo c. Departamento de Seguridad Nacional*, 529 F.3d 99, 103 (2ndo Cir. 2008), Segundo Circuito de Cortes de Apelaciones de Estados Unidos, 11 de junio de 2008, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/48d8a32c2.html>.

⁶⁰ *En re B (FC) (Apelante)* (2002). *Regina c. Juez Especial, Ex parte Hoxha (FC)*, nota 57 supra, párr. 36, en la cual la Baronesa Hale de Richmond consideró: "sufrir el insulto y la indignidad de ser considerado por su propia comunidad como "contaminado por la suciedad" porque uno ha sufrido los malos tratos de una violación particularmente brutal y deshumanizante... es el tipo de negación acumulativa de la dignidad humana que... es perfectamente viable considerar como persecución". (traducción libre).

⁶¹ *En re Y-T-L-*, 23 I&N Dic. 601 (BIA 2003), Junta de Apelaciones de Inmigración de los Estados Unidos, 22 de mayo de 2003, p 607, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/40449fa94.html>. *Khadija Mohammed c. Alberto R. Gonzales, Fiscal General; Khadija Ahmed Mohamed v. Alberto R. Gonzales, Fiscal General*, A79-257-632; 03-72265; 03-70803, Noveno Circuito de Cortes de Apelaciones de Estados Unidos, 10 de marzo de 2005, págs. 3085 a 3086, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/423811c04.html>. ACNUR, Intervención del ACNUR ante la Cámara de los Lores en el caso de *Zainab Esther Fornah (Apelante) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Demandado)*, 14 de junio de 2006, párr. 24(2), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/45631a0f4.html>.

⁶² Manual del ACNUR, nota 26 supra, párr. 65.

Estado es responsable o cuya conducta puede atribuirse al Estado⁶³. El Estado puede potenciar, dirigir, controlar, apoyar o tolerar las actividades de los llamados actores no estatales, de manera que sus acciones pueden en algunos casos ser atribuibles al Estado⁶⁴. Los agentes de persecución también incluyen actores no estatales como grupos paramilitares, milicias, insurgentes, bandidos, piratas, pandillas u organizaciones criminales⁶⁵, organizaciones terroristas, compañías militares o de seguridad privadas u otros grupos o individuos que participan en situaciones de conflicto armado y violencia. Un análisis de estos actores debe tener en cuenta que su carácter puede cambiar de una de estas categorías a otra o imposibilitar la categorización por completo. Los actores no estatales también pueden incluir vecinos, miembros de la familia y otros individuos.

29. En muchas situaciones de conflicto armado y violencia, la división entre actores estatales y no estatales no siempre es clara, especialmente cuando el poder cambia, las situaciones se superponen y las alianzas cambian o cuando actores no estatales penetran o corrompen las instituciones estatales y/o fuerzas del orden o fuerzas armadas del Estado⁶⁶. La incertidumbre durante un golpe de Estado en curso o logrado, por ejemplo, puede también nublar tales distinciones. Sin embargo, no es crucial determinar con precisión de quién puede emanar el temor de daño; siempre y cuando se establezca una amenaza, será suficiente para determinar fundados temores de persecución.

30. En los casos que involucran actores no estatales o actores no identificados, es necesario revisar el alcance en que el Estado puede y/o quiere proporcionar protección contra la persecución⁶⁷. Las particularidades de la situación de conflicto armado y violencia serán relevantes, ya que el Estado puede estar impedido para extender protección a las poblaciones afectadas, por ejemplo, en los casos en que ha perdido el control sobre su territorio y población o cuando dicho control es fluido o incierto. En tales situaciones, el Estado también puede no estar dispuesto a prestar protección.

Personas refugiadas sur place

31. Un temor fundado de persecución puede surgir después de que la persona solicitante haya dejado su país de origen, debido a circunstancias que surgieron en el país de origen durante la ausencia de la persona solicitante y/o como resultado de sus propias acciones después de que ha dejado el país de origen, haciendo del solicitante una persona refugiada *sur place*⁶⁸. En el contexto de las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia, una persona puede convertirse en refugiada *sur place* debido, por ejemplo, al estallido de una situación de conflicto armado y violencia, la intensificación de una situación preexistente pero latente de conflicto armado y violencia en su país de origen⁶⁹, o porque ha expresado objeciones o adoptado una postura contra la situación de conflicto armado y violencia.

⁶³ Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilicitos*, noviembre de 2001, Suplemento No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, artículos 4 a 7 y 11, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>. De conformidad con el artículo 10 del citado Proyecto de Artículos, el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole se considerará un acto del Estado conforme al derecho internacional, cuando el movimiento se convierte en el nuevo gobierno o cuando logra establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración.

⁶⁴ *Ibid.*, artículos 8 y 9. Directrices del ACNUR sobre Servicio Militar, nota 9 supra, párr. 42.

⁶⁵ Nota de Orientación del ACNUR sobre Pandillas, nota 12 supra, párr. 4.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, ACNUR, *Series sobre País de Origen: Guatemala: Documento de Antecedentes*, octubre 2013, RBA/COI/GUA/13/01, p. 11, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/53832fe84.html>.

⁶⁷ Directrices del ACNUR sobre Servicio Militar, nota 9 supra, párr. 43.

⁶⁸ *Manual del ACNUR*, nota 26 supra, párrs. 94 a 96.

⁶⁹ Por ejemplo, los mozambiqueños que se encontraban en Sudáfrica entre 1980 y 1985 podían ser considerados como personas refugiadas *sur place*, véase *Sudáfrica: Instrucción de Control de Pasaportes No. 20 de 1994 - Directrices para la Determinación del Estatuto de Refugiados de Mozambiqueños en Sudáfrica*, 1994, 1994, párr. 5 [de las Directrices], disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b5082c.html>.

B. “Por motivos de” uno o más motivos de la Convención

“Por motivos de” (nexo causal)

32. La intención o el motivo del perseguidor puede ser un factor relevante para establecer el nexo causal entre el temor de persecución y un motivo de la Convención de 1951. No obstante, la intención o el motivo del perseguidor no es necesario ni decisivo, sobre todo porque suele ser difícil de establecer⁷⁰, en particular en situaciones de conflicto armado y violencia. También puede establecerse un nexo causal por medio de las estrategias, tácticas o medios y métodos de guerra del perseguidor, por la incapacidad o falta de voluntad del Estado para brindar protección, o por el efecto o efectos de la situación de conflicto armado y violencia. La pregunta para orientar a las personas responsables de la toma de decisiones es: ¿las razones por las cuales la persona le teme a la situación, dentro del contexto general del país, se relacionan con un motivo de la Convención⁷¹?

33. Las situaciones de conflicto armado y violencia pueden estar basadas, motivadas o impulsadas por, y/o ser llevadas a cabo con arreglo a la raza, etnia, religión, política, género o grupos sociales, o pueden impactar a las personas basadas en estos factores. De hecho, lo que puede parecer una conducta indiscriminada (es decir, una conducta a través de la cual el perseguidor no busca atacar a individuos particulares)⁷², puede en realidad estar dirigida a comunidades enteras o áreas cuyos habitantes son partidarios reales o percibidos de una de las partes de la situación de conflicto armado y violencia. En raras ocasiones las situaciones actuales de conflicto armado y violencia se caracterizan por violencia que no se dirige de una manera u otra a poblaciones particulares, o que no tienen un efecto desproporcionado sobre una determinada población, estableciendo un nexo causal con uno o más de los motivos de la Convención. La persona que pertenece o es percibida como afiliada a una parte en particular en una situación de conflicto armado y violencia, a menudo es interpretada ampliamente por los actores en tales situaciones –y puede incluir una serie de personas, incluyendo miembros de la familia de los combatientes, así como todos aquellos que pertenecen a los mismos grupos religiosos o étnicos o que residen en determinados barrios, pueblos o ciudades. Un motivo de la Convención se implica regularmente a grupos de personas basándose en sus vínculos familiares, comunitarios, geográficos o de otra índole⁷³.

Motivos de la Convención

34. Las razones para temer persecución pueden ser múltiples. Uno o más motivos de la Convención pueden ser relevantes. Los motivos no son mutuamente exclusivos y con frecuencia se superponen⁷⁴. Un motivo de la Convención sólo debe ser un factor contribuyente; no es necesario que sea la causa dominante o única del temor de persecución.

35. Las situaciones de conflicto armado y violencia están regularmente basadas o motivadas por una variedad de razones o tienen consecuencias que afectan a varios grupos. Las situaciones de conflicto armado y violencia implican regularmente una mezcla de dimensiones étnicas, religiosas,

⁷⁰ Manual del ACNUR, nota 26 supra, párr. 66. Directrices del ACNUR sobre Servicio Militar, nota 9 supra, párr. 48.

⁷¹ Apelación de Refugio No. 72635/01, 72635/01, Nueva Zelanda: Autoridad de Apelaciones para el Estatuto de Refugiado, 6 de septiembre de 2002, párr. 168, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/402a6ae14.html>. J. C. Hathaway y M. Foster, *The Law of Refugee Status* (Cambridge University Press, 2014), págs. 376 a 379.

⁷² Elgafaji c. Secretario de Estado de Justicia, nota 17 supra, párr. 34.

⁷³ ACNUR, *Consideraciones de Protección Internacional con respecto a las Personas que Huyen de la República Árabe Siria, Actualización IV*, noviembre de 2015, párr. 17, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/5641ef894.html>. Arrest nr. 122 129, 122 129, Bélgica: Consejo de lo Contencioso en Materia de Extranjería, 4 de abril del 2014, (en holandés; hoja de portada disponible en inglés), <http://www.refworld.org/docid/582068524.html>.

⁷⁴ Manual del ACNUR, nota 26 supra, párr. 67.

sociales y políticas, con las partes involucradas operando conforme a líneas étnicas, religiosas o sociales y persiguiendo –o percibidas como persiguiendo– objetivos políticos y/o religiosos.

36. Aun cuando los motivos y los impulsores de conductas violentas o nocivas resultantes de o prevalecientes en situaciones de conflicto armado y violencia puedan parecer, a primera vista, criminales o con fines lucrativos, están regularmente interconectados con los motivos de la Convención⁷⁵. Por ejemplo, los grupos armados pueden crear empresas delictivas para financiar un conflicto étnico, religioso o político, o la violencia de pandillas u otros grupos armados, como por ejemplo cárteles de la droga, principalmente impulsados por las ganancias, también pueden tener como objetivo consolidar o ampliar la base de poder del grupo en la sociedad, caracterizando potencialmente la violencia como políticamente motivada⁷⁶. Tener como blanco a individuos, así como áreas enteras y poblaciones, a menudo tiene propósitos o vínculos étnicos, religiosos y/o políticos.

37. Expresar objeciones o tomar una postura neutral o indiferente ante las estrategias, tácticas o conducta de las partes en situaciones de conflicto armado y violencia, o negarse a unirse, apoyar, contribuir financieramente, tomar partido o de otra manera cumplir con las normas y costumbres de las partes involucradas en la situación pueden ser considerado –a los ojos del perseguidor-crítico de los objetivos políticos del perseguidor o como desviándose de las normas religiosas o sociales de los perseguidores⁷⁷. Tales objeciones, posturas o comportamientos pueden indicar o crear la percepción a los ojos del perseguidor de que la persona tiene una opinión política o (no) creencia religiosa, o tiene una vinculación o pertenece a un grupo étnico o social.

38. Las personas que ejercen determinados oficios, profesiones u ocupaciones pueden estar en peligro por razones, por ejemplo, de su opinión política real o percibida o (no)creencias religiosas⁷⁸. Sus actividades, función o su condición en la sociedad que se desprenden de o están asociados a su oficio, profesión u ocupación, pueden verse como una opinión real o percibida sobre un asunto en el que mecanismos del Estado, gobierno, sociedad o política pueden estar involucrados⁷⁹, en particular, en un país en conflicto. Por ejemplo, los periodistas y otros profesionales de los medios de comunicación, así como los defensores de los derechos humanos y del Estado de derecho, pueden reportar de manera factual o crítica sobre la conducta de ciertos actores, los profesionales médicos que tratan a los combatientes de la oposición pueden ser vistos como apoyando a la oposición, trabajadores humanitarios que continúan con su trabajo humanitario

⁷⁵ Apelación de Refugio No. 76289, No. 76289, Nueva Zelanda: Autoridad de Apelaciones para el Estatuto de Refugiado, 8 de mayo de 2009, párr. 43, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4a2e2a5e2.html>. Emilia Del Socorro Gutiérrez Gómez c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, 00/TH/02257, Reino Unido: Tribunal de Inmigración y Asilo/Autoridad de Apelación de Inmigración, 24 de noviembre de 2000, párrs. 43, 44, 50, 51 y 73(XI), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/40487df64.html>. Osorio c. Servicio de Inmigración y Naturalización, 18 F.3d 1017: 1994 U.S. App. LEXIS 4170, Segundo Circuito de Cortes de Apelaciones de Estados Unidos, 7 de marzo de 1994, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b70e7.html>.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, NS (Grupo Social - Mujeres - Matrimonio Forzado) Afganistán c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, CG [2004] UKIAT 00328, Reino Unido: Tribunal de Inmigración y Asilo/Autoridad de Apelación de Inmigración, 30 de diciembre de 2004, párr. 69, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/42c928984.html>; y Emilia Del Socorro Gutiérrez Gómez c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, nota 75 supra, párr. 40.

⁷⁷ RT (Zimbabwe) y otros c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, [2012] UKSC 38, Reino Unido: Corte Suprema, 25 de julio 2012, párr. 42, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/500fdacb2.html>. ACNUR, Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Apelante) c. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) y AM (Zimbabwe) (Demandados) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Interesado) – Caso para el Interesado, 25 de mayo de 2012, 2011/0011, párr. 10, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4fc369022.html>. Souad Noune c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, C 2000/2669, Reino Unido: Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), 6 de diciembre de 2000, Schiemann L.J., párrs. 8(5) y 28(5), disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/558bcbad4.html>.

⁷⁸ M Foster, *The 'Ground with the Least Clarity': A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to 'Membership of a Particular Social Group'*, agosto 2012, ACNUR PPLA/2012/02, capítulo 5.7.3, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4f7d94722.html>. Emilia Del Socorro Gutiérrez Gómez c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior, nota 75 supra, párr. 46.

⁷⁹ G. S. Goodwin-Gill y J. McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pág. 87. Canadá (Fiscal General) c. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, Canadá: Corte Suprema, 30 de junio de 1993, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b673c.html>.

pueden ser percibidos como ayudando al “enemigo”⁸⁰, y los líderes religiosos pueden convertirse en partidarios, o ser percibidos como partidarios, de una de las partes.

39. Las solicitudes que impliquen persecución por razones de género pueden ser analizadas bajo cualquiera de los motivos de la Convención, es decir, en relación con opiniones políticas reales o percibidas, etnicidad⁸¹ y/o religión o grupo social (género)⁸².

C. Alternativa de huida interna o reubicación

40. La relevancia de una alternativa de huida interna o reubicación en situaciones de conflicto armado y violencia debe ser cuidadosamente evaluada. Las situaciones de conflicto armado y violencia se caracterizan a menudo por combates generalizados, frecuentemente fluidos, con cambiantes fronteras y/o incrementos en la violencia, y a menudo involucran una variedad de actores estatales y no estatales que pueden no ser fácilmente identificables, operando en diversas áreas geográficas. Además, estas situaciones a menudo afectan gravemente las estructuras estatales y sociales y los sistemas de apoyo (véase el párrafo 19 de estas Directrices), lo cual crea dificultades para la población civil. La situación humanitaria de las poblaciones civiles que viven en zonas afectadas por situaciones de conflicto armado y violencia es a menudo grave, como consecuencia del bloqueo de las rutas de suministro y de las restricciones a la ayuda humanitaria y libertad de circulación. Teniendo en cuenta estos factores, en muchas situaciones de conflicto armado y violencia, no puede ser relevante ni razonable aplicar una alternativa de huida interna o reubicación.

41. Sólo cuando la situación de conflicto armado y violencia y su impacto están geográficamente limitados y confinados a un sector específico del país sería pertinente evaluar si existe una alternativa de huida interna o reubicación⁸³. En tales situaciones, es necesario realizar un examen cuidadoso de la accesibilidad práctica, legal y de seguridad de la zona alternativa identificada, en particular para la persona afectada, y la capacidad del Estado u otra entidad para proporcionar una protección efectiva. La protección debe ser proporcionada por una autoridad organizada y estable que ejerza un control total sobre el territorio y la población en cuestión⁸⁴. Sería inadecuado equiparar el ejercicio de una determinada autoridad administrativa y el control sobre el territorio por parte de organizaciones internacionales o agentes no estatales, con la protección nacional proporcionada por un Estado⁸⁵. Este control es a menudo transitorio o temporal y sin la amplitud de funciones requeridas de un Estado, incluyendo la capacidad de readmitir a los nacionales al territorio o ejercer otras funciones básicas del gobierno. Específicamente, las entidades no estatales y organismos no tienen los atributos de un Estado. Su capacidad para hacer cumplir la ley es limitada. Además, para determinar si la alternativa de huida interna o reubicación es razonable, debe evaluarse cuidadosamente la posibilidad de la persona de vivir en condiciones de seguridad sin dificultades excesivas, y donde sus derechos humanos sean garantizados. Además, y en particular, debe tenerse en cuenta la probable propagación de la situación de conflicto armado

⁸⁰ ACNUR, *Directrices de Elegibilidad del ACNUR para Evaluar las Necesidades de Protección Internacional de los Solicitantes de Asilo de Iraq*, 31 de mayo de 2012, HCR/EG/IRQ/12/03, página 20 y 31, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4fc77d522.html>.

⁸¹ Etnia real o percibida está cubierta por las causas raza y/o nacionalidad de la Convención, véase, por ejemplo, Manual del ACNUR, nota 26 supra, párrs. 68 y 74 y Directrices del ACNUR sobre Persecución por Motivos de Género, nota 56 supra, párrs. 24 (raza) y 27 (nacionalidad).

⁸² Directrices del ACNUR sobre Persecución por Motivos de Género, nota 56 supra, párs. 25 (religión), 28 a 31 (pertenencia a un determinado grupo social), y 32 a 34 (opinión política). Directrices del ACNUR sobre Orientación Sexual y/o Identidad de Género, nota 56 supra, párrs. 42 y 43 (religión), 44 a 49 (pertenencia a un determinado grupo social), y 50 (opinión política).

⁸³ Manual del ACNUR, nota 26 supra, pár. 91. Para una orientación del ACNUR sobre una evaluación adecuada de una alternativa de huida interna o reubicación, véase, ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 4: La “Alternativa de Huida Interna o Reubicación” en el Contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 23 de julio de 2003, HCR/GIP/03/04, (“Directrices del ACNUR sobre AHI”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2551.pdf>.

⁸⁴ Directrices del ACNUR sobre AHI, nota 83 supra, pár. 17.

⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 16 y 17.

y violencia a nuevas zonas (véanse los párrafos 25 y 40 de estas Directrices)⁸⁶. No es razonable esperar que alguien se traslade a una zona de conflicto armado y violencia activa.

42. La presencia de personas desplazadas internas, incluidas las que reciben asistencia internacional, en una parte del país, no es necesariamente prueba de la razonabilidad de una propuesta de alternativa de huida interna o reubicación en esa parte del país⁸⁷. Las personas desplazadas internas a menudo no gozan de derechos básicos⁸⁸ y pueden sufrir miseria económica o un nivel de vida por debajo de lo adecuado para subsistir, lo cual sería prueba de la irracionabilidad de la alternativa de huida interna o reubicación propuesta⁸⁹. También es necesario considerar la capacidad de las autoridades locales para proporcionar protección contra daños, así como si se respetan los derechos humanos, en particular los derechos no derogables⁹⁰. Además, en algunas situaciones, el desplazamiento interno puede ser el resultado de políticas de depuración étnica, o similares, en violación de las prohibiciones de traslado forzoso y desplazamiento arbitrario bajo el DIH en el contexto de un conflicto armado. En tales circunstancias, no se debe presumir que existe una alternativa de huida interna o reubicación⁹¹.

43. Igualmente, las “zonas protegidas”⁹² o “zonas seguras”⁹³ y otras áreas similares no deben considerarse necesariamente una alternativa de huida interna o reubicación relevante o razonable. En virtud del DIH, las zonas protegidas acordadas por los beligerantes en cuestión se establecen como medidas para proteger a la población civil y a otras categorías de personas protegidas (por ejemplo, los heridos y enfermos, incluidos los combatientes / contendientes heridos y enfermos) de los efectos del conflicto armado. De manera similar, las “zonas seguras” y otras áreas similares establecidas sobre la base de resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pretenden evitar que ciertas áreas y personas caigan en manos enemigas, aunque su establecimiento y aplicación difieran de las “zonas protegidas” del DIH. A pesar del objetivo general de estas zonas y áreas, la seguridad de las personas que viven en dichas zonas y áreas puede verse comprometida, como resultado de asedios, o ataques contra la zona o área y la población de la misma.

III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO I(2) DE LA CONVENCIÓN DE LA OUA DE 1969

44. El artículo 1(1) de la Convención de la OUA de 1969 reproduce la definición de refugiado contenida en el artículo 1A(2) de la Convención de 1951, modificada por el Protocolo de 1967⁹⁴, mientras que el artículo 1(2) ofrece protección como refugiada a:

⁸⁶ *Ibid.*, párrs. 17 y 27 a 30.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 31.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 32.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 29. Véase también, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, nota 45 supra, párr. 291.

⁹⁰ Directrices del ACNUR sobre AHI, nota 83 supra, párr. 28.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 31.

⁹² El término “zonas protegidas” es el término general utilizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para todas las zonas pertinentes estipuladas en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I, y véanse los artículos 35 a 37 del DIH consuetudinario, en: J. -M. Henkaerts y L. Doswald- Beck (eds.), *Customary International Law, Volume I: Rules* (Cambridge University Press, 2005), págs. 119-126. Las bases jurídicas para establecer zonas protegidas en el contexto de un conflicto armado en el sentido del DIH se encuentran en el artículo 23 del Primer Convenio de Ginebra, nota 38 supra, artículo 14 (zonas y localidades sanitarias y de seguridad) y 15 (zonas neutralizadas) del Cuarto Convenio de Ginebra, nota 13 supra, y artículo 59 (localidades no defendidas) y 60 (zonas desmilitarizadas) del Protocolo I de los Convenios de Ginebra, nota 13 supra.

⁹³ En varias ocasiones, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha pedido la creación de “zonas seguras”, véase, por ejemplo, CSNU Res. 787 (1992), 16 de noviembre de 1992; CSNU Res. 819 (1993), 16 de abril de 1993; CSNU Res. 824 (1993), 6 de mayo de 1993; CSNU Res. 918 (1994), 17 de mayo de 1994; y CSNU Res. 929 (1994), 22 de junio de 1994.

⁹⁴ Contrario al artículo 1A(2) de la Convención de 1951, el artículo 1(1) de la Convención de la OUA de 1969 no incluye la limitación temporal de los fundados temores como consecuencia de “acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951”; una limitación que posteriormente se eliminó con la adopción del Protocolo de 1967, artículo 1(2).

"toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad".

A. Consideraciones preliminares para guiar la interpretación

45. Al aplicar la definición de la Convención de la OUA de 1969, debe tenerse presente la primacía de la Convención de 1951, dada su condición de "instrumento fundamental y universal" para la protección de las personas refugiadas⁹⁵. Tras la aprobación del Protocolo de 1967, que convirtió a la Convención de 1951 en el instrumento mundial para la protección de las personas refugiadas, la Convención de la OUA de 1969 buscó en gran medida abordar los desafíos específicos de los países africanos para responder a las crisis de refugiados en el continente.

46. La Convención de la OUA de 1969 es un instrumento ampliamente ratificado y jurídicamente vinculante⁹⁶, orientado a la protección y la asistencia humanitaria⁹⁷ y refleja la solidaridad en el ámbito de África⁹⁸. Reafirma específicamente la importancia de la institución del asilo⁹⁹, el principio de no devolución¹⁰⁰ y no discriminación¹⁰¹, los deberes de las personas refugiadas¹⁰² y la búsqueda de soluciones duraderas, incluido el respeto al carácter voluntario de la repatriación¹⁰³. También se hace énfasis en la cooperación con la Unión Africana y el ACNUR¹⁰⁴, y exhorta a todos los Estados Miembros de la OUA (ahora Unión Africana) a que se adhieran a la Convención de 1951¹⁰⁵.

Alcance de la definición de la Convención de la OUA de 1969

47. De conformidad con el significado ordinario de los términos, la definición de la Convención de la OUA de 1969 se aplica a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado Parte y no se limita a las personas cuyo país de origen o nacionalidad se encuentra en África.

48. El artículo 1(2) de la Convención de la OUA de 1969 es la primera definición de refugiado de su tipo que se aleja de la conducta persecutoria hacia situaciones más generalizadas o llamadas "objetivamente" identificables. La definición de la OUA de 1969 reconoce que la obligación de las personas de abandonar su país puede ocurrir no sólo como resultado de la conducta de actores

⁹⁵ Convención de la OUA de 1969, nota 4 supra, noveno párrafo del preámbulo.

⁹⁶ Hasta la fecha, 46 de los 54 Estados miembros de la Unión Africana (UA) han ratificado la Convención de la OUA de 1969. Yibuti, Eritrea, Madagascar, Mauricio, Namibia, Santo Tomé y Príncipe y Somalia firmaron, pero no ratificaron ni se adhirieron a la Convención de la OUA de 1969. Sólo la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) no ha firmado ni ratificado o adherido a la Convención de la OUA de 1969. Marruecos es parte en la Convención de la OUA de 1969, pero no es un Estado Miembro de la Unión Africana.

⁹⁷ Convención de la OUA de 1969, nota 4 supra, segundo párrafo del preámbulo.

⁹⁸ *Ibid.*, octavo párrafo del preámbulo.

⁹⁹ *Ibid.*, artículo II. El derecho a solicitar y recibir asilo está reconocido en el artículo 12(3) de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Organización de la Unidad Africana (OUA), *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* ("Carta de Banjul"), 27 de junio de 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

¹⁰⁰ Convención de la OUA de 1969, nota 4 supra, artículo II(3).

¹⁰¹ *Ibid.*, artículo IV.

¹⁰² *Ibid.*, artículo III.

¹⁰³ *Ibid.*, artículo II(5), refiriéndose al derecho de residencia, a la residencia temporal y al reasentamiento. El derecho a la repatriación voluntaria está regulado en el artículo V de la Convención de la OUA de 1969.

¹⁰⁴ *Ibid.*, onceavo párrafo del preámbulo y artículos VII y VIII.

¹⁰⁵ Hasta la fecha, de los 54 Estados miembros de la Unión Africana, sólo las Comoras, Eritrea, Libia, Mauricio y Sudán del Sur no han firmado ni ratificado la Convención de 1951 ni su Protocolo de 1967. Madagascar es parte de la Convención de 1951 pero no del Protocolo de 1967. Madagascar y la República del Congo continúan reconociendo la limitación geográfica de la Convención de 1951. Por último, Cabo Verde es parte del Protocolo de 1967, pero no de la Convención de 1951.

estatales o no estatales en el país de origen de la persona refugiada, sino también como consecuencia de la pérdida de autoridad o control del gobierno a causa de agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público¹⁰⁶. La definición de la OUA de 1969 se centra en situaciones que obligan a las personas a abandonar sus países en busca de seguridad y refugio.

B. Elementos de la definición de la Convención de la OUA de 1969

49. El artículo 1(2) de la Convención de la OUA de 1969 protege como refugiados a personas que (i) se encuentran fuera de su país de origen¹⁰⁷, (ii) estando obligadas a abandonar su lugar residencia habitual, (iii) porque una o más de las situaciones enumeradas en la definición existen en su país de origen o nacionalidad. Estos elementos de la definición de la Convención de la OUA de 1969 se explican a continuación y deben considerarse como parte de una evaluación holística de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Persona obligada a abandonar su lugar de residencia habitual

50. Al incluir el lenguaje de “obligación” en la definición, el artículo 1(2) de la Convención de 1969 de la OUA hace hincapié en la gravedad de la situación. El verbo “obligar” significa ‘instar irresistiblemente, condicionar, imponer, forzar¹⁰⁸’. La referencia al “lugar de residencia habitual” debe entenderse como parte de la obligación de huir y buscar refugio fuera del país de origen o de nacionalidad, es decir, la situación debe tener un impacto en el lugar de residencia habitual de la persona. El elemento de “lugar de residencia habitual” no tiene otro efecto jurídico distinto. Por lo tanto, cuando la situación en concreto es lo suficientemente grave como para que sea objetivamente razonable que una persona abandone su lugar de residencia habitual y busque refugio en otro país, debe ser protegida¹⁰⁹.

51. El artículo 1(2) de la Convención de 1969 de la OUA no exige una amenaza o riesgo de daño personalizado o discriminatorio¹¹⁰. Grupos enteros de personas o toda una población pueden verse afectados por la situación y verse obligados a abandonar sus lugares de residencia habitual debido a la situación en cuestión. Dado que el artículo 1(2) hace hincapié en la evaluación de la gravedad de la situación en cuestión más que en los motivos de huida o riesgo de daño, las personas responsables de la toma de decisiones deben evaluar si huir del país de origen o nacionalidad es objetivamente razonable.

Personas refugiadas sur place

¹⁰⁶ J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, 1991), 17.

¹⁰⁷ La frase “país de origen, o del país de su nacionalidad” se refiere al país de la nacionalidad de la persona o, en el caso de las personas apátridas, la referencia al “país de origen” puede asimilarse al “país donde antes tuviera su residencia habitual” del artículo 1A(2) de la Convención de 1951. Para acogerse a la protección de la Convención de la OUA de 1969, la persona solicitante debe estar fuera de su país de origen o nacionalidad.

¹⁰⁸ La versión en inglés de la Convención de 1969 de la OUA utiliza el verbo “compel”, definido en *The Oxford English Dictionary* 2nda edición, OED online, 2015, Oxford University Press. La traducción no oficial en español utiliza el verbo “obligar” (NdE).

¹⁰⁹ Radjabu c. El Presidente del Comité Permanente de Asuntos de Refugiados, 8830/2010, Sudáfrica: Suprema Corte, 4 de septiembre de 2014, pár. 6, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/540874f94.html>. El criterio “objetivamente razonable para abandonar” se refiere al significado ordinario de la palabra “obligada” (en inglés “compelled”). Según la Corte, el factor predominante es la obligación más que la voluntad, por la cual la determinación de si una persona califica para la condición de refugiado según la definición regional, requiere una evaluación de la existencia de circunstancias objetivamente verificables en el país de origen de la persona, correspondientes a cualquiera de las estipuladas en la definición y si su efecto sobre dicha persona ha sido tal que le obligó a abandonar el lugar donde habitualmente residía.

¹¹⁰ El artículo 1(2) de la Convención de la OUA de 1969 no ignora el riesgo de daño, como se desprende de la frase “está obligada a abandonar” de la definición, leída en conjunto con el principio de no devolución establecido en el artículo II(3) de la Convención de la OUA de 1969, que protege a las personas de ser devueltas a un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas. Sin embargo, una amenaza o riesgo de daño no es un requisito necesario para obtener protección bajo la definición regional.

52. Las solicitudes *sur place* son aceptadas bajo la Convención de la OUA de 1969, en consonancia con la interpretación de la Convención de 1951 (véase el párrafo 31 de estas Directrices).

Situaciones que obligan a huir

53. A las situaciones mencionadas en el artículo 1(2) de la Convención de 1969 de la OUA, se les debe dar su significado ordinario en el contexto y teniendo en cuenta su objetivo y propósito (de protección)¹¹¹. Deben también interpretarse, siempre que sea posible, de tal manera que sigan siendo relevantes y aplicables a situaciones que no eran previsibles cuando se redactó la Convención de la OUA de 1969.

54. La situación puede ser el resultado de una “agresión externa”, es decir, la agresión por medio del uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas¹¹². Estas situaciones pueden incluir conflictos armados impulsados por injerencia externa o que han ingresado de Estados vecinos, incluyendo debido a la presencia de (miembros de) fuerzas armadas de otro Estado o a incursiones de grupos armados extranjeros.

55. Las situaciones de conflicto armado y violencia también pueden acompañar o ser el resultado de “ocupación”, es decir, una situación en la que el territorio está realmente bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas armadas de un Estado extranjero hostil¹¹³. Este también puede ser el caso de otras situaciones no clasificadas como “ocupación” en el sentido del DIH, donde un grupo o grupos armados de dentro o fuera del país ejercen control sobre el territorio¹¹⁴. Las situaciones de conflicto armado y violencia también pueden acompañar o ser el resultado de “dominación extranjera”, es decir, el control político, económico o cultural de un Estado por parte de (agentes de) uno o más Estados, asociación de Estados u organizaciones internacionales gobernadas por Estados¹¹⁵.

56. La frase “acontecimientos que perturben gravemente el orden público” debe interpretarse, en consonancia con el objetivo y fin humanitario de la Convención de la OUA de 1969, para incluir acontecimientos que afecten el mantenimiento del orden público (*ordre public*) basado en el respeto del Estado de derecho y la dignidad humana a tal punto que la vida, la seguridad y la libertad de las personas son puestas en peligro¹¹⁶. El umbral de “gravemente” se refiere a eventos de desorden público que puedan perturbar el funcionamiento normal de las instituciones del Estado y afectar la seguridad interna y externa y la estabilidad del Estado y la sociedad. Dichos eventos pueden clasificarse como un CAI o CANI en el sentido del DIH, pero también pueden incluir eventos no categorizados como conflicto armado en el sentido del DIH, que involucran

¹¹¹ EXCOM Conclusión No. 103 (LVI), 2005, pár. (c).

¹¹² Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, artículo 2(4) y Capítulo VII, (“Carta de la ONU”), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0002.pdf>. Artículo 1 la Asamblea General de la ONU, *Definición de la Agresión*, 14 de diciembre de 1974, A/RES/3314, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5517.pdf>, y artículo 3, el cual incluye una lista no exhaustiva de los actos que califica como actos de agresión. Véase también, artículo 8bis del Estatuto de Roma CPI, nota 32 supra.

¹¹³ *Convención de La Haya (IV) Relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y sus Anexos: Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre*, 18 de octubre de 1907, artículo 42, http://www.cruzroja.es/dih/pdf/II_convenio_de_la_haya_de_1899_relativa_a_leyes_usos_guerra_terrestre_y_reglamento_anexo.pdf. Véase también *Chiragov y Otros v. Armenia*, Demanda no. 13216/05, Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de junio de 2015, pár. 96, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/5582d29d4.html>.

¹¹⁴ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Declaración de la Comisión Africana sobre la Situación Actual de los Derechos Humanos en Mali*, 18 de enero de 2013, disponible en inglés en, <http://www.refworld.org/docid/5108d96a2.html>.

¹¹⁵ Carta de Banjul, nota 99 supra, artículo 20(3): “Todos los pueblos tendrán derecho a la ayuda de los Estados firmantes de la presente Carta en su lucha por la liberación de la dominación extranjera, ya sea política, económica o cultural”.

¹¹⁶ ACNUR, *Personas Cubiertas por la Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África y por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (Presentada por el Grupo Africano y el Grupo Latinoamericano)*, 6 de abril de 1992, EC/1992/SCP/CRP.6, <http://www.refworld.org/docid/3ae68cd214.html>.

violencia por o entre diferentes grupos de la sociedad o entre el Estado y actores no estatales¹¹⁷. El motivo de “acontecimientos que perturben gravemente el orden público” parece ser el elemento principal del artículo 1(2) de la Convención de la OUA de 1969, en virtud del cual se determina la condición de refugiado¹¹⁸.

57. Una perturbación grave del orden público puede ser motivada por actos o incidentes puntuales o por una serie de actos o incidentes de carácter sistemático o acumulativo, en respuesta a los cuales el Estado no está dispuesto o no puede proporcionar protección. De acuerdo con el significado ordinario de los términos de la definición, “acontecimientos que perturben gravemente el orden público” pueden ocurrir en cualquier parte o en todo el país. Las situaciones que han llevado al gobierno a declarar estado de emergencia pueden ser un indicador importante, aunque innecesario, del motivo, aunque cada situación debe ser evaluada individualmente¹¹⁹.

58. Los “acontecimientos que perturben gravemente el orden público” también incluyen situaciones de violencia generalizada, es decir, amplia violencia que afecta a grandes grupos de personas o poblaciones enteras, violaciones graves y/o masivas de los derechos humanos o acontecimientos caracterizados por la pérdida de control gubernamental y su incapacidad o la falta de voluntad para proteger a su población - incluidas las situaciones caracterizadas por controles sociales represivos y coercitivos por parte de actores no estatales, a menudo procuradas a través de la intimidación, el acoso y la violencia.

59. Los indicadores factuales de acontecimientos que perturban gravemente el orden público incluyen: un estado de emergencia declarado; violaciones del DIH, incluidos los crímenes de guerra¹²⁰; actos de terrorismo; un número significativo de personas asesinadas, heridas o desplazadas; el cierre de escuelas; la falta de alimentos, servicios y suministros médicos y otros servicios vitales como el agua, la electricidad y el saneamiento; un cambio o colapso de las instituciones y servicios gubernamentales, los sistemas políticos o la policía y el sistema de justicia; la imposición de sistemas de justicia y administrativos paralelos o informales; y/o actores no estatales controlando territorio del Estado.

C. Alternativa de huida o reubicación interna

60. Considerar la reubicación interna no es generalmente relevante para la determinación de la condición de refugiado en virtud del artículo 1(2) de la Convención de la OUA de 1969¹²¹. El artículo 1 (2) cubre ambas situaciones que afectan tanto “parte” como a “la totalidad” del territorio de la persona refugiada¹²². Ya que el artículo 1(2) se enfoca en situaciones que afectan gravemente las estructuras estatales y sociales, no puede exigirse a las personas que se reubiquen a otras partes del país, aunque la situación en estas partes pueda estar menos afectada. La única excepción sería cuando la situación se limita indiscutiblemente a una parte particular del país o a una región o ciudad en particular, y donde el Estado es capaz y está dispuesto a proteger a sus ciudadanos en otras áreas. Considerar la probable propagación de la situación y de la violencia y desorden que la acompañan a otras áreas, tendría que evaluarse cuidadosamente, con una perspectiva con miras al futuro.

¹¹⁷ Véase el párrafo 5 de estas Directrices. Véase también, artículo 1(2) del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, nota 14 supra.

¹¹⁸ M. Sharpe, ‘The 1969 OAU Refugee Convention in the Context of Individual Refugee Status Determination’, en V. Türk, A. Edwards y C. Wouters (eds.), *In Flight from Conflict and Violence. UNHCR’s Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection* (Cambridge University Press y ACNUR, a publicarse en 2017), 133.

¹¹⁹ ICCPR, nota 34 supra, artículo 4. También, Comentario General 29 del HRC, nota 43 supra.

¹²⁰ Estatuto de Roma CPI, nota 32 supra, artículo 8.

¹²¹ Directrices del ACNUR sobre AHI, nota 83 supra, párr. 5.

¹²² *Compendio de decisiones (No 2 - 2008)*, Benín: Comité de Elegibilidad para la condición de refugiado, 2008, p. 97, disponible en francés en <http://www.refworld.org/docid/563cede14.html>. Véase también, A. Edwards, ‘Refugee Status Determination in Africa’ (2006) 14 *Afr J Int'l Comp L* 227.

IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LA CONCLUSIÓN III(3) DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA DE 1984

A. Consideraciones preliminares para guiar la interpretación

61. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados es un instrumento regional de protección, adoptado en 1984 por un grupo de expertos de varios países de América Central y del Sur¹²³. Fue el resultado de un coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia. Su adopción representó una respuesta humanitaria y pragmática a los movimientos de personas de conflictos y otras situaciones caracterizadas por amenazas indiscriminadas a la vida, seguridad o libertad. La Declaración de Cartagena ratifica la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria del asilo y del principio de no devolución; la importancia de buscar activamente soluciones duraderas; y la necesidad de coordinar y armonizar los sistemas universales y regionales y los esfuerzos nacionales¹²⁴.

62. La Conclusión III(3) de la Declaración de Cartagena recomienda considerar como refugiadas a las:

“personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”¹²⁵.

63. La definición de refugiado de Cartagena ha alcanzado una posición particular en la región, sobre todo a través de su incorporación en las leyes nacionales y su aplicación en la práctica¹²⁶. La autoridad de la definición de refugiado de Cartagena ha sido reafirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹²⁷, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994)¹²⁸, la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004)¹²⁹, la Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano (2010)¹³⁰ y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014)¹³¹.

64. Como instrumento de protección, la Declaración de Cartagena tiene en su fundamento el compromiso de asegurar el trato proporcionado por la Convención de 1951 a todas las personas

¹²³ Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela.

¹²⁴ Véase, respectivamente, la Conclusión III(4) sobre el derecho de asilo; Conclusión III(5) sobre el principio de no devolución; Conclusión III(11) sobre integración y Conclusión III(12) sobre la repatriación voluntaria; y las Conclusiones III(14) a (17) sobre cooperación, coordinación y armonización.

¹²⁵ El texto original en español de la Conclusión III(3) de la Declaración de Cartagena se refiere a “seguridad”, que se traduce correctamente al inglés como “security” en lugar de “safety”, que es la palabra utilizada en la Declaración de Cartagena en su versión en inglés, nota 5 supra.

¹²⁶ Hasta la fecha, la definición de refugiado de Cartagena se ha incorporado a la legislación nacional de 14 países: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. Adicionalmente, la Corte Constitucional de Ecuador ha ordenado que se restablezca la definición regional dentro del marco jurídico nacional en septiembre de 2014: *Sentencia No 002-14-SIN-CC*, Ecuador: Corte Constitucional, 14 de agosto de 2014, <http://www.refworld.org/docid/578f56084.html>.

¹²⁷ *Opinión Consultiva OC-2/82 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental Del Uruguay: Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, OC-21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 19 de agosto de 2014, párrs. 76, 77, 79 y 249, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf>.

¹²⁸ *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas*, 7 de diciembre de 1994, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0012.pdf>.

¹²⁹ *Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, 16 de noviembre de 2004, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016.pdf>.

¹³⁰ *Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano*, 11 de noviembre de 2010, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8133.pdf>.

¹³¹ *Declaración y Plan de Acción de Brasil*, 3 de diciembre de 2014, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867.pdf>.

refugiadas¹³². Se inspiró en la Convención de la OUA de 1969, así como en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹³³. Su interpretación debe basarse en el derecho internacional y regional, especialmente en las normas y estándares de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948¹³⁴, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹³⁵, y en la jurisprudencia en evolución de los órganos interamericanos de derechos humanos.

65. Además, como un instrumento de enfoque humanitario y de protección, la Declaración de Cartagena exige una interpretación inclusiva, evolutiva y flexible de la definición de refugiado¹³⁶. Cuando el significado ordinario no esté claro, el texto debe ser objeto de una interpretación teleológica o conforme a su propósito.

Alcance de la definición de refugiado de Cartagena

66. La definición de refugiado de Cartagena proporciona protección internacional a las personas que huyen de las amenazas resultantes de circunstancias “objetivamente” identificables que han alterado seriamente el orden público. Las circunstancias a las que se refiere la definición de refugiado de Cartagena se caracterizan por la naturaleza indiscriminada, impredecible o colectiva de las amenazas que representan para la vida o vidas, seguridad o libertad de una persona o grupo de personas, o incluso para las poblaciones en general. La definición de refugiado de Cartagena se enfoca en la exposición de las personas a las amenazas inherentes a las circunstancias mencionadas.

67. Ya que la definición del refugiado de Cartagena se centra en las amenazas indiscriminadas, se recomienda a las personas responsables de la toma de decisiones adoptar un enfoque coherente para las personas que huyen de circunstancias similares en el mismo país. Esto contribuye a abordar las brechas de protección en la región y a garantizar resultados más consistentes entre los casos.

B. Elementos de la definición de refugiado de Cartagena

68. La definición de refugiado de Cartagena protege como refugiadas a las personas que: (i) están fuera de su país¹³⁷, (ii) porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas, (iii) como resultado de circunstancias mencionadas en la definición existentes en su país. Los elementos particulares de la definición de refugiado de Cartagena se explican a continuación. Estos elementos deben considerarse como parte de una evaluación holística.

Personas refugiadas sur place

69. Las solicitudes *sur place* son aceptadas bajo la definición de refugiado de Cartagena, en consonancia con la interpretación de la Convención de 1951 (véase el párrafo 31 de estas Directrices).

¹³² Declaración de Cartagena, nota 5 supra, Conclusión III(8). Véase también Recomendación E del Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de 1951, Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, 25 de julio de 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5552.pdf>.

¹³³ Véase el texto de la Declaración de Cartagena, nota 5 supra, Conclusión III(3).

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 2 de mayo de 1948, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0025.pdf>.

¹³⁵ Declaración de Cartagena, nota 5 supra, la Conclusión III(8) y 10 hacen referencia explícita a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, nota 43 supra.

¹³⁶ EXCOM Conclusión No. 103 (LVI), 2005, párr. (c).

¹³⁷ A efectos de la definición de la Declaración de Cartagena, la referencia a “sus países” en la frase “personas que han huido de sus países”, debe interpretarse en consonancia con la Convención de 1951, como el país de nacionalidad de la persona o, en el caso de las personas apátridas, el país de su anterior residencia habitual.

Circunstancias que obligan a huir

70. Estas circunstancias referidas en la definición de refugiado de Cartagena incluyen, pero no se limitan a, violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos y violaciones masivas de los derechos humanos. Además, otras circunstancias que han perturbado gravemente el orden público en el país también pueden resultar en amenazas a la vida, seguridad o libertad de las personas, obligándolas a huir de su país. Guiados por el propósito de protección de la Declaración de Cartagena, debe darse su significado ordinario a las circunstancias a que se refiere la definición de refugiado, siempre que sea posible, y deben ser interpretadas de manera evolutiva para que sigan siendo relevantes en situaciones no previstas cuando la Declaración de Cartagena fue redactada.

71. “Violencia generalizada” no es un término técnico, ni tiene un significado estricto o cerrado. Adoptando un enfoque casuístico, el término abarca situaciones caracterizadas por violencia que es indiscriminada y/o suficientemente amplia hasta el punto de afectar a grandes grupos de personas o poblaciones enteras. Basándose en el derecho internacional de los derechos humanos para determinar si prevalece una situación de violencia generalizada, sería apropiado identificar indicadores factuales relacionados con el número y el tipo de incidentes de seguridad, así como el nivel general de violencia en el país de origen y su efecto sobre poblaciones civiles¹³⁸. Las situaciones de violencia generalizada incluyen situaciones que implican violaciones masivas y/o graves de los derechos humanos o DIH. La violencia generalizada se establece a través de la intensidad o dispersión geográfica de la violencia, o mediante una combinación de estas.

72. Dado que la “violencia generalizada” no es un término que se encuentra en el DIH, no puede limitarse a situaciones de conflicto armado en el sentido del DIH, aunque puede incluir estas situaciones si se cumplen las condiciones de aplicabilidad del DIH. Véase también el párrafo 5 de estas Directrices en relación con la importancia limitada de clasificar una situación como conflicto armado conforme al DIH para determinar quién es una persona refugiada.

73. Las situaciones de violencia generalizada abarcan la violencia llevada a cabo por actores estatales o no estatales. El tema en cuestión es la situación sobre el terreno, y los riesgos que la violencia presenta.

74. “Agresión extranjera” se entiende de la misma manera que los términos “agresión”, “guerra de agresión” y “acto de agresión” como se encuentran definidos en el derecho internacional, así como el término “agresión externa” incluido en la Convención de la OUA de 1969 (véase el párrafo 54 de estas Directrices)¹³⁹. En consonancia con el objeto y el propósito de la Declaración de Cartagena, la agresión extranjera puede equipararse al crimen que conduce a un CAI en el sentido

¹³⁸ La Corte IDH consideró que existía una situación de violencia generalizada e indiscriminada en El Salvador a principios de los años ochenta, refiriéndose a la violencia sistemática que afectaba indiscriminadamente a un gran número de personas durante un período de tiempo prolongado. Véase *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2012, párrs. 70 y 193, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha referido a indicadores similares al describir situaciones de “violencia generalizada”. Estos incluyen: a) el número de incidentes violentos, así como el número de víctimas de esos incidentes es muy alto; b) la violencia predominante infinge un gran sufrimiento sobre la población; c) la violencia se manifiesta en las maneras más atroces, tales como las masacres, tortura, mutilaciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes, ejecuciones sumarias, secuestros, desapariciones de personas y violaciones flagrantes del DIH; d) la realización de actos de violencia a menudo tiene como objetivo causar terror y, eventualmente, crear una situación tal que los individuos no tengan otra opción que huir de la zona afectada; e) la violencia puede emanar de agentes estatales y no estatales, y cuando emana de los primeros, o de otros que actúan por instigación o con la aquiescencia de las autoridades del Estado, los autores gozan de impunidad; f) cuando la violencia emana de agentes no estatales, las autoridades no pueden controlarlos de manera efectiva; y g) el nivel y el alcance de la violencia es tal que el funcionamiento normal de la sociedad se ve gravemente perjudicado. Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Jamaica*, 10 de agosto de 2012, OEA/Ser.L/V/II.144, págs. 5 y 27, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10496.pdf>.

¹³⁹ Véase nota 112 supra y *Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)*; Fondo, Corte Internacional de Justicia (CIJ), 27 de junio de 1986, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/4023a44d2.html>.

del DIH¹⁴⁰, así como a situaciones no clasificadas como tales en el DIH. Estas situaciones pueden incluir conflictos impulsados por injerencia externa o que han ingresado de Estados vecinos, incluyendo debido a la presencia de (miembros de) fuerzas armadas de otro Estado o a incursiones de grupos armados extranjeros.

75. Los “conflictos internos” en la definición de refugiado de Cartagena incluye a los CANI en el sentido del DIH¹⁴¹. Sin embargo, teniendo en cuenta el propósito de protección de la Declaración de Cartagena, el término “conflictos internos” se extiende a conflictos armados internos que no están clasificados como CANI en el sentido del DIH. El DIH se considera informativo, aunque no determina si existe un conflicto interno. Del mismo modo, las calificaciones realizadas por las partes involucradas o afectadas también se consideran informativas más que determinantes (véase el párrafo 5 de estas Directrices)¹⁴². A los efectos de la definición de refugiado de Cartagena, las situaciones que caen por debajo del umbral de un CANI en el sentido del DIH pueden ser mejor abordadas bajo los motivos de “violencia generalizada” o “violación masiva de los derechos humanos”.

76. Para determinar si prevalece una situación de “violación masiva de los derechos humanos”, la referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH es particularmente relevante. El término “masivo” se refiere a la escala o magnitud de la violación, independientemente de la duración, y como tal, la violación puede ser el resultado de un solo evento¹⁴³. Cuando los efectos de las violaciones de los derechos humanos van más allá de las víctimas reales/directas para afectar a grandes segmentos de la población, o incluso a la sociedad en su conjunto, la situación también puede clasificarse como “violación masiva de los derechos humanos”. Los elementos de planificación y organización por parte del perpetrador –ya sea un Estado o un actor no estatal– también pueden indicar una situación de “violación masiva de los derechos humanos”, aunque no son un requisito. En el caso de actores no estatales que cometan abusos contra los derechos humanos, puede haber una situación de “violación masiva de los derechos humanos” cuando el Estado es incapaz o no quiere proteger a sus ciudadanos al no prevenir, investigar, perseguir o sancionar estas violaciones¹⁴⁴. En este contexto, el desplazamiento puede ser un indicador de “violación masiva de los derechos humanos” o conducir a graves violaciones de los derechos humanos. La definición de refugiado de Cartagena no hace ninguna distinción entre los tipos de derechos que están amenazados.

77. La existencia de sentencias o medidas provisionales de la Corte IDH¹⁴⁵ o medidas cautelares de la CIDH¹⁴⁶ relacionadas con una situación dada constituirían una fuerte evidencia de que existe

¹⁴⁰ Véase el artículo 2(1) común de los Convenios de Ginebra de 1949, nota 13 supra, que es aplicable al CAI y se refiere al “caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes” y véase también artículo 1(4) del Protocolo I de los Convenios de Ginebra, nota 13 supra, que hace referencia a “conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”.

¹⁴¹ Véase el artículo 2(1) común de los Convenios de Ginebra de 1949, nota 38 supra, artículo 1 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, nota 14 supra, y *Fiscal c. Dusko Tadic alias “Dule” (Decisión sobre la Solicitud de la Defensa de Apelación Interlocutoria sobre la Jurisdicción)*, IT-94-1, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), 2 de octubre de 1995, pár. 70, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/47fd1b520.html>.

¹⁴² Por ejemplo, si bien una designación por el Consejo de Seguridad de la ONU de una situación como CANI en el sentido del DIH sería suficiente para los propósitos de la definición de refugiado de Cartagena, tal calificación no puede ser un requisito. Véase también Resumen de Conclusiones de Arusha del ACNUR, nota 29 supra, pár. 24.

¹⁴³ Caso de la Masacre de Las Dos Erres c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 24 de noviembre de 2009, párrs. 73, 79 y 152, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf; *Masacres de Río Negro c. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 4 de septiembre de 2012, párrs. 56, 58-60 y 63, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf.

¹⁴⁴ González y otras (“Campamento Algodonero”) c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 16 de noviembre de 2009, pár. 236, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

¹⁴⁵ Las medidas provisionales son un instrumento utilizado por la Corte IDH para prevenir daños irreparables a los derechos y libertades garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de personas que se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia. Las medidas se ordenan de oficio o a petición de parte y resultan en una solicitud de protección al Estado demandado para la presunta víctima o víctimas. Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 43 supra, artículo 63(2) y Organización de los Estados Americanos (OEA), *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 16 al 29 de noviembre de 2009, artículo 27, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7661.pdf>.

¹⁴⁶ Organización de los Estados Americanos (OEA), *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1 de agosto de 2013, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7659.pdf>, el artículo 25 establece que, en situaciones de gravedad y urgencia, la

una situación de violación masiva de los derechos humanos. Las declaraciones de órganos o tribunales de derechos humanos también pueden proporcionar indicadores relevantes. Sin embargo, tales sentencias o medidas no están requeridas para calificar una situación como “violación masiva de los derechos humanos”. Se trata de una evaluación fáctica que debe realizar el órgano competente en materia de asilo, basándose en información y pruebas pertinentes, incluido el testimonio de la propia persona solicitante.

78. De todas las circunstancias a las que se hace referencia en la definición de refugiado de Cartagena, las “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” son las menos aplicadas por los órganos nacionales de adjudicación cuando se determinan solicitudes de asilo bajo la definición de refugiado de Cartagena¹⁴⁷. La noción de “orden público”, aunque no tiene una definición universalmente aceptada, puede interpretarse en el contexto de la definición de refugiado de Cartagena como referente a la paz, seguridad interna y externa, así como a la estabilidad del Estado y de la sociedad, sumado al funcionamiento normal de las instituciones del Estado, basado en el respeto del Estado de Derecho y de la dignidad humana. Las circunstancias que perturban gravemente el orden público pueden tener lugar en tiempos de conflicto armado en el sentido del DIH, así como en tiempo de paz. Véanse también los párrafos 56 a 59 de estas Directrices.

79. En la jurisprudencia de la Corte IDH, las circunstancias que perturban gravemente el orden público se han definido por referencia en parte a los actos de los Estados que establecen derogaciones a sus obligaciones en materia de derechos humanos en los casos en que se ha declarado estado de emergencia¹⁴⁸. Sin embargo, una declaración de estado de emergencia no debe considerarse como un prerequisito para la existencia de una circunstancia que perturbe gravemente el orden público, aunque sería normalmente indicativa de tal situación.

80. La inclusión del adjetivo “otro” en “otras circunstancias” en la definición de refugiado de Cartagena permite a los Estados otorgar protección en circunstancias más allá de las relacionadas con las cuatro situaciones a las que se hace referencia en la definición de refugiado de Cartagena.

Amenaza a la vida, seguridad o libertad

81. El tercer elemento de la definición de Cartagena es el vínculo entre la circunstancia que se produce en el país de origen y la amenaza que representa para la vida, seguridad y libertad de las personas que residen en el país. La “amenaza” o elemento de riesgo en la definición implica la posibilidad de daño infligido a una persona, a un grupo o a toda una población; no implica que el daño se haya realmente materializado. El vínculo entre la circunstancia y la amenaza no debe interpretarse de tal manera que reduzca o restrinja innecesariamente el alcance de la protección internacional otorgada a las personas que huyen de su país, por ejemplo, exigiendo una evaluación individualizada del riesgo para la vida, seguridad o libertad. De hecho, la proximidad espacial / geográfica de la circunstancia a la persona sería suficiente para crear una amenaza que obligue a la persona a huir del país.

Comisión puede, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, al igual que a las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.

¹⁴⁷ ACNUR, *Resumen de las Conclusiones sobre la Interpretación de la Definición Ampliada de Refugiado en la Declaración de Cartagena 1984; reunión de expertos 15 y 16 de octubre de 2013, Montevideo, Uruguay, 7 de julio de 2014, p. 7,* <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9651.pdf>.

¹⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 43 supra, artículo 27(1), que permite a los Estados adoptar medidas derogatorias en tiempo de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Véase, *El hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-8/87, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de enero de 1987, párrs. 19 y 20, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.

82. Dado que la definición de refugiado de Cartagena se orienta hacia circunstancias que afectan a grupos o poblaciones enteras, no se enfoca en las circunstancias personales del individuo que huye de un peligro para su vida, seguridad o libertad, sino en las circunstancias objetivas en el país de origen.

83. La referencia a la vida, seguridad o libertad de las personas debe interpretarse ampliamente, abarcando la integridad física y mental de las personas, la seguridad, libertades, dignidad humana y los medios de vida, con respecto a los derechos humanos reconocidos a nivel internacional y regional.

Violencia de pandillas o violencia de grupos delictivos organizados

84. Las personas que huyen de la violencia de pandillas o de la violencia de grupos delictivos organizados pueden cumplir criterios para el reconocimiento de la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951¹⁴⁹. Las personas que huyen de tal violencia también pueden caer bajo una o más de las circunstancias mencionadas en la definición de refugiado de Cartagena.

C. Alternativa de huida o reubicación interna

85. El enfoque de la definición de refugiado de Cartagena está en las situaciones que alteran seriamente las estructuras estatales y sociales. En tales circunstancias, no puede exigirse a las personas que se reubiquen a otras partes del país, aunque la situación en estas partes pueda estar menos afectada. La única excepción sería cuando la situación se limita a una parte particular del país o a una región o ciudad en particular, y donde el Estado es capaz y está dispuesto a proteger a sus ciudadanos en esas otras áreas. Considerar la probable propagación de la situación y de la violencia y desorden que la acompañan a otras áreas, tendría que evaluarse cuidadosamente, con una perspectiva con miras al futuro.

V. CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROBATORIAS

A. Enfoques para aplicar la definición de la Convención de 1951/Protocolo de 1967 y las definiciones regionales

86. Las diversas definiciones de refugiado no son mutuamente excluyentes. Cada una reconoce a una persona como refugiada, desencadenando así las normas de trato previstas en la Convención de 1951 (véase el párrafo 8 de estas Directrices).

87. Al aplicar las definiciones de refugiado, se prefiere un enfoque secuencial, según el cual la condición de refugiado se evalúa inicialmente bajo la definición de la Convención de 1951 antes de que se haga una evaluación de acuerdo con las definiciones regionales si se determina que la persona no es refugiada en virtud la Convención de 1951. Tal enfoque subraya el carácter universal de la definición de refugiado del artículo 1A(2) de la Convención de 1951, la primacía de esa Convención¹⁵⁰ y el carácter explícitamente complementario de las definiciones regionales.¹⁵¹

¹⁴⁹ Sobre la aplicación de la Convención de 1951 a tales situaciones, véase: Nota de Orientación del ACNUR sobre Pandillas, nota 12 supra.

¹⁵⁰ EXCOM Conclusión No. 87 (L) 1999, párr. (f); EXCOM Conclusión No. 89 (LI) 2000. Véase también, Convención de la OUA de 1969, nota 4 supra, noveno párrafo del preámbulo, refiriéndose a la Convención de 1951/Protocolo de 1967 como el instrumento básico y universal para la protección de las personas refugiadas.

¹⁵¹ Un argumento adicional para un enfoque secuencial bajo la Convención de la OUA de 1969 es la estructura del artículo 1, donde en el párrafo 1 se reproduce la definición de refugiado de la Convención de 1951 antes de que el párrafo 2 provea la definición regional.

88. Sin embargo, la aplicación de las definiciones regionales sería más práctica y eficiente en situaciones de grupo o en contextos regionales específico¹⁵², siempre y cuando se apliquen las normas de tratamiento de la Convención de 1951.

B. Estableciendo los hechos

89. Las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia pueden plantear cuestiones fácticas complejas, basándose en las circunstancias particulares de la persona solicitante frente a las causas, carácter e impacto de la situación de conflicto armado y violencia. A menos que se aplique una determinación prima facie de la condición de refugiado, las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado deben examinarse en función de sus cualidades individuales, teniendo en cuenta información actualizada y relevante sobre el país de origen.

Información sobre el país de origen

90. Información sobre el país de origen actualizada y relevante es importante para comprender la situación de conflicto armado y violencia y si el país de origen está experimentando alguna de las situaciones o circunstancias mencionadas en las definiciones regionales¹⁵³.

91. Información sobre el país de origen relevante incluye información tanto cualitativa como cuantitativa. La información cualitativa es particularmente pertinente para evitar malentendidos, estereotipos y generalizaciones y permite una comprensión más profunda de la situación de conflicto armado y violencia, es decir, de la historia y el desarrollo de la situación, los actores involucrados, los medios y métodos de guerra, estrategias y tácticas utilizadas y los efectos que la situación tiene sobre el país y las personas envueltas en ella¹⁵⁴. La información cuantitativa relacionada con situaciones de conflicto armado y violencia debe ser usada con la debida precaución. Diferentes fuentes pueden utilizar diversas metodologías, a menudo dependiendo de su motivación para la recopilación de datos, lo que da lugar a divergencias sustanciales entre las fuentes. Si bien los datos estadísticos pueden proporcionar una indicación sobre el impacto de la situación en la población, dichos datos pueden ser poco concluyentes o poco fiables en relación con el riesgo, daño, motivo relevante de la Convención de 1951 y/o el nexo causal entre el riesgo de daño y un motivo, o situaciones mencionadas en las definiciones regionales. La información estadística tiende a centrarse en aspectos cuantificables de la situación, como el número de víctimas civiles o el número de personas desplazadas, y puede no capturar otras formas de daño –causado directa o indirectamente por el conflicto armado o violencia– en personas, estructuras estatales o sociedades.

92. En la evaluación de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, la información sobre el país de origen debe ser relevante para las circunstancias particulares del solicitante. La obtención de información fidedigna y precisa sobre el país de origen y que sea específica de la situación de determinados grupos de solicitantes, incluidos los niños y las niñas¹⁵⁵ o las

¹⁵² Directrices del ACNUR sobre Reconocimiento Prima Facie, nota 10 supra, párrs. 2 and 5.

¹⁵³ *Radjabu c. El Presidente del Comité Permanente para los Asuntos de los Refugiados*, nota 109 supra, párr. 6, según la Corte, determinar si una persona califica para la condición de refugiado en virtud de la definición ampliada, requiere una evaluación de la existencia de circunstancias objetivamente verificables en el país de origen de la persona que correspondan a cualquiera de las circunstancias estipuladas en la definición.

¹⁵⁴ *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, nota 45 supra, párr. 241.

¹⁵⁵ ACNUR, *Directrices de Protección Internacional No. 8: Solicitud de Asilo de Niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 22 de diciembre de 2009, HCR/GIP/09/08, párr. 74, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documents/BDL/2010/7763.pdf>.

personas de diversas identidades de género y/o orientaciones sexuales, con frecuencia plantea retos importantes¹⁵⁶. Tales desafíos pueden ser especialmente pronunciados en situaciones de conflicto armado y violencia. Del mismo modo, la información sobre el país de origen disponible sobre situaciones de conflicto armado y violencia puede no reflejar las circunstancias específicas de mujeres u hombres, incluida la prevalencia de formas de daño específicas de género o tener en cuenta la composición y conducta cambiantes de los actores involucrados¹⁵⁷. Las personas responsables de la toma de decisiones deben tener debidamente en cuenta este hecho. En situaciones de conflicto armado y violencia, la ausencia de información sobre el país de origen sobre la situación de determinados grupos no debe interpretarse en el sentido de que dichos grupos no se enfrentan a amenazas específicas.

Carga de la prueba

93. Si bien en general la carga de la prueba incumbe a la persona solicitante, la obligación de recopilar y analizar todos los hechos relevantes y los medios de prueba se comparte entre la persona solicitante y la persona responsable de la toma de decisiones¹⁵⁸. Esta responsabilidad compartida es particularmente importante cuando el país de origen experimenta una situación de conflicto armado y violencia, ya que esto hace que la obtención de información y documentación –en general, así como con respecto al individuo– sea más difícil¹⁵⁹. Las personas que huyen de estas situaciones pueden enfrentar problemas importantes al dar una descripción detallada de los hechos que demuestre la necesidad de protección internacional y/o al obtener evidencia que justifique la solicitud. En estas circunstancias, por lo tanto, es frecuentemente necesario conceder a las personas solicitantes el beneficio de la duda¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Directrices del ACNUR sobre Persecución por Motivos de Género, nota 56 supra, párr. 37. Directrices del ACNUR sobre Orientación Sexual y/o Identidad de Género, nota 56 supra, párr. 66.

¹⁵⁷ Resumen de Conclusiones del ACNUR en Ciudad del Cabo, nota 3 supra, párr. 23.

¹⁵⁸ Manual del ACNUR, nota 26 supra, párr. 196. Véase también, ACNUR, *Más Allá de la Prueba, la Evaluación de Credibilidad en los Sistemas de Asilo de la UE: Informe Completo*, mayo de 2013, págs. 86-88, disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/519b1fb54.html>.

¹⁵⁹ Apelación de Refugio No. 71462/99, *Tamil y un Ciudadano de la República Socialista Democrática de Sri Lanka c. División de la Condición de Refugiado del Servicio de Inmigración de Nueva Zelanda*, 71462/99, nota 54 supra, párr. 51.

¹⁶⁰ Manual del ACNUR, nota 26 supra, párr. 203.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Estuvieron presentes*:

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente;
Sergio García Ramírez, Vicepresidente;
Hernán Salgado Pesantes, Juez;
Oliver Jackman, Juez;
Alirio Abreu Burelli, Juez, y
Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez,

presentes, además,

Manuel E. Ventura Robles, Secretario, y
Pablo Saavedra Alessandri, Secretario Adjunto.

LA CORTE

integrada en la forma antes mencionada,

emite la siguiente Opinión Consultiva:

I PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 10 de mayo de 2002 el Estado de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México” o “el Estado solicitante”), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la Convención” o “el Pacto de San José”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) una solicitud de opinión consultiva (en adelante también “la consulta”) sobre 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 consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Además, la consulta trata sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.

* El Juez Máximo Pacheco Gómez informó a la Corte que, por motivos de fuerza mayor, no podía estar presente en el LX Período Ordinario de Sesiones del Tribunal, por lo que no participó en la deliberación y firma de la presente Opinión Consultiva.

2. Asimismo, México expuso las consideraciones que originaron la consulta, y entre ellas señaló que:

Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]ll goce y ejercicio efectivos de estos derechos.

[...]

En el contexto ya descrito, preocupa profundamente al Gobierno de México 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. El Gobierno de México estima que tales interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales. Por ejemplo: pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad, abusando así de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores migratorios indocumentados. En ese contexto, las violaciones a los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos.

3. Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la OEA”); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “la Declaración Universal”), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. Con base en las anteriores disposiciones, México solicitó la opinión de la Corte respecto de los siguientes asuntos:

En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos ...],

1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?

2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior[,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

5. Como Agente fue designado el señor Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco y como Agente Alterno el Embajador de México en Costa Rica, señor Carlos Pujalte Piñeiro.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

6. Mediante notas de 10 de julio de 2002, la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), en cumplimiento de lo que dispone el artículo 62.1 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), transmitió la solicitud de opinión consultiva a todos los Estados miembros, al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA y a la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, les informó el plazo fijado por el Presidente de la Corte (en adelante “el Presidente”), en consulta con los demás Jueces que integran el Tribunal, para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud mencionada.

7. El 12 de noviembre de 2002 México presentó un escrito, mediante el cual remitió copia de una comunicación de su Secretaría de Relaciones Exteriores que informaba sobre una opinión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relacionada con derechos laborales de trabajadores migrantes.

8. El 14 de noviembre de 2002 el Estado de Honduras presentó sus observaciones escritas. Algunos folios se encontraban ilegibles. El 18 de los mismos mes y año se recibió en forma completa el escrito de observaciones.

9. El 15 de noviembre de 2002 México presentó una comunicación, mediante la cual remitió información complementaria a la consulta, e incluyó la versión en inglés de una opinión formal que dicho Estado solicitó a la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual, según aquél, “resulta de especial relevancia para el [...] procedimiento consultivo”.

10. El 26 de noviembre de 2002 el Estado de Nicaragua presentó sus observaciones escritas.

11. El 27 de noviembre de 2002 las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito presentaron un escrito en calidad de *amicus curiae*.

12. El 3 de diciembre de 2002 México presentó una comunicación, a través de la cual remitió la versión en español de la opinión formal que había solicitado a la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (*supra* párr. 9).

13. El 12 de diciembre de 2002 el *Delgado Law Firm* presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

14. El 8 de enero de 2003 las señoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), presentaron, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amicus curiae*. El original de dicha comunicación fue presentado el 10 de enero de 2003.

15. El 13 de enero de 2003 los Estados de El Salvador y de Canadá presentaron sus observaciones escritas.

16. El 13 de enero de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó sus observaciones escritas.

17. El 13 de enero de 2003 el Estado de los Estados Unidos de América presentó una nota, mediante la cual informó a la Corte que no presentaría observaciones a la solicitud de opinión consultiva.

18. El 13 de enero de 2003 la *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* y la *Harvard Law School*, el *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* y el *Centro de Justicia Global/Global Justice Center* presentaron un escrito en calidad de *amicus curiae*.

19. El 16 de enero de 2003 el Presidente emitió una Resolución, mediante la cual convocó a “una audiencia pública sobre la solicitud de opinión consultiva OC-18, el día 24 de febrero de 2003, a las 9:00 horas”, con el propósito de “que los Estados miembros y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos present[aran] sus argumentos orales”.

20. El 17 de enero de 2003 el Estado de Costa Rica presentó sus observaciones escritas.

21. El 29 de enero de 2003 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente y mediante la comunicación CDH-S/067, invitó a la señora Gabriela Rodríguez, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, para que asistiera como Observadora a la audiencia pública convocada para el 24 de febrero de 2003 (*supra* párr. 19).

22. El 3 de febrero de 2003 la Secretaría transmitió copia de la información complementaria a la solicitud de opinión consultiva remitida por México (*supra* párrs. 9 y 12), de las observaciones escritas presentadas por los Estados de Honduras, Nicaragua, El Salvador, Canadá y Costa Rica (*supra* párrs. 8, 10, 15 y 20), así como de las presentadas por la Comisión Interamericana (*supra* párr. 16), a todos éstos.

23. El 6 de febrero de 2003 el señor Mario G. Obledo, Presidente de la *National Coalition of Hispanic Organizations*, presentó un escrito en respaldo a la solicitud de opinión consultiva.

24. El 6 de febrero de 2003 el señor Thomas A. Brill, del *Law Office of Sayre & Chavez*, presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

25. El 6 de febrero de 2003 el señor Javier Juárez, del *Law Office of Sayre & Chavez*, presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

26. El 7 de febrero de 2003 México presentó un escrito, mediante el cual sustituyó al Agente Alterno, Embajador Carlos Pujalte Piñeiro, por el señor Ricardo García Cervantes, actual Embajador de México en Costa Rica (*supra* párr. 5).

27. El 10 de febrero de 2003 la señora Beth Lyon remitió, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amicus curiae* presentado por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*.

28. El 13 de febrero de 2003 la *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* y la *Harvard Law School*, el *Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools* y el *Centro de Justiça Global/Global Justice Center* remitieron una versión final y corregida de su escrito en calidad de *amicus curiae* presentado con anterioridad (*supra* párr. 18).

29. El 13 de febrero de 2003 la señora Rebecca Smith remitió otra copia del escrito en calidad de *amicus curiae* presentado por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States* (*supra* párr. 27).

30. El 21 de febrero de 2003 la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la *American University, Washington College of Law* y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México presentaron un escrito en calidad de *amicus curiae*.

31. El 21 de febrero de 2003 el *Center for International Human Rights* de la *Northwestern University, School of Law* presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*. El original de dicho escrito se presentó el 24 de febrero de 2003.

32. El 24 de febrero de 2003 se celebró una audiencia pública en la sede de la Corte, en la cual se recibieron los argumentos orales de los Estados participantes y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comparecieron ante la Corte:

por los Estados Unidos Mexicanos:

- Juan Manuel Gómez Robledo, Agente;
- Ricardo García Cervantes, Agente Alterno y Embajador de México en Costa Rica;
- Víctor Manuel Uribe Aviña, Asesor;
- Salvador Tinajero Esquivel, Asesor, Director de Coordinación Interinstitucional y ONG's de la Dirección General de Derechos Humanos de la Cancillería, y
- María Isabel Garza Hurtado, Asesora;

por Honduras:

- Álvaro Agüero Lacayo, Embajador de Honduras en Costa Rica, y
- Argentina Wellermann Ugarte, Primer Secretario de la Embajada de Honduras en Costa Rica;

por Nicaragua:

- Mauricio Díaz Dávila, Embajador de Nicaragua en Costa Rica;

por El Salvador:

- Hugo Roberto Carrillo, Embajador de El Salvador en Costa Rica, y
- José Roberto Mejía Trabanino, Coordinador de Temas Globales del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador;

por Costa Rica:

- Arnoldo Brenes Castro, Asesor del Ministro de Relaciones Exteriores;
- Adriana Murillo Ruin, Coordinadora de la División de Derechos Humanos de la Dirección General de Política Exterior;
- Norman Lizano Ortiz, Funcionario de la División de Derechos Humanos de la Dirección General de Política Exterior;
- Jhonny Marín, Jefe del Departamento Legal de la Dirección General de Migración y Extranjería, y
- Marcela Gurdián, Funcionaria del Departamento Legal de la Dirección General de Migración y Extranjería; y

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- Juan Méndez, Comisionado, y
- Helena Olea, Asistente.

Estuvieron presentes, además, como *Observadores*:

por la República Oriental del Uruguay:

- Jorge María Carvalho, Embajador del Uruguay en Costa Rica;

por el Paraguay:

- Mario Sandoval, Ministro, Encargado de Negocios de la Embajada del Paraguay en Costa Rica;

por la República Dominicana:

- Ramón Quiñones, Embajador, Representante Permanente de República Dominicana ante la OEA;
- Anabella De Castro, Ministra Consejera, Encargada de la Sección de Derechos Humanos de la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, y
- José Marcos Iglesias Iñigo, Representante del Estado de República Dominicana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

por el Brasil:

- Ministro Nilmário Miranda, Secretario Especial de los Derechos Humanos del Brasil;
- María De Luján Caputo Winkler, Encargada de Negocios de la Embajada del Brasil en Costa Rica, y
- Gisele Rodríguez Guzmán, Funcionaria de la Embajada del Brasil en Costa Rica;

por Panamá:

- Virginia I. Burgoa, Embajadora de Panamá en Costa Rica;
- Luis E. Martínez-Cruz, Encargado de Negocios de la Embajada de Panamá en Costa Rica, y
- Rafael Carvajal Arcia, Director de Asesoría Legal del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral;

por la Argentina:

- Juan José Arcuri, Embajador de la Argentina en Costa Rica;

por el Perú:

- Fernando Rojas S., Embajador del Perú en Costa Rica, y
- Walter Linares Arenaza, Primer Secretario de la Embajada del Perú en Costa Rica; y

Organización de las Naciones Unidas:

- Gabriela Rodríguez, Relatora sobre los Derechos Humanos de los Migrantes.

33. El 5 de marzo de 2003 México presentó un escrito, mediante el cual remitió una copia del “texto revisado del argumento oral pronunciado por el Agente” en la audiencia pública celebrada el 24 de febrero de 2003 (*supra* párr. 32).

34. El 20 de marzo de 2003 México remitió una copia del comunicado de prensa emitido el 11 de los mismos mes y año por su Secretaría de Relaciones Exteriores.

35. El 28 de marzo de 2003 México presentó un escrito, mediante el cual remitió las respuestas a las preguntas formuladas por los Jueces Cançado Trindade y García Ramírez durante la audiencia pública (*supra* párr. 32).

36. El 7 de abril de 2003 el Presidente emitió una Resolución, mediante la cual convocó a “una audiencia pública sobre la solicitud de Opinión Consultiva OC-18, el día 4 de junio de 2003, a las 10:00 horas”, con el propósito de que las personas y organizaciones que remitieron escritos en calidad de *amici curiae* presentaran sus argumentos orales al respecto. Asimismo, en la Resolución se indicó que si alguna persona u organización que no presentó escrito en calidad de *amicus curiae* deseaba participar en la audiencia pública, lo podría hacer previa acreditación ante el Tribunal.

37. El 15 de mayo de 2003 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

38. El 16 de mayo de 2003 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, presentaron, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amici curiae*. El original de dicho escrito fue presentado el 28 de mayo de 2003.

39. El 4 de junio de 2003 se celebró una audiencia pública en el Hemiciclo de la Ex Cámara de Diputados, Ministerio de Relaciones Exteriores, en Santiago de Chile, en la cual se recibieron los argumentos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, universidades, instituciones y organizaciones no gubernamentales.

Comparecieron ante la Corte:

por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM):

- Itzel Magali Pérez Zagal, Estudiante;
- Karla Micheel Salas Ramírez, Estudiante;
- Gail Aguilar Castañón, Estudiante, y
- Liliana Ivonne González Morales, Estudiante;

por la Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justicia Global/Global Justice Center:

- James Louis Cavallaro, Associate Director, Human Rights Program, Harvard Law School;
- Andressa Caldas, Attorney and Legal Director, Global Justice Center, Río de Janeiro, Brasil, y
- David Flechner, Representative, Harvard Law Student Advocates for Human Rights;

por el Law Office of Sayre & Chavez:

- Thomas A. Brill, Attorney at Law;

por las Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States:

- Beth Lyon, Assistant Professor of Law, Villanova University School of Law, y
- Rebecca Smith, Attorney, National Employment Law Project;
- Douglas S. Cassel, Director, y
- Eric Johnson;

por el Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law:

- Jorge A. Bustamante, Investigador;

por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM):

- Francisco Cox, Abogado;

por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL):

- Pablo Ceriani Cernadas, Abogado de CELS y Coordinador de la Clínica Jurídica;

por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires:

- Juan Carlos Murillo, Oficial de Capacitación de la Unidad Legal Regional; y

por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR):

- Juan Antonio Tejada Espino, Presidente del Consejo Centroamericano y Defensor del Pueblo de la República de Panamá.

por el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos:

Estuvieron presentes, además, como Observadores:

por los Estados Unidos Mexicanos:

- Ricardo Valero, Embajador de México en Chile, y
- Alejandro Souza, Funcionario de la Coordinación General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México; y

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- Helena Olea, Abogada.

40. El 4 de junio de 2003, durante la audiencia pública celebrada en Santiago de Chile, el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos presentó el documento escrito en calidad de *amicus curiae*.

41. El 24 de junio de 2003 el cual el señor Jorge A. Bustamante remitió, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amicus curiae* presentado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El original de dicho escrito fue presentado el 3 de julio de 2003.

42. El 3 de julio de 2003 el señor Thomas A. Brill, del *Law Office of Sayre & Chavez*, presentó sus argumentos finales escritos.

43. El 8 de julio de 2003 la señora Beth Lyon remitió, vía correo electrónico, los argumentos finales escritos presentados por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*. El original de dicho escrito fue recibido el 7 de agosto de 2003.

44. El 11 de julio de 2003 las señoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), presentaron, vía correo electrónico, su escrito de argumentos finales. El original de dicho escrito fue presentado el 18 de julio de 2003.

45. El 11 de julio de 2003 el *Center for International Human Rights* de la *Northwestern University, School of Law* presentó, vía correo electrónico, sus argumentos finales escritos. El original de dicho escrito fue presentado el 18 de julio de 2003.

46. El 30 de julio de 2003 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires presentaron sus argumentos finales escritos.

*
* * *

47. La Corte resume a continuación las observaciones escritas y orales del Estado solicitante, de los Estados participantes y de la Comisión Interamericana, así como los escritos y alegatos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, universidades, instituciones y organizaciones no gubernamentales:

Estado solicitante: Respetto de la admisibilidad de la consulta, México manifestó en su solicitud que:

La opinión de la Corte tendría gran relevancia para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de las autoridades de los Estados receptores de migrantes, al precisar el alcance de tales obligaciones respecto de la protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad.

La solicitud presentada no pretende que la Corte se pronuncie en abstracto, “sino que considere situaciones concretas en las que está llamada a examinar los actos de los órganos de cualquier Estado americano, en tanto que la aplicación de tales actos pueda dar lugar a la violación de alguno de los derechos protegidos en los tratados e instrumentos invocados en la [...] solicitud”. Tampoco pretende que la Corte interprete el derecho interno de ningún Estado.

Además de las consideraciones que originaron la consulta expuestas con anterioridad (supra párr. 2), el Estado solicitante indicó que:

La protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes es también un tema de especial interés para México en razón de que existen, aproximadamente, 5.998.500 (cinco millones novecientos noventa y ocho mil quinientos) trabajadores mexicanos fuera del territorio nacional. De ellos, se calcula que 2.490.000 (dos millones cuatrocientos noventa mil) son trabajadores migrantes indocumentados que, al carecer de una situación migratoria regular, “se convierten en un blanco natural para la explotación humana y laboral, debido a su condición especialmente vulnerable”.

Tan sólo en un período de cinco meses (del 1º de enero de 2002 al 7 de mayo del mismo año), México ha tenido que intervenir, a través de las representaciones consulares, en alrededor de 383 casos en defensa

de los derechos humanos de trabajadores migrantes mexicanos, por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnización por enfermedades adquiridas en centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros motivos.

Los esfuerzos que México y otros Estados de la región han venido realizando en defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, no han podido evitar el recrudescimiento de legislaciones y prácticas discriminatorias contra el extranjero que busca trabajo en un país distinto al suyo, ni la regulación del mercado de trabajo con base en criterios discriminatorios, acompañados de xenofobia, la cual se ampara en la seguridad nacional, el nacionalismo o la preferencia nacional.

Respecto del fondo de la consulta, México indicó en su solicitud:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

De conformidad con el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda medida que propicie un trato perjudicialmente distinto a personas o grupos de personas que se encuentren en el territorio de un Estado americano y sujetas a su jurisdicción, es contraria al reconocimiento de igualdad ante la ley, que prohíbe todo tratamiento discriminatorio con apoyo en la ley.

Los trabajadores en situación irregular son objeto de un tratamiento hostil debido a su condición migratoria y, en consecuencia, son considerados como un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores legales o nacionales del Estado que se trata.

Un órgano de un Estado parte en los instrumentos internacionales anteriormente mencionados que, al interpretar su legislación interna, afirme alguna diferencia de trato en el goce y disfrute de un derecho laboral, basado solamente en la condición migratoria de un trabajador, estaría haciendo una interpretación contraria al principio de igualdad jurídica.

Tal interpretación puede servir de justificación para que los empleadores despidan a trabajadores indocumentados, al amparo de un criterio preestablecido que supone la supresión de ciertos derechos laborales en razón de la condición migratoria irregular.

La circunstancia anteriormente descrita es aún más grave si se toma en cuenta que la misma situación irregular de los trabajadores indocumentados provoca que éstos sientan temor de acudir a las instancias gubernamentales encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas laborales y, consecuentemente, los empleadores que incurren en estas prácticas no son sancionados. A diferencia de lo que sucede cuando se

despide a trabajadores nacionales o residentes legales, resulta económicamente más ventajoso despedir al trabajador indocumentado debido a que el patrono no estará obligado a indemnizar en forma alguna por tales despidos, dándose una “clara contradicción con el principio de igualdad ante la ley”.

El derecho a la igualdad ante la ley no sólo tiene aplicación respecto del goce y ejercicio de los derechos laborales, sino además se hace extensivo a todo derecho reconocido en la legislación interna, de manera que abarca “un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y libertades fundamentales consagrados en el derecho internacional”. Este alcance del derecho a la igualdad “tiene importantes aplicaciones en la competencia de los órganos de derechos humanos”. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha examinado denuncias sobre discriminación de derechos que no se encuentran contemplados expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, rechazando el argumento de que carece de competencia para conocer denuncias sobre discriminación en el goce de los derechos protegidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

México se refirió a lo dispuesto en la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (supra párr. 4)

De lo estipulado en los artículos 2.1 de la Declaración Universal, II de la Declaración Americana, 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 24 de la Convención Americana, se desprende la obligación de los Estados de garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos contemplados en tales disposiciones, así como la prohibición de discriminar por motivos de cualquier índole.

La obligación de los Estados americanos de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos “va más allá del simple hecho de contar con un orden jurídico que garantice el cumplimiento de tales derechos”. Los actos de todos los órganos de un Estado americano deben respetar estrictamente tales derechos, de forma que “la actuación de los órganos estatales desemboque en el real cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales”.

Los actos de un órgano de un Estado americano que tuvieran como efecto situaciones de hecho contrarias al goce efectivo de los derechos humanos fundamentales, serían contrarios a la obligación estatal de adecuar su conducta a los estándares fijados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Es “inaceptable” que un Estado americano subordine o condicione, de cualquier forma, la observancia de los derechos humanos fundamentales a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, soslayando obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos oponibles *erga omnes*. Esto es así, aunque para justificar tal comportamiento se invocaran objetivos de política interna previstos en la legislación doméstica y considerados, desde el punto de vista gubernamental, como legítimos para la consecución de ciertos fines, “incluido por ejemplo la aplicación de una política de control migratorio basada en la lucha contra el empleo de extranjeros indocumentados”.

Ni siquiera tratándose del orden público -que es el fin último de cualquier Estado de derecho- es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho. Mucho menos aceptable sería pretender hacerlo invocando objetivos de política interna contrarios al bien común.

“Si bien [...] en algunos casos y bajo condiciones muy específicas, un Estado americano puede restringir o condicionar el goce de un determinado derecho, en el hipotético planteado a la Corte [...] no se satisfarían los requisitos para tal condicionamiento”.

El artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla la primacía de la norma más favorable a la víctima, “que obliga a buscar, en el corpus iuris gentium, la norma enderezada a conseguir aquello que redunde en beneficio del ser humano como titular principalísimo de los derechos protegidos en el derecho internacional de los derechos humanos”.

Se trata de una especie de “traslación” al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la cláusula Martens, propia del Derecho Internacional Humanitario, la cual confirma el principio de la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en toda circunstancia, incluso cuando los tratados existentes no regulen determinadas situaciones.

Los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes lato sensu* no se despliegan sólo entre las partes contratantes del instrumento de que se trate. Tales efectos “se producen a la manera de derechos en favor de terceros (*stipulation pour autrui*), reconociéndose así el derecho, e incluso la obligación, para los demás Estados -sean o no Partes del instrumento en cuestión- de garantizar su cumplimiento”. Al respecto, México invocó las decisiones de la Corte Internacional de justicia en los casos contenciosos de la *Barcelona Traction* (1970), de *East Timor* (1995) y de la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1996).

La jurisprudencia internacional , con excepción de la relativa a crímenes de guerra, “no ha despejado [...] a plenitud el régimen jurídico aplicable a las obligaciones *erga omnes*, o en el mejor de los casos lo ha hecho con cautela y quizás cierto temor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está llamada aquí a desempeñar un papel esencial para fijar el derecho aplicable y hacer valer la garantía colectiva que se desprende del artículo 1 de su Estatuto”.

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Es abundante “la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (artículo 38, párrafo d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)[,] que ha sostenido que los derechos humanos fundamentales pertenecen *ab initio* al dominio de las normas de *ius cogens*”. También existen opiniones individuales de jueces en relación con el efecto jurídico que deriva del reconocimiento de que una disposición goza de los atributos inherentes a una norma de *jus cogens*, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

México se refirió a los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional a los artículos 40 y 41 del entonces proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. En forma similar a lo que ocurre en relación con las obligaciones *erga omnes*, “la jurisprudencia ha obrado con precaución o incluso a la zaga de la *opinio iuris communis* (esta última como manifestación de la conciencia jurídica universal), para consagrар, de una vez por todas, las normas de *jus cogens* en lo referente a la protección de los derechos humanos fundamentales y hacer luz respecto de su régimen jurídico”.

Además, en el escrito presentado el 15 de noviembre de 2002 (supra párrs. 9 y 12), México agregó que:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Esta pregunta “está dirigida a precisar la existencia de derechos laborales fundamentales [de los] que deben gozar todos los trabajadores[.] los cuales se encuentran reconocidos internacionalmente en diversos instrumentos[,] y determinar si negar esos derechos a los trabajadores en función de su calidad migratoria significaría otorgar un trato perjudicial, contrario a los principios de igualdad jurídica y de no discriminación”.

Los Estados pueden otorgar un trato distinto a los trabajadores migrantes documentados y a los trabajadores migrantes indocumentados, o a extranjeros respecto de los nacionales. Tal es el caso de los derechos políticos reconocidos sólo a los nacionales. Sin embargo, respecto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección, de conformidad con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No puede darse un trato perjudicialmente distinto en la aplicación de los derechos laborales fundamentales, “independientemente de que fuera de ese cuerpo normativo básico los Estados se encuentran facultados a otorgar un trato distinto”. El trato perjudicialmente distinto a trabajadores migrantes indocumentados atentaría contra los derechos laborales fundamentales.

Existen diversos instrumentos internacionales que permiten identificar derechos laborales fundamentales de los trabajadores migrantes. Por ejemplo, los artículos 25 y 26 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reconocen derechos laborales fundamentales para todos los trabajadores migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

Además, el 1 de noviembre de 2002 la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió una opinión formal sobre el alcance y contenido del Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes y la Recomendación No. 151 sobre los Trabajadores Migrantes. Esta opinión desarrolla otros derechos laborales fundamentales de todos los trabajadores migrantes. México coincide con la Oficina Internacional del Trabajo en que existe un nivel básico de protección aplicable tanto a los trabajadores documentados como a los indocumentados.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Existe la posibilidad de que los Estados otorguen un trato diferente a los migrantes en situación irregular; sin embargo, bajo ninguna circunstancia están facultados para tomar medidas discriminatorias en cuanto al goce y protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Si bien es posible identificar, con base en los instrumentos internacionales, derechos laborales fundamentales, “este concepto se encuentra sujeto a evolución. En la medida [en] que surjan nuevas normas que se incorporen al cuerpo de derechos laborales fundamentales, éstas deberán beneficiar a todos los trabajadores, independientemente de su situación migratoria”.

Ante las preguntas de algunos jueces que integran la Corte, México añadió que:

Los derechos laborales fundamentales que no podrían ser restringidos son aquellos que los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran respecto de todos los trabajadores, incluidos los migrantes, independientemente de su situación regular o irregular. En este sentido, parece haber un consenso, derivado de dichos instrumentos internacionales, de que existe “un conjunto de derechos que, por

su propia naturaleza, son de tal forma esenciales a la salvaguarda del principio de igualdad ante la ley y del principio de no discriminación que su restricción o suspensión, bajo cualquier título, conllevaría la violación de estos dos principios cardinales del derecho internacional de los derechos humanos". Algunos ejemplos de estos derechos fundamentales son: derecho a igual salario por igual trabajo; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, incluyendo los beneficios de la seguridad social y otros derivados de empleo pasado; derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses; derecho a las garantías judiciales y administrativas para la determinación de sus derechos; prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y prohibición del trabajo infantil.

Toda restricción al goce de los derechos fundamentales que se derivan de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación atenta contra la obligación *erga omnes* de respetar los atributos inherentes a la dignidad del ser humano, siendo el principal la igualdad en derechos. Las formas concretas de discriminación pueden ir desde la privación del acceso a la justicia para defender los derechos conculcados, hasta la negación de derechos derivados de una relación laboral. Cuando se realizan tales discriminaciones por medio de decisiones administrativas o judiciales, se actúa con base en la tesis de que el goce de derechos fundamentales puede estar condicionado a la consecución de objetivos de política migratoria.

El individuo ha adquirido el rango de auténtico sujeto activo y pasivo del derecho internacional. El individuo puede ser sujeto activo de obligaciones en materia de derechos humanos, así como responsable en lo individual de su incumplimiento. Este aspecto ha sido desarrollado en el Derecho Penal Internacional y en el Derecho Internacional Humanitario. En otras materias, como la comprendida en esta solicitud de opinión consultiva, se podría establecer que "tratándose de normas fundamentales, reveladas a través de manifestaciones objetivas, y siempre que no exista duda en cuanto a su vigencia, el individuo, como podría ser un empleador, pueda estar obligado a respetarlas, sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar, o incluso para vulnerar, su cumplimiento".

La "traslación" de la cláusula *Martens* a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes implicaría otorgar a dichas personas un umbral adicional de protección, de acuerdo al cual en situaciones en las que el derecho positivo no reconozca o reconozca en menor grado determinados derechos fundamentales, tales derechos serán justiciables. La salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por "los principios de la moral universal", a que alude el artículo 17 de la Carta de la OEA, aun en ausencia de disposiciones de derecho positivo inmediatamente vinculantes para quien tiene a su cargo el deber de garantizar el respeto de tales derechos.

Honduras

En sus observaciones escritas y orales, Honduras expresó que:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

No todo tratamiento jurídico que establezca diferencias vulnera *per se* el goce y ejercicio del derecho a la igualdad y a la no discriminación. El Estado tiene la potestad de incluir restricciones objetivas y racionales a través de su legislación, con el propósito de adecuar las relaciones laborales, siempre que no establezca diferencias o distinciones ilegítimas y arbitrarias. “La legalidad está encaminada a garantizar el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias”.

El Estado puede reglamentar el ejercicio de los derechos y “enmarcar” el establecimiento de políticas estatales dentro de la ley, sin que ello sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (supra párr. 4)

La estancia legal de una persona que se encuentra dentro de un Estado americano no puede ser considerada *conditio sine qua non* para garantizar el derecho de igualdad y no discriminación, respecto de la obligación contemplada en el artículo 1.1 de la Convención Americana y en relación con los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado a todas las personas.

El artículo 22 de la Convención Americana garantiza el derecho de circulación y residencia, de manera que toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por éste y a residir en él, con sujeción a las disposiciones legales. La Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorgan “el derecho a los Estados para que las personas sujetas a su jurisdicción observen las disposiciones legales”.

La regulación para la permanencia legal establecida en la normativa estatal no es violatoria de las obligaciones internacionales del Estado si ha sido instituida por una ley -en su sentido estricto y contemplando los requisitos establecidos- sin contravenir el objeto y fin de la Convención Americana.

“[N]o puede entenderse que la legislación establezca un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados, si la Convención determina que la circulación y la permanencia de un extranjero en el territorio de un Estado parte debe ser legal y no es incompatible con el objeto y fin de la Convención”.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

La determinación de políticas migratorias es una decisión propia del Estado. Dichas políticas deben tener como eje transversal el respeto de los derechos fundamentales derivado de las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional. Una interpretación que menoscabe o restrinja los derechos humanos, “subordinándolos a la consecución de

cualesquiera objetivos[,] es violatoria de la obligación a efecto de velar por la observancia de tales derechos”. La interpretación no debe soslayar las disposiciones de la Convención Americana, ni su objeto y fin.

La observancia de las disposiciones legales tiene como fin proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas, y los derechos y libertades de los demás.

El Estudio General sobre los Trabajadores Migrantes realizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) concluyó que “es permisivo” limitar el acceso al empleo a los extranjeros, cuando se reúnen dos condiciones: a) que se trate de “categorías limitadas de empleos o de funciones”; y b) que la limitación sea necesaria en “interés del Estado”. Tales supuestos pueden referirse a situaciones en que la protección del interés del Estado justifique que ciertos empleos o funciones se encuentren reservados, por su naturaleza, a los ciudadanos de aquél.

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (supra párr. 4)

En ciertos casos, la desigualdad de tratamiento jurídico puede ser un medio para realizar la igualdad o proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles.

El hecho de que no existan leyes discriminatorias o que la legislación hondureña prohíba la discriminación no basta para garantizar en la práctica la igualdad de trato y la igualdad ante la ley.

Los Estados americanos deben garantizar un trato digno a la población migrante en general, con el fin de evitar violaciones y abusos contra este sector tan vulnerable.

Nicaragua

En sus observaciones escritas y orales, Nicaragua indicó que:

La solicitud de opinión consultiva presentada por México “constituye un medio más que puede ayudar a los Estados, Organismos Nacionales e Internacionales a precisar, aplicar y cumplir el alcance de sus obligaciones imperativas[,] contempladas en los Tratados de Derechos Humanos, en especial en el fortalecimiento y la protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios”.

La Constitución Política de Nicaragua dispone en su artículo 27 que en el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por Nicaragua.

El Salvador

En sus observaciones escritas y orales, El Salvador indicó que:

Estima conveniente que en la consulta se tomen en cuenta disposiciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “por ser Tratados relevantes respecto de la Consulta solicitada[,] concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.

“[L]a aplicación e interpretación de la legislación secundaria no puede subordinar las obligaciones internacionales de los Estados Americanos consagradas en los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos”.

Cuando se establece una relación laboral entre un trabajador migratorio y un empleador en un Estado americano, este último está obligado a reconocer y garantizar al trabajador los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los relativos al derecho al trabajo y a la seguridad social, sin discriminación alguna.

Canadá

En sus observaciones escritas, Canadá expresó que:

Existen tres aspectos de la ley y política canadiense relacionados con el tema de la solicitud de opinión consultiva: primero, el apoyo internacional que brinda Canadá a los asuntos relacionados con los migrantes; segundo, las categorías de migrantes y residentes temporales (visitantes) que se establecen en la Ley de Inmigración de Canadá (*Immigration and Refugee Protection Act*); y tercero, la protección de los derechos y libertades fundamentales en Canadá.

A Canadá le preocupan las violaciones de los derechos de los migrantes alrededor del mundo. Canadá apoyó la resolución de las Naciones Unidas que creó la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, y colaboró en la redacción del mandato de esta Relatoría con el fin de que fuese fuerte y equilibrada.

La inmigración es un componente clave de la sociedad canadiense. La atracción y selección de migrantes pueden contribuir a los intereses sociales y económicos de Canadá, reuniendo familias y protegiendo la salud, la seguridad y la estabilidad de los canadienses.

En Canadá generalmente no se utiliza el término “migrante”. Sin embargo, la expresión “migrantes”, tal como se entiende en el contexto internacional, cubre tres categorías de personas.

La primera categoría corresponde a los residentes permanentes. Incluye a los migrantes, a refugiados que llegaron a radicar en Canadá y a asilados en este Estado que obtuvieron dicha condición a través del correspondiente procedimiento. Todas estas personas tienen derecho a residir permanentemente en Canadá y a solicitar la ciudadanía después de tres años de residencia.

La segunda categoría se refiere a las personas que solicitaron el estatus de refugiado, tal como lo definen la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, pero que no han obtenido respuesta al respecto. Si se establece que la persona es apta para ser considerada como solicitante de refugio, tendría derecho a representarse a sí misma o a ser representada por un abogado en el procedimiento relativo a la determinación de su calidad de refugiado. Las personas que representen un peligro serio para Canadá o para la sociedad canadiense no pueden llevar adelante la solicitud de refugio. En la mayoría de los casos, las personas que solicitan el estatus de refugiado tienen acceso a los servicios sociales provinciales, a cuidados médicos y al mercado de trabajo. Tanto ellos como sus hijos menores de edad tienen acceso a la educación pública (desde preescolar hasta la escuela secundaria). Una vez otorgada la condición de refugiado, se puede solicitar la residencia permanente e incluir en dicha solicitud a familiares inmediatos, aunque éstos se encuentren fuera de Canadá.

La tercera categoría corresponde a los residentes temporales que llegan a Canadá para una estancia temporal. Hay varias categorías de residentes temporales de acuerdo con la *Immigration and Refugee Protection Act*: visitantes (turistas), estudiantes extranjeros y trabajadores temporales.

Aunque los trabajadores temporales no gozan, en el mercado laboral, del mismo grado de libertad que los ciudadanos canadienses y los residentes permanentes, sus derechos humanos fundamentales están protegidos por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), promulgada en 1982 como parte de la Constitución canadiense (*Constitution Act, 1982*). Dicha Carta se aplica a toda la legislación, programas y acciones gubernamentales (federales, provinciales, territoriales y municipales). La mayoría de los derechos y libertades básicos protegidos por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) están garantizados a favor de todo individuo que se halle en territorio canadiense, independientemente de su estatus migratorio o su ciudadanía. Algunos de estos derechos son: la libertad de asociación, el derecho a un debido proceso, el derecho a la igualdad ante la ley, así como el derecho a una protección igualitaria sin discriminación alguna por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física. Existen algunas excepciones, debido a que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights*

(*and Freedoms*) garantiza ciertos derechos sólo a los ciudadanos canadienses: el derecho al voto y el derecho a entrar, permanecer y salir de Canadá, entre otros. El derecho a trasladarse entre una y otra provincia, así como el derecho a trabajar en cualquier provincia se garantizan a los ciudadanos y a los residentes permanentes. Muchas de estas garantías reflejan el derecho que tienen los Estados soberanos de controlar el movimiento de personas a través de las fronteras internacionales.

El derecho a la igualdad garantizado por la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) reviste particular importancia en el contexto de esta solicitud de opinión consultiva. En 1989 la Suprema Corte de Canadá estableció, en el caso *Andrews v. Law Society of British Columbia*, que el derecho a la igualdad comprende a la igualdad sustantiva, y no solamente a la formal. La igualdad sustantiva generalmente se refiere a la igualdad de trato para las personas, y en algunas ocasiones requiere que se reconozcan las diferencias existentes de una manera no discriminatoria. Por ejemplo, dar trato igual a personas discapacitadas implica tomar las medidas necesarias para adaptar dichas diferencias y promover el acceso e inclusión de estas personas en los programas gubernamentales.

Para demostrar la violación de la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), una persona que alega discriminación debe probar: 1) que la ley le ha impuesto un trato diferente al de otros, basado en una o más características personales; 2) que el trato diferencial está motivado en discriminación por raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad, discapacidad mental o física y nacionalidad; y 3) que existe discriminación en un sentido sustantivo, en cuanto se trata a la persona con menos preocupación, respeto y consideración, de forma que ofende su dignidad humana.

Por ejemplo, en el caso *Lavoie v. Canada*, la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Canadá establecieron que la preferencia dada a los ciudadanos canadienses en los concursos para empleos en el servicio público federal discrimina por motivo de ciudadanía, y por lo tanto viola la sección 15(1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

Además de la protección constitucional, los gobiernos federales, provinciales y territoriales han promulgado legislación sobre derechos humanos para promover la igualdad y prohibir la discriminación en el empleo y en los servicios. Esta legislación se aplica a la empresa privada que actúa como empleadora y proveedora de servicios y a los gobiernos.

La Suprema Corte de Canadá ha establecido que la legislación sobre derechos humanos debe ser interpretada por los tribunales de manera que se avance en el objetivo de asegurar igualdad de oportunidades

para todas las personas. Siguiendo esta interpretación, la Suprema Corte ha llegado a una serie de conclusiones sobre el alcance de los códigos de derechos humanos, incluyendo el principio de la precedencia de éstos sobre la legislación ordinaria, a menos que ésta establezca una clara excepción. Las prácticas discriminatorias pueden estar sujetas a impugnación aun cuando sean legales. Si bien las jurisdicciones canadienses tienen diferente legislación en materia de derechos humanos, están sujetas a los principios generales mencionados y deben proporcionar las mismas protecciones fundamentales.

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

En sus observaciones escritas y orales, la Comisión expresó que:

El principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, “que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios”.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aunque no se pueda probar la intención discriminatoria.

El principio de igualdad no excluye la consideración del estatus migratorio. Los Estados tienen la facultad de determinar cuáles extranjeros pueden ingresar a su territorio y bajo qué condiciones. Sin embargo, es necesario mantener abierta la posibilidad de identificar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que constituyan violaciones al principio de igualdad.

Los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores : 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.

Existe consenso en la comunidad internacional en considerar que la prohibición de la discriminación racial y de las prácticas directamente asociadas con ella constituye una obligación *erga omnes*. El carácter de *jus cogens* del principio de no discriminación implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario. “Si bien, fuera de la prohibición de la discriminación racial, no ha existido hasta ahora el consenso de la comunidad internacional, para considerar la prohibición de la discriminación basada en otros motivos, ello no menoscaba la importancia fundamental y básica que las mismas revisten en todo el ordenamiento jurídico internacional”.

Con el fin de resaltar la importancia del principio de igualdad y no discriminación, los tratados de derechos humanos establecen expresamente ese principio en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El artículo 8.1 de la Convención Americana debe ser mencionado por su particular relevancia para la presente solicitud de opinión consultiva. La igualdad es un elemento esencial del debido proceso.

Cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1 de la Convención Americana conlleva “una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado”.

Los derechos humanos básicos deben ser respetados sin distinción alguna. Las diferencias que se establezcan en relación con el respeto y la garantía de los derechos fundamentales básicos deben ser de aplicación restrictiva y respetar las condiciones señaladas en la Convención Americana. Algunos instrumentos internacionales prevén explícitamente ciertas distinciones.

A veces el principio de igualdad exige que los Estados adopten disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por los tratados.

Los Estados americanos tienen la obligación de garantizar la protección básica de los derechos humanos, prevista en los tratados de derechos humanos, a todas las personas bajo su autoridad, “y [aquélla] no depende [...] para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración”. Los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos son susceptibles de una reglamentación razonable y el ejercicio de algunos puede ser objeto de restricciones legítimas. El establecimiento de tales restricciones debe respetar los correspondientes límites formales y sustantivos, es decir, realizarse por medio de una ley y satisfacer un interés público imperativo. No se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar aquéllas

de manera discriminatoria. Asimismo, “toda limitación permisible a los derechos jamás puede implicar la negación total del derecho”.

La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral son objetivos legítimos del Estado. En la consecución de tales objetivos los Estados pueden adoptar medidas que restrinjan o limiten algunos derechos, siempre que se respeten los siguientes criterios: 1) ciertos derechos no son derogables; 2) hay derechos que se reservan exclusivamente a los ciudadanos; 3) hay derechos que están condicionados al estatus de migrante documentado, como los relativos a la libertad de movimiento y de permanencia; y 4) ciertos derechos pueden restringirse siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) la restricción debe estar prevista por ley; b) la restricción debe responder a un interés legítimo del Estado, manifestado explícitamente; c) la restricción debe estar “racionalmente relacionada con el objetivo legítimo”; y d) no deben existir “otros medios de conseguir esos fines que sean menos onerosos para los afectados”.

El Estado tiene la carga de probar que es “permisible” restringir o excluir la aplicación de alguna disposición del instrumento internacional a una clase determinada de personas, como los extranjeros. La “condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos.”

Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que los derechos laborales se encuentran protegidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, al respecto, se refirió a la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Tomando en consideración el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo, se puede afirmar que “existe un conjunto de derechos laborales fundamentales que se derivan del derecho al trabajo y constituyen un núcleo fundamental del mismo”.

Por último, la Comisión Interamericana de derechos Humanos solicitó a la Corte que realice una sistematización de los derechos vinculados al trabajo “que los ubique en una jerarquía según la cual algunos de estos derechos laborales son considerados fundamentales”, y que por lo tanto “integra[rán] el elenco de aquellos para los cuales no se admite discriminación, ni siquiera por status migratorio”.

Costa Rica

En sus observaciones escritas y orales, Costa Rica expresó que no se referiría a la última pregunta formulada por el Estado solicitante. Antes de realizar observaciones sobre las otras tres preguntas, expuso las siguientes

consideraciones sobre la “[p]rotección de los derechos humanos de los migrantes en Costa Rica” y respecto del “principio de razonabilidad para el trato diferencial de nacionales y extranjeros”:

La Constitución Política costarricense establece una situación de “equiparamiento” en el ejercicio de los derechos y deberes de los nacionales y los extranjeros, con ciertas excepciones, tales como la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país, y las que se establezcan mediante norma de rango legal. Estas excepciones no pueden infringir los demás derechos que consagra la Constitución.

“En el plano laboral, a pesar de las medidas legales adoptadas y de las acciones ejecutivas, lamentablemente se presentan algunas situaciones de trato menos favorable para los trabajadores inmigrantes ilegales”. La Ley General de Migración y Extranjería prohíbe la contratación de extranjeros que residan ilegalmente en el país, pero a la vez establece que los empleadores que realicen tal contratación no están exentos de la obligación de brindar a los trabajadores las remuneraciones y garantías sociales de ley. Al respecto, la Dirección Jurídica de la Dirección General de Migración y Extranjería ha establecido que todos los trabajadores, independientemente de su condición migratoria, tienen derecho a la seguridad social.

Los principios de igualdad y no discriminación no implican que los derechos de los extranjeros deban ser equiparados en todos sus aspectos a los de los nacionales. Cada Estado ejerce su soberanía al definir el estatus jurídico que tendrán los extranjeros dentro de su territorio. Por ello, “se debe aplicar el principio de razonabilidad para delimitar el campo propio de acción de los foráneos en un país”.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica estableció que la razonabilidad es un requisito fundamental para que una restricción o limitación entre nacionales y extranjeros sea constitucional. Las exclusiones son aquellas en las que no se reconoce un derecho a los extranjeros, negándoles la posibilidad de realizar alguna actividad. Son ejemplos de exclusiones constitucionales de los extranjeros la prohibición de intervenir en asuntos políticos y de ocupar ciertos cargos públicos. Las limitaciones, en cambio, reconocen el derecho al extranjero, pero lo restringen o limitan razonablemente, tomando en cuenta la protección de un grupo de nacionales o de una actividad determinada, o el cumplimiento de una función social. No se deben imponer limitaciones considerando exclusivamente la nacionalidad, debido a que podrían imperar factores xenofóbicos, ajenos a los parámetros de racionalidad.

La referida Sala Constitucional también indicó que “[l]a igualdad de extranjeros y nacionales declarada por el artículo 19 de la Constitución está referida, claro está, al núcleo de derechos humanos respecto de los cuales no es posible admitir distinciones por motivo alguno, mucho

menos en razón de la nacionalidad. En este sentido, la Constitución reserva a los nacionales el ejercicio de los derechos políticos por el hecho que éstos son una consecuencia intrínseca del ejercicio de la soberanía popular misma[...].”

La Sala Constitucional ha enfatizado la necesidad de que cualquier excepción o limitación al ejercicio de un derecho fundamental que afecte a un extranjero tenga rango constitucional o legal, y que la medida se ajuste a parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y no sea contraria a la dignidad humana.

Dicho tribunal constitucional ha declarado inconstitucionales algunas normas por considerarlas irracionales e ilógicas, entre ellas: las restricciones legales que tenían los extranjeros para participar como comerciantes en un “depósito libre”; la prohibición de que los extranjeros ejercieran el notariado, de radiodifundir anuncios grabados por extranjeros y de que éstos se desempeñaran como agentes de seguridad privada; y la exclusión de los niños extranjeros como posibles beneficiarios del bono para la educación básica.

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Ningún derecho humano es absoluto y, por ende, su goce está supeditado a varias restricciones. El legislador puede establecer excepciones lógicas derivadas de la natural diferencia entre nacionales y extranjeros, pero no se pueden establecer distinciones que impliquen un vacío en el principio de igualdad. “Se debe tener presente que en todos los países existen diferencias de trato -que no riñen con los estándares internacionales de protección- por razones etáreas, de género, entre otras”.

Entre extranjeros residentes y nacionales no pueden existir diferencias en cuanto al salario, ventajas o condiciones de trabajo.

Al igual que en la mayoría de los países, la ley de Costa Rica establece que los extranjeros que residan ilegalmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia. De esta forma, la misma condición de irregularidad de una persona en un Estado del que no es nacional provoca *per se* que sus condiciones de acceso a muchos de los derechos que tiene un trabajador se vean disminuidas en forma considerable. Muchas de las prestaciones sociales en materia de salud, seguridad laboral y las estrictamente laborales, “presuponen una serie de trámites burocráticos que no se pueden llevar a cabo si la persona está indocumentada”.

Cuando la normativa interna de un Estado establece requisitos esenciales que debe cumplir una persona para hacerse acreedor de un determinado servicio, no se puede considerar que ello signifique un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migrantes indocumentados.

“Por otro lado, la inscripción por parte de un empleador de sus trabajadores indocumentados en ciertos registros implicaría implícitamente que se encuentra en violación de la legislación migratoria, lo cual lo hará acreedor de una sanción”.

En virtud de la forma en que los Estados organizan su estructura administrativa, en la práctica existen una serie de disposiciones que indirectamente impiden que los trabajadores migrantes indocumentados disfruten de sus derechos laborales.

No obstante lo anterior, un empleador que haya contratado a migrantes indocumentados tiene la obligación de pagarles el salario y otras remuneraciones. Asimismo, “la condición de irregularidad de una persona no impide que pueda acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos”, es decir, “en materia de acceso a los órganos judiciales, los trabajadores inmigrantes irregulares y miembros de sus familias tienen derecho a las garantías judiciales y protección judicial en los mismos términos que los nacionales”.

En cuanto a la pregunta 2.1) de la consulta (supra párr. 4)

El respeto a los principios de igualdad y no discriminación no significa que, de acuerdo a un criterio de razonabilidad, no se puedan establecer ciertas restricciones o requisitos para el goce de determinado derecho. El ejemplo clásico es el ejercicio de los derechos políticos, reservados para los nacionales del país. Existen otros derechos que no admiten ninguna restricción, requisito o limitante, y deben respetarse a todas las personas sin distinción. En Costa Rica, el derecho a la vida es uno de estos derechos, lo cual implica, por ejemplo, que una directriz que ordene a los guardias de frontera disparar a quienes intenten ingresar al territorio nacional por un puesto no autorizado constituiría una flagrante violación de los derechos humanos.

En cuanto a la pregunta 2.2) de la consulta (supra párr. 4)

La legal permanencia del extranjero en el Estado receptor no es condición necesaria para que se respeten sus derechos humanos y laborales. Todas las personas, independientemente de que tengan o no autorización para ingresar o permanecer en Costa Rica, pueden acudir a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con el propósito de mantener o restablecer sus derechos constitucionales y otros derechos fundamentales.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Para responder esta pregunta es necesario referirse a la jerarquía de los derechos humanos dentro del ordenamiento interno. Los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, pri[m]an por sobre la Constitución”. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tomado la normativa internacional de derechos humanos

como criterio de interpretación constitucional o como parámetro de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

Cualquier norma o política migratoria contraria a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sería absolutamente nula, aun cuando hubiera sido adoptada por el Poder Legislativo con rango legal.

Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito

En su escrito de 27 de noviembre de 2002, indicó que:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Los trabajadores migrantes indocumentados no deben carecer de protección frente al Estado; la calidad migratoria no les priva de su condición de personas. La infracción de normas domésticas no puede ser considerada como fundamento para privar a la persona de la protección de los derechos humanos, es decir, no exime a los Estados de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional. “Sostener la tesis contraria sería crear un método indirecto por el cual se discrimina a los trabajadores migrantes indocumentados negándoles hasta cierto punto la personalidad jurídica y creando una desigualdad jurídica entre [las] personas”.

No existe norma alguna en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que admita la restricción del derecho al trabajo en función de la condición migratoria. El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es explícito al referirse al origen nacional como un criterio que no puede ser utilizado para discriminar a un ser humano, y además agrega que “cualquier otra condición social” tampoco puede ser invocada para negar a una persona el trato igual ante la ley. “La norma es clara: la condición social de documentado o indocumentado no puede ser utilizada como fundament[o] para negar el ejercicio de cualquier derecho humano y en consecuencia recibir un trato desigual ante la Ley”. Por su parte, el artículo 24 de la Convención Americana no permite, bajo ninguna interpretación, que la igualdad esté supeditada a la residencia legal o ciudadanía de una persona.

Actualmente, los migrantes se enfrentan con legislaciones y prácticas laborales discriminatorias por parte de los Estados y, lo que es peor, sufren la constante negación de instancias gubernamentales y de garantías del debido proceso. “La situación es grave para los migrantes que se encuentran documentados, pero es aún más grave para aquellos que no han podido legalizar su situación jurídica en el país en [el] que viven”.

La Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han elaborado normas que sirven al propósito de prevenir la desprotección jurídica de los migrantes. Por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de

Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al referirse a los trabajadores migrantes, no establece diferencia alguna con base en su estatus jurídico, “es decir, le[s] reconoce a [los] migrante[s] todos los derechos humanos, civiles, políticos, sociales, culturales o relativos al trabajo, más allá de que sean o no documentados”. Además, como esfuerzo previo para mejorar la situación de los derechos humanos de los migrantes, el Convenio No. 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, contiene importantes disposiciones al respecto.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha emitido dos recomendaciones relevantes. Sin embargo, la Recomendación No. 86 sobre los Trabajadores Migrantes (revisada en 1949) “es en si discriminatoria, en tanto sólo se aplica para los trabajadores que sean admitidos como trabajador migrante. Al parecer no se aplicaría a los indocumentados”. En 1975 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió la Recomendación No. 151 sobre los Trabajadores Migrantes, la cual también rige solamente para los migrantes documentados. “Es decir, aunque se manifiesta una preocupación por los trabajadores migrantes, se les reconoce derechos únicamente por su status legal, mas no por su condición de ser humano”.

En este sentido, el desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas en este ámbito del derecho internacional ha sido más coherente. Por ejemplo, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44 reconoce que los principios y normas consagrados en la Declaración Universal se aplican a todas las personas, incluidos los migrantes, sin hacer referencia alguna a la situación legal de éstos.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se refiere al trabajador migratorio sin diferenciar entre el documentado y el indocumentado.

Los Estados no pueden dar un trato diferenciado a los migrantes que se encuentren en su territorio, independientemente del estatus migratorio de éstos. “[L]a Corte debería responder a la primera pregunta afirmando que[,] de acuerdo con las normas internacionales vigentes, no es posible establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados”.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Los Estados no pueden establecer discriminaciones en razón de que la estancia de una persona no se encuentre regularizada, y tampoco pueden omitir las garantías necesarias para la protección de los derechos fundamentales de carácter universal. “Es inaceptable que cualquier Estado no garantice y proteja los derechos humanos de cualquier persona que se encuentre dentro de su territorio”.

Los artículos mencionados en las preguntas en cuestión establecen categóricamente la igualdad ante la ley de todas las personas. La calidad de persona no se adquiere en el momento en que se le admite legalmente en cierto territorio, sino es una calidad intrínseca al ser humano. Más aún, los referidos artículos contienen una lista ejemplificativa de las razones por las cuales no se puede discriminar a una persona y concluyen con frases tales como “ni otra alguna” o “cualquier otra condición”. Los derechos y libertades proclamados en los instrumentos internacionales “pertenece[n] a todos, por el hecho de ser personas, y no por el reconocimiento que un Estado les otorgue en cuanto a su condición migratoria”. “[N]o hay criterio de distinción que sea permitido por la normativa internacional para menoscabar o restringir los derechos humanos”.

El Estado no puede negar a ninguna persona los derechos laborales consagrados en muchas normas internacionales. La privación de uno o más derechos laborales, con fundamento en la condición indocumentada de un trabajador migrante, es absolutamente incompatible con los deberes de los Estados americanos de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las citadas disposiciones.

De conformidad con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana, “no se puede alegar el derecho de cada [E]stado a aceptar o no dentro de su territorio a determinado individuo, para limitar el derecho a la igualdad ante la ley ni ninguno de los derechos establecidos en dicho instrumento”.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (supra párr. 4)
“[N]i tratándose del orden público, que es el fin último de cualquier Estado, es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho [h]umano, invocando objetivos de política interna”.

Los derechos humanos no pueden estar subordinados a leyes internas, sean éstas de política migratoria o de cualquier otro carácter. El derecho a la no discriminación no puede estar condicionado al cumplimiento de objetivos de política migratoria, aunque tales objetivos se encuentren contemplados en leyes internas. “En virtud de las obligaciones internacionales, las leyes que restringen el igual goce de los derechos humanos por toda persona son inadmisibles y el Estado está en obligación de suprimirlas”. Además, por tener el carácter de *erga omnes* “estas obligaciones” pueden ser aplicables a terceros que no sean parte de la Convención que las reconoce.

Más allá de las obligaciones convencionales relativas a la prohibición de discriminación, todos los Estados tienen la obligación *erga omnes*, es decir, ante la comunidad internacional, de impedir cualquier forma de discriminación, inclusive la derivada de su política migratoria.

La prohibición de la discriminación “es un valor esencial para la comunidad internacional, por ello ninguna política interna podría estar dirigida a la tolerancia o permisión de la discriminación en cualquier forma que afecte el goce y ejercicio de los derechos humanos”.

“[L]a Corte debe [re]solver la pregunta señalando que es inaceptable cualquier subordinación del goce y ejercicio de los Derechos Humanos, a la existencia de políticas migratorias y a la consecución de los fines establecidos para dichas políticas”.

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (supra párr. 4):

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites en el ejercicio del poder por parte de los Estados. Dichos límites están determinados tanto convencionalmente como en disposiciones de carácter consuetudinario y normas imperativas o de *jus cogens*.

“Al igual que las obligaciones *erga omnes*, el *ius cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho [I]nternacional condiciona la validez de las normas”.

Hay poca discusión sobre la existencia de estas normas imperativas dentro del derecho internacional. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no delimita el contenido del *jus cogens*, es decir, no determina cuáles son esas normas imperativas, sino solamente cita algunos ejemplos. En el artículo 53 de la referida Convención se establecen cuatro requisitos para determinar si una norma tiene el carácter de *jus cogens*, a saber: estatus de norma de derecho internacional general, aceptación por la comunidad internacional, inmunidad de derogación, y modificable únicamente por una norma del mismo estatus.

“Cabe preguntarse entonces si ofendería la conciencia de la humanidad y moralidad pública el que un Estado [rechace] el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley. La respuesta es, a todas luces[,] afirmativa”.

“[E]s imperativo que la Corte analice si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley cumplen con los 4 requisitos de una norma de *ius cogens*”.

Si la Corte aceptare que tanto el principio de no discriminación como el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley son normas de *jus cogens*, se derivarían varios efectos jurídicos. Sobre el particular, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que tales efectos comprenderían: el reconocimiento de que la norma es jerárquicamente superior con respecto a cualquier norma de derecho internacional, exceptuando otras normas de *jus cogens*; en caso de conflicto, tendría la primacía la norma de *jus cogens* frente a cualquier otra norma de

derecho internacional, y sería nula o carecería de efectos legales la disposición que sea contraria a la norma imperativa.

Resulta necesario determinar los efectos jurídicos que se derivan de manera individual y colectiva de la vigencia de las normas contenidas en los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA. De conformidad con las referidas normas, los Estados partes asumen el compromiso, tanto individual como colectivamente, de “prevenir, proteger y sancionar” cualquier violación de los derechos humanos. El espíritu del artículo 17 de la Carta de la OEA es crear principios vinculantes para los Estados, aunque éstos no hubieren reconocido la competencia de la Corte, de manera que respeten los derechos fundamentales del ser humano. La mencionada Carta proclama el goce de los derechos humanos sin distinción alguna. Tanto los Estados partes como los órganos de la OEA tienen el deber de impedir cualquier violación a los derechos humanos y permitir el goce efectivo de los mismos de manera plena y absoluta.

“Si la Corte decidiere que el principio de no discriminación es una regla de *jus cogens*[...] entonces podemos entender también que estas normas son vinculantes para los Estados sin importar siquiera la ratificación de los convenios internacionales; ya que [...] los principios [de] *jus cogens* crean obligaciones *erga omnes*”. Si tal principio fuera considerado como una norma de *jus cogens* formaría parte de los derechos fundamentales del ser humano y de la moral universal.

La Corte debería responder esta pregunta afirmando que el principio de no discriminación es una norma internacional imperativa “y por lo tanto las normas de los Arts. 3(1) y 17 de la Carta de la OEA deben ser interpretad[a]s bajo la misma óptica”.

Delgado Law Firm

En su escrito de 12 de diciembre de 2002, expresó que:

Lo decidido por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso de *Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labor Relations Board* ha generado inseguridad en lo que respecta a los derechos de los migrantes en ese país, situación que puede tener graves implicaciones en la vida del migrante.

En el ámbito del derecho laboral, los Estados Unidos de América no tratan a los migrantes en situación irregular con igualdad ante la ley. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América determinó que un empleador estadounidense puede violar los derechos laborales de un trabajador migrante en situación irregular sin tener que pagarle salarios caídos [*back pay*]. En el mencionado caso de *Hoffman Plastic Compounds*, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un trabajador migrante en situación irregular y no ordenó indemnización ni compensación alguna a favor del trabajador.

De acuerdo con la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, un trabajador migrante incurre en “mala conducta grave” cuando obtiene un empleo en contravención de la *Immigration Reform and Control Act (IRCA)*. Sin embargo, en dicho caso la Suprema Corte de los Estados Unidos de América no negó que el empleador hubiera despedido al trabajador por intentar organizar un sindicato, lo cual implica la responsabilidad del empleador por haber cometido una violación obvia de las leyes laborales. Pese a que el empleador incurrió en tal violación, no fue tratado en forma igualitaria por la Suprema Corte.

Aunque los Estados Unidos de América dicen que existe una política interna para desalentar la inmigración ilegal, en realidad continúan tomando medidas que hacen más barato y, por lo tanto, más atractivo para los empleadores estadounidenses contratar trabajadores migrantes en situación irregular. Por ejemplo, inclusive en los Estados Unidos de América se concuerda en que lo decidido en el caso *Hoffman Plastic Compounds* causará que aumente la discriminación contra los trabajadores indocumentados, ya que los empleadores pueden alegar que desconocían que el trabajador era indocumentado para evitar cualquier responsabilidad por violar los derechos de sus trabajadores.

Este tratamiento discriminatorio de los migrantes en situación irregular es contrario al derecho internacional. Contar con mano de obra barata sin garantizarle los derechos humanos básicos no es una política inmigratoria legítima.

Los efectos de la *Immigration Reform and Control Act* y del caso *Hoffman Plastic Compounds* indican que hay un aumento de discriminación hacia los trabajadores migrantes indocumentados. Incluso, el razonamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sugiere que permitir que los trabajadores en situación irregular intenten acciones o reclamos serviría para “estimular la inmigración ilegal”.

Los trabajadores en situación irregular en los Estados Unidos de América están expuestos a condiciones laborales “peligrosas”. La política interna de inmigración no puede ser distorsionada al extremo de utilizarla para exonerar a los empleadores que exponen a los trabajadores migrantes en situación irregular a riesgos irrazonables de muerte.

Los Estados Unidos de América continúan beneficiándose diariamente de la presencia en su fuerza laboral de una significativa cantidad de trabajadores migrantes en situación irregular. Cálculos conservadores sugieren que hay al menos 5.3 millones de migrantes en situación irregular trabajando en los Estados Unidos de América, y que tres millones de ellos provienen de México. A ningún Estado se le debe permitir beneficiarse, a sabiendas y continuamente, del sudor y trabajo de millones de trabajadores migrantes, mientras finge al mismo tiempo que no desea a tales trabajadores y, por lo tanto, no les tiene que garantizar siquiera sus derechos más básicos. Los trabajadores migrantes tienen

derecho a una protección igualitaria de la ley, incluyendo la protección a sus derechos humanos.

Los trabajadores indocumentados que han presentado quejas sobre salarios y condiciones de trabajo en los Estados Unidos de América, han sido intimidados por sus empleadores, quienes usualmente los amenazan con llamar al *Immigration and Naturalization Service*.

Además, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América declaró en el caso *Hoffman Plastic Compounds* que cualquier persona en situación irregular en el país no puede demandar a su empleador por los salarios devengados no pagados (*backwages*), debido a su estatus migratorio.

El principio de igualdad ante la ley estipulado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga al Estado a no expedir legislaciones que establezcan diferencias entre trabajadores basadas en su origen étnico o nacional.

El principio de igualdad ante la ley se aplica al goce de derechos civiles, políticos, económicos y sociales sin distinción alguna.

Todos los trabajadores tienen derecho al reconocimiento de sus derechos humanos básicos, incluyendo el derecho de ganarse la vida y el de contar con representación legal, sin importar su estatus migratorio.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado importantes tratados tales como el Convenio No. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Este Convenio establece el igual trato entre los migrantes y los nacionales con respecto a la seguridad en el empleo, readaptación, seguro social, derechos por trabajo realizado y otros beneficios.

Se considera que muchos de los derechos contemplados en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) constituyen derecho internacional consuetudinario. Estos derechos también están incluidos en las convenciones más importantes de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Se insiste, finalmente, en que los derechos humanos se extienden a todos los trabajadores migrantes, sin importar si se encuentran en situación regular o irregular en un Estado.

Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

En sus intervenciones escritas y orales, indicaron que:

Respecto de la admisibilidad de la consulta:

Es clara la importancia que tiene la opinión consultiva solicitada “no sólo para México, sino para toda América Latina, por la cantidad de migrantes en situación irregular que se encuentran en otros países y por ser considerados como un grupo vulnerable propenso a la violación sistemática de sus Derechos Humanos”.

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4):

Aunque los derechos laborales han sido enmarcados dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, en realidad forman parte de un todo indisoluble de los derechos humanos, no jerarquizados, ya que son inherentes a la dignidad humana.

“El problema de la discriminación aparece, sobre todo, en materia laboral”. Los migrantes indocumentados tienen diversas desventajas, tales como: pago de salarios bajos, pocas o nulas prestaciones sociales o gastos en salud, imposibilidad de organización sindical, y constante amenaza de despido o denuncia ante las autoridades migratorias. “Lo anterior se confirma de manera institucional”. Algunas leyes y resoluciones emitidas en los Estados Unidos de América establecen una distinción entre migrantes indocumentados, nacionales y residentes “que no es objetiva y razonable, y consecuentemente deviene en una clara discriminación”.

El principio de no discriminación se aplica a todos los derechos y libertades, al amparo del derecho interno y del derecho internacional, conforme a lo estipulado en el artículo II de la Declaración Americana y en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana.

Es indiscutible que los Estados tienen la facultad soberana de promulgar leyes y reglamentos en materia laboral, y establecer los requisitos que consideren convenientes para que los extranjeros se integren a su mercado laboral. Sin embargo, esta facultad no puede ejercerse al margen del *corpus juris* internacional de los derechos humanos.

“Los Derechos Humanos no dependen de la nacionalidad de la persona, del territorio donde se encuentre o de su estatus jurídico porque los porta en sí misma. Sostener lo contrario sería tanto como negar la dignidad humana. Si los Derechos Humanos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del Estado para violarlos o impedir su protección internacional”.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (supra párr. 4):

Los tratados de derechos humanos se inspiran en una noción de garantía colectiva, de manera que no establecen obligaciones *vis a vis* entre los Estados, sino que determinan la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en tales instrumentos a todos los seres humanos.

Toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine*, es decir, éstos deben ser interpretados de la manera que más favorezca al ser humano, “por lo que es inaceptable que los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto, así como 1 y 24 de la Convención Americana se interpreten en el sentido de menoscabar derechos humanos a un grupo de personas por su sola condición de indocumentado[s]”.

Una interpretación de cualquier instrumento internacional que conduzca al menoscabo de un derecho o libertad de una persona que no tenga estancia legal en el país en donde se encuentre, es contraria al objeto y fin que persiguen todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (supra párr. 4):

Los Estados tienen la facultad soberana de emitir leyes y reglamentaciones en materia migratoria y de establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, siempre que tales normas internas sean compatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Las referidas diferencias deben tener una justificación objetiva y razonable; en consecuencia, deben perseguir un fin legítimo y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Un Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expida una ley manifiestamente violatoria de dicho instrumento o que realice actos que disminuyan, en perjuicio de un grupo de personas, los derechos y libertades contenidos en dicho tratado, incurre en responsabilidad internacional.

La igualdad ante la ley y la no discriminación son principios esenciales que se aplican a todas las materias. Por lo tanto, cualquier actuación del Estado, inclusive la que estuviere conforme a su legislación interna, que subordine o condicione los derechos humanos fundamentales de algún grupo de personas implica el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar estos derechos y, en consecuencia, acarrea su responsabilidad internacional agravada y es legítimo que la invoque cualquier sujeto de derecho internacional.

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (supra párr. 4):

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ha reconocido la existencia de normas de *jus cogens*, al establecerlas como disposiciones imperativas de derecho internacional. Sin embargo, no las definió de manera clara.

Las normas de *jus cogens* atienden a la necesidad de establecer un orden público internacional, ya que en una comunidad regida por el

derecho deben existir normas superiores a la voluntad de los sujetos que la integran.

La comunidad internacional ha repudiado las violaciones del principio de no discriminación y del derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley.

Con respecto a la situación en la que se encuentran los trabajadores migrantes indocumentados, el principio de no discriminación y el derecho de igualdad ante la ley poseen importancia trascendental, en virtud de que su violación conlleva la violación sistemática de otros derechos.

El principio de no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley “que integran la idea misma de los Derechos Humanos, son normas de *ius cogens*”. Las normas de *jus cogens* son oponibles *erga omnes*, en virtud de que contienen valores elementales y consideraciones de humanidad basadas en el consenso universal, por la naturaleza especial del objeto que protegen.

Javier Juárez, del Law Office of Sayre & Chavez En su escrito de 6 de febrero de 2003, expresó que:

El 27 de marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que los trabajadores migrantes indocumentados despedidos indebidamente por organizar sindicatos, no tienen derecho al pago de salarios caídos [*back pay*], de acuerdo con la *National Labor Relations Act*.

Para los trabajadores indocumentados esta decisión crea una clara excepción legal a las garantías otorgadas a otros trabajadores, y por lo tanto, contraviene el texto de los acuerdos internacionales que buscan la igualdad de protección para los trabajadores migrantes y agudiza la vulnerabilidad que los distingue de otros grupos de la población.

El caso mencionado involucra al señor Castro, un trabajador contratado en la planta de la compañía *Hoffman Plastic Compounds* en Los Ángeles, California. En 1989, cuando el señor Castro contribuyó a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, fue despedido. En enero de 1992 la *National Labor Relations Board* decidió que tal despido era ilegal y ordenó el pago de salarios caídos [*back pay*] y la reinstalación del señor Castro.

En junio de 1993, durante la audiencia realizada ante un juez administrativo de la *National Labor Relations Board* para determinar el monto del pago de salarios caídos [*back pay*], el señor Castro declaró que nunca había sido admitido legalmente ni autorizado para trabajar en los Estados Unidos de América. Debido a esta declaración, el juez administrativo decidió que no se podía otorgar el pago de salarios caídos [*back pay*], ya que ello estaría en conflicto con la *Immigration Control and*

Reform Act de 1986. Esta ley prohíbe que los empleadores contraten a trabajadores indocumentados, con conocimiento de ello, y que los empleados utilicen documentos falsos para ser contratados.

En septiembre de 1998 la *National Labor Relations Board* revocó la referida decisión del juez administrativo e indicó que la forma más efectiva de fomentar las políticas de inmigración era proporcionando a los trabajadores indocumentados las mismas garantías y recursos de la *National Labor Relations Act* que se otorgan a los demás empleados.

La *National Labor Relations Board* decidió que aunque el trabajador indocumentado no tenía derecho a ser reintegrado, se le debían pagar los salarios caídos [*back pay*] y los intereses acumulados por los tres años de trabajo perdido.

La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América denegó la solicitud de revisión presentada por la compañía *Hoffman Plastic Compounds* y reafirmó la decisión de la *National Labor Relations Board*.

El 27 de marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró el caso y anuló el pago que se debía realizar al trabajador.

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que denegó el pago al trabajador indicó que permitir a la *National Labor Relations Board* que reconozca el pago de salarios caídos [*back pay*] a extranjeros ilegales, perjudicaría las prohibiciones estatutarias fundamentales para la política federal de inmigración. Ello estimularía la sustracción de las personas a las autoridades migratorias, perdonaría las violaciones que se realicen a las leyes de inmigración y fomentaría futuras infracciones.

La opinión de la minoría de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América estableció que la decisión adoptada en el caso *Hoffman Plastic Compounds* debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados. La opinión disidente en este caso estableció que el pago de salarios caídos [*back pay*] no es contrario a la política nacional de inmigración.

La referida opinión disidente también señaló que no aplicar la legislación laboral deja indefensas a las personas que más necesitan protección ante la explotación por parte del empleador. Agregó que la ley de inmigración no debilita ni disminuye la protección legal, ni limita el poder para remediar prácticas injustas que se cometan en contra de los trabajadores indocumentados.

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América implica, en su forma más amplia, que los trabajadores indocumentados no tienen el derecho de demandar para obtener el pago de horas laborales extras, violaciones al salario mínimo o discriminación.

Sin embargo, en dos casos diferentes, relacionados con violaciones al salario mínimo, una Corte de Distrito y una Corte Superior decidieron que el estatus migratorio de los trabajadores no era relevante para solicitar el pago de salario mínimo por el tiempo en que se trabajó.

Mencionó varias autoridades estatales que consideran que la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds* conlleva un impacto negativo sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes.

La mayoría de trabajadores migrantes no están dispuestos a ejercer sus derechos, y en muchas ocasiones no se denuncian los abusos que reciben.

También los grupos empresariales confirman la vulnerabilidad legal, social y económica de los trabajadores indocumentados. Recientemente, el *Center for Labor Market Studies* de *Northwestern University* llevó a cabo un estudio sobre el impacto de los migrantes en los Estados Unidos de América. El director del estudio indicó que en los últimos cien años la economía de los Estados Unidos de América se ha hecho más dependiente de la mano de obra migrante. Agregó que muchos de estos nuevos trabajadores migrantes, posiblemente la mitad, se encuentran en los Estados Unidos de América sin documentos legales, lo que significa que la economía es dependiente de personas que están en la “tierra legal de nadie”.

En síntesis, la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds* puede ser vista como una de las últimas adiciones al esquema legal que, directa o indirectamente, ha negado a los migrantes las garantías básicas necesarias para aliviar su vulnerabilidad social y económica.

Muchas diferencias de trato se derivan directamente del estatus de indocumentado de los trabajadores, y en algunas ocasiones esas diferencias de trato se extienden también a los migrantes documentados.

Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justiça Global/Global Justice Center

En sus intervenciones escritas y orales, manifestaron que:

Tienen interés en el caso y en particular en los derechos laborales de los trabajadores migrantes en las Américas.

Apoyan el argumento de México en cuanto a que los hechos demuestran que los trabajadores migrantes no gozan de derechos humanos universales en condiciones justas y equitativas. El vacío existente entre las normas internacionales actuales que protegen a los trabajadores migrantes y la práctica y legislación discriminatorias a nivel nacional, constituyen los mayores retos que enfrentan los trabajadores migrantes.

Proceden a revisar las leyes y la práctica de algunos Estados americanos para entender la divergencia que existe entre los derechos de los trabajadores migrantes y la política pública en esta materia.

En cuanto a las leyes y prácticas en Argentina:

Según la Ley General de Migraciones de Argentina sólo los migrantes admitidos como residentes permanentes gozan de todos los derechos civiles garantizados en la Constitución, incluido el derecho al trabajo. El derecho al trabajo que se otorga a los migrantes temporales o transitorios es más restringido, mientras que los migrantes en contravención de la Ley General de Migraciones no tienen ningún derecho a trabajar y pueden ser detenidos y expulsados.

Los requisitos establecidos en el Decreto No. 1434/87 para obtener la residencia legal en Argentina son prácticamente imposibles de cumplir por muchos migrantes indocumentados. El mencionado decreto establece que la Dirección Nacional de Migraciones puede negar la residencia legal a los migrantes que: 1) entraron al país evitando el control migratorio, 2) se quedaron en el país en contravención de la ley por más de treinta días, o 3) trabajan sin la autorización legal de la Dirección Nacional de Migraciones. Además, el Ministerio del Interior tiene amplios poderes discrecionales para negar la residencia legal a los migrantes.

En la práctica, debido a que la mayoría de migrantes en Argentina cuentan con escasos recursos y no son profesionales ni tienen parientes argentinos, la mejor oportunidad para regularizar su estatus migratorio es con la presentación de un contrato de trabajo escrito con un empleador argentino. Sin embargo, como las regulaciones son muy complicadas, muchos migrantes se ven obligados a mantener su estatus ilegal. Consecuentemente, deben aceptar condiciones laborales precarias, salarios sumamente bajos y sufrir otros abusos por parte de sus empleadores.

En cuanto a las leyes y prácticas en el Brasil:

La Constitución Federal del Brasil, de 1988, garantiza la validez de los derechos que se desprenden de los tratados internacionales de los que el Brasil es parte. Además, la Constitución Federal establece un trato igual para nacionales y extranjeros.

Las leyes laborales del Brasil no distinguen entre nacionales y extranjeros. Los trabajadores indocumentados tienen derecho a recibir salarios y beneficios sociales por concepto de trabajo realizado. Además, no hay disposición alguna que limite el acceso a la justicia por la nacionalidad del demandante.

En la práctica, los trabajadores irregulares en el Brasil experimentan muchas dificultades, incluyendo largas horas de trabajo y salarios inferiores al mínimo. Muchos migrantes irregulares nunca denuncian los

abusos por temor a ser deportados. Este temor también causa que los migrantes irregulares no envíen a sus niños a la escuela, no soliciten una licencia de manejar, no adquieran bienes ni visiten sus países de origen.

Además, estos trabajadores tienen poca información sobre sus derechos y sólo pueden hacerlos valer cuando obtienen ayuda de las organizaciones no gubernamentales que trabajan con migrantes.

En cuanto a las leyes y prácticas en Chile:

De conformidad con la normativa chilena, los trabajadores nacionales y extranjeros tienen iguales derechos laborales.

Conforme a la ley laboral chilena, el contrato de trabajo no tiene que ser escrito; sin embargo, la ley migratoria requiere que los trabajadores migrantes cuenten con un contrato escrito otorgado ante notario público, en el que el empleador se comprometa a pagar el transporte del migrante a su país cuando termine el contrato.

Los trabajadores migrantes que laboran en Chile sin un contrato escrito, frecuentemente reciben salarios muy bajos, no tienen acceso a los beneficios del seguro social y pueden ser despedidos en cualquier momento sin compensación monetaria. Esta situación es especialmente difícil para los trabajadores migrantes en situación irregular, porque temen ser identificados por las autoridades de inmigración.

Además, debido a que los trabajadores irregulares normalmente no poseen documentos nacionales de identidad, carecen de acceso a muchos servicios públicos, como atención médica y vivienda pública.

La legislación laboral no regula de manera expresa los derechos de los trabajadores que no cuentan con contrato, por lo que la situación de tales trabajadores la regulan la Dirección y las Inspecciones de Trabajo. La información sobre la interpretación de la ley realizada por las referidas autoridades laborales no es muy accesible para los trabajadores migrantes. La legislación chilena sobre trabajadores extranjeros no se encuentra al día y les provee poca protección, especialmente en las disputas laborales.

En cuanto a las leyes y prácticas en la República Dominicana:

El mayor obstáculo a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes en la República Dominicana es la dificultad que enfrentan los haitianos para establecer su residencia legal en aquel país. Al obtener su estatus legal, la ley garantiza a los migrantes los mismos derechos civiles que tienen los dominicanos. La ley no distingue entre ciudadanos y extranjeros documentados en lo que respecta a sus derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos laborales básicos están garantizados a todos los trabajadores, independientemente de que residan legalmente en el país o no.

Hay diversos problemas en el ámbito laboral, como: salario mínimo insuficiente para gozar de una vida digna; requisitos inalcanzables para negociar colectivamente; multas a los empleadores que son insuficientes para prevenir la violación de los derechos de los trabajadores; y corrupción de inspectores de salud y de seguridad.

La mayoría de trabajadores migrantes haitianos en la República Dominicana enfrentan jornadas de trabajo largas, salarios bajos e inestabilidad en el trabajo. Sus condiciones de vida son inadecuadas. La mayoría de los trabajadores no tienen agua potable, facilidades sanitarias ni servicios médicos y sociales.

La capacidad de los trabajadores migrantes haitianos para combatir estas condiciones de trabajo injustas está severamente limitada. Tienen que enfrentarse a una actitud política y social generalmente hostil. A la vez, la gran mayoría de estos trabajadores no tienen acceso a la asistencia legal y, en consecuencia, a los tribunales laborales.

La forma de aplicar las leyes migratorias y de ciudadanía en la República Dominicana contribuye a perpetuar la ilegalidad permanente de los haitianos y dominicanos de descendencia haitiana. Además, debido a su pobreza y analfabetismo, es muy difícil que los trabajadores migrantes cumplan con los requisitos necesarios para obtener permisos de trabajo temporales. El estatus de los trabajadores haitianos como migrantes irregulares afecta a sus hijos, inclusive los nacidos en la República Dominicana. Los hijos de haitianos que nacen en la República Dominicana no son considerados ciudadanos, en virtud de que se caracteriza a los haitianos como extranjeros en tránsito. Esta situación ha causado que los haitianos estén sujetos a deportación en cualquier momento, y de hecho se han realizado expulsiones masivas en violación del debido proceso.

La República Dominicana se ha beneficiado por décadas de la mano de obra barata de haitianos, y el Estado ha desarrollado un sistema que mantiene este flujo de trabajadores migrantes sin tomar las medidas mínimas para garantizarles los derechos fundamentales.

En cuanto a las leyes y prácticas en los Estados Unidos Mexicanos:

De conformidad con los artículos 1 y 33 de la Constitución Política, los cuales se refieren a la igualdad de protección, los derechos laborales constitucionales se deben garantizar a todos los migrantes.

México está obligado por su Constitución a ejecutar los tratados bilaterales y multi-laterales sobre derechos laborales de los trabajadores migrantes que haya suscrito. Dichos tratados garantizan una protección igualitaria y no discriminatoria, así como otras garantías más específicas.

La Ley Federal de Trabajo permite que los migrantes trabajen legalmente en México como visitantes. Sin embargo, existen restricciones

profesionales a las categorías de visitantes, categorías que comprenden a la mayoría de los trabajadores migrantes de América Central, quienes generalmente son mano de obra menos calificada. Por lo tanto, los trabajadores provenientes de América Central sólo pueden entrar legalmente a México bajo la categoría denominada “Forma Migratoria para Visitantes Agrícolas” o bajo la “Forma Migratoria para Visitantes Locales Fronterizos”. Algunas disposiciones de la Ley Federal de Trabajo permiten un tratamiento preferencial en la contratación de los trabajadores mexicanos con respecto a los trabajadores migrantes.

Las violaciones más comunes a los derechos de los trabajadores migrantes son: largas jornadas de trabajo; inadecuadas condiciones de vivienda, salud y transporte; salarios más bajos que el mínimo; reducción de salarios por comida y vivienda; retención de salarios y de documentos de trabajo, y discriminación racial. Debido a las graves condiciones sociales y económicas que prevalecen en sus países de origen, muchos trabajadores agrícolas migratorios se ven obligados a aceptar estos abusos.

Aunque existen los programas de “Forma Migratoria para Visitantes Agrícolas” y “Forma Migratoria para Visitantes Locales Fronterizos”, y se han dado algunos pasos a favor de la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, el manejo de estos programas ha sido inadecuado; no han evitado los abusos en contra de los trabajadores. Por ejemplo, las Juntas Locales de Arbitraje y Conciliación resuelven los conflictos entre los trabajadores y los empleadores, pero el proceso es frecuentemente lento. Incluso, muchos de los trabajadores acuden a las Juntas sin representación legal alguna y son deportados sumariamente, aun cuando sus casos están pendientes.

En cuanto a las leyes y práctica en los Estados Unidos de América:

Los Estados Unidos de América, como Estado parte de la Carta de la OEA, está sujeto a las obligaciones impuestas por la Declaración Americana, que garantiza el derecho al trabajo y a una remuneración justa, así como el derecho a organizar sindicatos y a recibir un tratamiento igual ante la ley. La Declaración Universal también garantiza el derecho a formar sindicatos y al pago igual por trabajo igual. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual los Estados Unidos de América son parte, garantiza el derecho de igualdad ante la ley, sin discriminación, y prevé el derecho a formar sindicatos. Finalmente, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) protegen los derechos laborales de los trabajadores irregulares.

Bajo la actual ley laboral de los Estados Unidos de América, los trabajadores irregulares son reconocidos como “empleados”, lo cual les da derecho a la protección indicada en los principales estatutos laborales federales. Sin embargo, en la práctica no son tratados de forma igualitaria.

La *National Labor Relations Act* (“NLRA”) autoriza a la *National Labor Relations Board* (“NLRB”) a disponer reparaciones a favor de los empleados que son víctimas de prácticas laborales injustas. Por ejemplo, en caso de despido injustificado, tal reparación puede consistir en la reinstalación en el trabajo y el pago de salarios caídos [*back pay*]. En el caso de *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* (2002) la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que un trabajador irregular no tenía derecho al pago de los salarios caídos [*back pay*], aun cuando había sido despedido por participar en la organización de un sindicato para obtener una remuneración justa. En este caso, la Suprema Corte decidió que “la política migratoria prevalecía sobre la política laboral”. Conforme al fallo de la Suprema Corte en el caso de *Sure -Tan v. National Labor Relations Board* (1984), los trabajadores pueden ser entregados al Servicio de Inmigración y Naturalización aun cuando el motivo del empleador para hacerlo sea el ejercicio de una represalia ilegal en contra de un trabajador dedicado a una actividad protegida por la *National Labor Relations Act*. Con estas decisiones, la Suprema Corte ha creado desigualdad en la ley laboral de los Estados Unidos de América, basada en el estatus migratorio de las personas.

Muchos de los trabajadores irregulares en los Estados Unidos de América enfrentan graves problemas debido a las malas condiciones de salud y seguridad en el trabajo, ya que reciben salarios menores al mínimo legal. Los trabajadores migrantes también son blanco de la violencia de terceros y de la discriminación. Varios Estados niegan a los trabajadores en situación irregular el acceso a la educación y a la atención médica. Además, los trabajadores en situación irregular que defienden sus derechos corren el riesgo de ser reportados al *Immigration and Naturalization Service*. Los migrantes indocumentados no tienen acceso a representación legal pública, lo que dificulta que los trabajadores hagan valer sus derechos.

Esta difícil situación de los trabajadores irregulares también afecta a los trabajadores migrantes que se encuentran con el programa de visas “H2A” y “H2B”. Los derechos de estos trabajadores son muy restringidos; por ejemplo, no están abarcados por la ley que provee pago por horas de trabajo extra. Además, el permiso de estar legalmente en el país se encuentra condicionado a la continuidad en el trabajo con un empleador particular, lo cual restringe la posibilidad de exigir sus derechos.

Finalmente, aproximadamente 32 millones de trabajadores, incluyendo muchos migrantes que realizan trabajo doméstico y en el campo, no están protegidos por la disposición de la *National Labor Relations Act* que establece el derecho a organizar un sindicato, además de que no cuentan con la protección de ninguna ley estatal.

Thomas Brill, del Law Office of Sayre & Chavez

En sus intervenciones escritas y orales, expresó que:

En marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió, en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos [*lost wages*], después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la *National Labor Relations Act*.

La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988. En diciembre de 1988 el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la empresa despidió al señor Castro y a otros tres trabajadores por intentar formar y ser parte de un sindicato. En enero de 1992 la *National Labor Relations Board* ordenó a la compañía *Hoffman Plastic Compounds* que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos [*back pay*] que eventualmente habría recibido si no fuera por la decisión que tomó la empresa de despedirlo a causa de estar involucrado en actividades sindicales. La empresa se negó a pagar al señor Castro los salarios caídos [*back pay*] debido a que éste admitió que no tenía permiso de trabajo.

En septiembre de 1998 la *National Labor Relations Board* decidió que la compañía *Hoffman Plastic Compounds* debía pagar al señor Castro los salarios caídos [*back pay*] correspondientes al período que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía la documentación correspondiente al permiso de trabajo. En tal decisión, la *National Labor Relations Board* dijo que “[l]a forma más efectiva de adaptar y fomentar las políticas de inmigración de los Estados Unidos [...] es proporcionando las garantías y los recursos de la *National Labor Relations Act* a los trabajadores indocumentados de la misma manera que a otros empleados”. La *National Labor Relations Board* ordenó que la empresa *Hoffman Plastic Compounds* pagara la cantidad de US \$66.951 (sesenta y seis mil novecientos cincuenta y un mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de salarios caídos [*back pay*] al señor José Castro. La compañía *Hoffman Plastic Compounds* se negó a pagar al señor Castro y presentó una apelación. En el año 2001 la Corte Federal de Apelaciones confirmó lo ordenado por la *National Labor Relations Board*, y entonces la compañía *Hoffman Plastic Compounds* presentó una apelación ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

En su decisión de marzo de 2002 la Suprema Corte revocó las decisiones de la Corte de Apelaciones y de la *National Labor Relations Board*. La Suprema Corte denegó la solicitud de salarios caídos [*back pay*] del señor José Castro, y sostuvo que en el caso de los trabajadores en situación irregular que son despedidos por realizar actividades de organización sindical, la prohibición de la ley de inmigración de trabajar sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.

El *National Employment Law Project*, una agencia americana sin fines de lucro que analizó el efecto de la decisión en el caso de la compañía *Hoffman Plastic Compounds*, determinó que a partir de dicha decisión los empleadores han intentado deteriorar aún más los derechos de los trabajadores en situación irregular en los Estados Unidos de América.

Muchos empleadores han menoscabado los derechos de sus empleados desde que fue publicada la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds*. En efecto, los empleadores pueden argumentar que los trabajadores en situación irregular no pueden accionar ante la justicia cuando son discriminados ni cuando se viola su derecho a un salario mínimo. Claramente, la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* ha causado que los empleadores discriminen a sus trabajadores en situación irregular, argumentando que no tienen derecho a reclamar cuando son violados sus derechos laborales. Así, se ha estimulado la contratación de trabajadores en situación irregular, por ser más barato para el empleador y para no contratar a ciudadanos o residentes que pueden reclamar la protección de sus derechos ante los tribunales de justicia.

Sin embargo, es importante indicar que la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* no fue adoptada en forma unánime por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sino por mayoría de 5 a 4 votos; el autor del voto disidente de la minoría fue el Juez Breyer. Éste señaló que permitir a los migrantes en situación irregular el acceso a los mismos recursos legales que tienen los ciudadanos es la única forma de asegurar que sean protegidos los derechos de los migrantes. El Juez Breyer analizó cuidadosamente el posible impacto de la decisión sobre los trabajadores en situación irregular, indicando que si los trabajadores indocumentados no pueden recibir el pago de salarios caídos [*back pay*] al ser despedidos ilegalmente, los empleadores despedirán a tales trabajadores cuando intenten sindicalizarse, ya que no habrá consecuencia alguna para el empleador, al menos en la primera vez que utilice este método.

Además, como indica el Juez Breyer, no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los Estados Unidos de América que prohíba a la *National Labor Relations Board* admitir que los trabajadores en situación irregular interpongan recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Sin embargo, hubo mayoría en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al eliminar la posibilidad de que un trabajador en situación irregular reclame ante la justicia el pago de salarios caídos, con fundamento en el supuesto conflicto entre la *National Labor Relations Act* y la *Immigration Reform and Control Act* de 1986.

Tanto la *National Labor Relations Board* como la Suprema Corte abordaron el litigio de *Hoffman Plastic Compounds* como un caso que requería el balance entre la ley laboral y la ley de inmigración. La *National Labor Relations Board* y los cuatro Jueces de la minoría de la Suprema Corte

dieron prioridad a la ley laboral, y los cinco Magistrados que constituyeron la mayoría concedieron prioridad a la ley de inmigración.

En sus decisiones, la *National Labor Relations Board* y la Suprema Corte no han tomado en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas de derecho laboral internacional. Tampoco consideraron las obligaciones que tienen los Estados Unidos de América, conforme al derecho internacional, para “asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”.

En síntesis, la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* niega a un grupo de trabajadores los derechos laborales que les son inherentes y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.

Una de las principales entidades que se han referido al tema de los derechos humanos es la Organización de los Estados Americanos (OEA). Los Estados Unidos de América y México son dos de los 35 Estados partes comprometidos activamente en la administración de la OEA y que supuestamente se adhieren a los principios generales y estándares establecidos por esta organización internacional.

Al respecto, es importante citar los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA, que se refieren a la igualdad y no discriminación. Estos principios también se mencionan en la Declaración Americana.

Por otro lado, México no ha solicitado a la Corte que analice la ley de inmigración de los Estados Unidos de América. No se cuestiona el derecho de cada Estado de establecer reglamentos (“rules”) de inmigración. Más bien, cuando los legisladores de un Estado determinado establecen políticas que discriminan a ciertas categorías de trabajadores en el mercado laboral, podrían ser devastadores los resultados, en términos de protección de los derechos humanos. Los derechos humanos fundamentales deben prevalecer sobre el propósito de prohibir a determinados trabajadores el goce de los beneficios que concede la ley.

Por las razones mencionadas, se considera que la reciente decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* crea un sistema que viola el derecho internacional.

Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States

En sus intervenciones escritas y orales, expresaron que:

El escrito se formuló en representación de cincuenta organizaciones de derechos civiles, laborales y migratorios en los Estados Unidos de América.

Los trabajadores migrantes en los Estados Unidos de América se encuentran entre los que reciben los salarios más bajos y un trato indebido.

Los intentos de las organizaciones de proteger los derechos de los migrantes, incluyendo a los trabajadores “no-autorizados”, han sido obstaculizados por leyes estadounidenses que discriminan con fundamento en el estatus de extranjero y migrante, y especialmente debido a la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*. Además, tanto la ley laboral federal como la estatal violan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es obligatorio para ese país. Hay una necesidad urgente de estándares regionales fuertes en relación con la protección de los trabajadores migrantes.

El término “trabajador no-autorizado” se utiliza para describir a los trabajadores migrantes que no poseen autorización para ser contratados legalmente en los Estados Unidos de América. Este grupo incluye a trabajadores que por diversas razones se encuentran legalmente en los Estados Unidos de América, pero no tienen autorización para trabajar. El término migrante “indocumentado” se utiliza para describir a los migrantes cuya presencia en los Estados Unidos de América es ilegal. Estos trabajadores forman un subgrupo de la población migrante que no está autorizada a trabajar. La mayoría de las decisiones de los tribunales están basadas en la autorización para trabajar.

Los Estados Unidos de América tienen la población más grande de migrantes en el mundo. Para los fines de este escrito, utilizar la cifra 5.3 millones de personas como una estimación aproximada del numero total de trabajadores indocumentados en los Estados Unidos de América, es suficiente para establecer que dicha población representa un factor económico serio y un punto de preocupación política y humana. Los trabajadores indocumentados realizan una gran parte del trabajo en las áreas que se caracterizan por los salarios bajos y el riesgo elevado.

La práctica de amenazar a los trabajadores migrantes con denunciarlos al *Immigration and Naturalization Service* (INS), con el fin de limitar el ejercicio de sus derechos laborales, ha sido común durante muchos años y no ha disminuido desde que se emitió la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*.

En los Estados Unidos de América no son efectivas las sanciones para el empleador que contrata trabajadores “no-autorizados”. La *Immigration Reform and Control Act* (IRCA) de 1986 establece que el empleador debe verificar la identidad y elegibilidad del personal que contrata. Sin embargo, la ley permite que los empleadores revisen los documentos de una manera superficial. Los empleadores tienen pocos motivos para temer que el *Immigration and Naturalization Service* los sancione por contratar migrantes indocumentados; ven esto más bien, como una decisión legítima que les ahorra costos. Aun cuando los empleadores quebrantan la ley, las sanciones y multas que reciben son bajas y poco frecuentes. Por lo tanto, conforme a la legislación actual, los empleadores pueden contratar a trabajadores “no-autorizados”, beneficiarse de

ellos y amenazarlos con denunciarlos al *Immigration and Naturalization Service*, sin temor a las posibles acciones del gobierno.

Algunos trabajadores migrantes, especialmente los “no-autorizados”, se encuentran expresamente excluidos de la posibilidad de recibir ciertas reparaciones que tienen a su disposición los ciudadanos estadounidenses. Por ejemplo, en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que los trabajadores “no-autorizados” no pueden recibir salarios caídos [*back pay*] por un despido ilegal como represalia por actividades sindicales, según la *National Labor Relations Act*, que protege el derecho de organizar sindicatos y negociar colectivamente. La *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, agencia gubernamental que aplica la mayor parte de las leyes federales laborales sobre discriminación, ha señalado que se encuentra revisando la práctica de ordenar el pago de salarios caídos [*back pay*] a los trabajadores indocumentados, a la luz de lo decidido en el caso *Hoffman Plastic Compounds*.

Finalmente, la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds* deja intacto el derecho a un salario mínimo y al pago de horas extra, de acuerdo con la *Fair Labor Standards Act*, porque sólo se refirió al pago de salarios caídos [*back pay*] por trabajo no realizado. Sin embargo, el Departamento de Trabajo (*U.S. Department of Labor*), agencia federal encargada de aplicar la *Fair Labor Standards Act*, no ha precisado su punto de vista sobre el derecho que tienen los migrantes “no-autorizados” al pago de salarios caídos [*back pay*] con motivo de despidos por represalias, y ha dicho que “aun se encuentra considerando el efecto que causó el caso *Hoffman [Plastic Compounds]* en esta reparación”.

Aun antes de que se presentara el caso *Hoffman Plastic Compounds*, algunas leyes de los Estados Unidos de América explícitamente discriminaban a los trabajadores de ciertas categorías migratorias, incluyendo a los trabajadores “no-autorizados” y a los que cuentan con determinados tipos de visas. En la mayoría de los Estados los trabajadores “no-autorizados” tienen derecho a recibir una compensación por accidentes de trabajo o incapacidad. Generalmente, estas compensaciones son materia de la ley estatal, la cual varía en cada Estado. Por lo general, los trabajadores reciben gastos médicos, un reembolso parcial de sus salarios, pensiones, beneficios por causa de muerte y en algunas ocasiones entrenamiento para trabajos nuevos. Mientras las leyes sobre compensaciones en casi todos los Estados se aplican a los trabajadores “no-autorizados”, al menos las leyes del Estado de Wyoming los excluyen explícitamente de los beneficios de compensación, y otras disposiciones y decisiones judiciales restringen el beneficio de una indemnización en materias tales como rehabilitación, muerte y salarios caídos.

A los trabajadores que se encuentran bajo el programa de visas H-2A (para trabajo agrícola), quienes en su mayoría provienen de México, se

les niegan muchas protecciones laborales federales básicas. Son excluidos de la protección de la *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act (MSAWPA)*, principal ley laboral federal para trabajadores agrícolas. Por lo tanto, el contratista que los emplea no está controlado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos de América. Además, el permiso de los trabajadores H-2A para permanecer legalmente en los Estados Unidos de América se encuentra vinculado a un solo empleador. Por lo tanto, estos trabajadores no tienen libertad de cambiar de trabajo.

El derecho de los trabajadores migrantes de contar con representación legal también se restringe seriamente. La *Legal Services Corporation Act* de 1974 creó la *Legal Services Corporation*, cuyos programas tienen la prohibición de proporcionar asistencia legal para o en representación de la mayoría de migrantes que no son residentes permanentes legales.

Una vez que un extranjero se encuentra físicamente en el territorio de un país y se asegura un empleo, la negativa a proporcionarle las protecciones laborales, viola el derecho humano a la no discriminación. Numerosos instrumentos internacionales obligatorios para los Estados Unidos de América establecen una norma universal de no-discriminación que protege a todas las personas dentro de la jurisdicción de un Estado. Las diferencias en el trato basadas en la nacionalidad o en el estatus migratorio, tal como se establece en las mencionadas leyes laborales de los Estados Unidos de América, violan los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo II de la Declaración Americana. El lenguaje de estas disposiciones y el de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) indica que la garantía de igualdad y no discriminación, así como otras relacionadas con el trabajo, son universales y se aplican a “todas las personas”.

Los Estados no pueden discriminar basándose en la nacionalidad u otro estatus, de acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino sólo establecer distinciones basadas en criterios razonables y objetivos. El argumento de que algunas de las leyes laborales de los Estados Unidos de América establecen discriminaciones que violan los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos encuentra apoyo en la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En el caso *Gueye et al. v. France* el referido Comité reafirmó su posición de que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son aplicables a los no nacionales siempre y cuando no se establezca expresamente lo contrario. Además, en este caso se demuestra que las distinciones basadas en extranjería violan el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aun cuando este tratado no asegura expresamente el beneficio sustantivo controvertido (en ese caso el derecho a la pensión o por ejemplo, el derecho a una remuneración justa,

condiciones de trabajo adecuadas y recurso efectivo a través de asistencia legal). En la decisión de este caso se sostiene que la distinción con base en la extranjería es indebida, cuando carece de una base razonable y objetiva, aunque los derechos sustantivos, por si mismos, no sean fundamentales ni estén reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Finalmente, la decisión establece que si la distinción en el beneficio del empleo es razonable y objetiva y, por lo tanto, permisible, una corte debe examinar el propósito implícito de la ley laboral, para determinar si la distinción es relevante para alcanzar el fin propuesto. Las leyes de garantías laborales de los Estados Unidos de América, que discriminan con fundamento en la extranjería o en el estatus migratorio, no resisten este examen. Una vez contratado un extranjero, su nacionalidad y su estatus legal son irrelevantes para el propósito de proteger a los individuos en su lugar de trabajo y prevenir su explotación. El control migratorio no puede ser visto como el objetivo principal de las leyes de protección laboral, y las restricciones de los Estados Unidos de América a la protección laboral de los extranjeros no sirven objetiva ni razonablemente a ese fin.

El lenguaje y los argumentos *expresio unius* establecidos en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son igualmente aplicables a la Declaración y Convención Americanas. El lenguaje de los instrumentos interamericanos es universal y no establece expresamente distinciones con fundamento en la extranjería o en el estatus migratorio. La jurisprudencia del sistema interamericano sobre la no discriminación concuerda sustancialmente con la relativa al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sirve de apoyo para concluir que las leyes laborales de los Estados Unidos de América discriminan indebidamente a los trabajadores migrantes.

Otros tratados y declaraciones internacionales aplicables a los Estados Unidos de América, inclusive el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, confirman que los principios básicos de la no discriminación se aplican a la protección laboral sin distinción por motivos de nacionalidad o estatus migratorio.

Además de violar el principio de no discriminación en el derecho internacional, la ley laboral de los Estados Unidos de América no protege la libertad de asociación de los trabajadores “no-autorizados” y de otros trabajadores migrantes y viola el principio internacional fundamental de la libertad de asociación. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha reconocido explícitamente la libertad de asociación como uno de los cuatro derechos humanos fundamentales que protegen a todos los trabajadores, incluyendo a los trabajadores “no-autorizados” e indocumentados. Otros instrumentos internacionales (tales como la Declaración Americana, la Convención Americana, la Carta de la OEA y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), aplicables a los Estados Unidos de América, permiten excepciones al ejercicio del

derecho a la libertad de asociación sólo en circunstancias limitadas, que no justifican que este derecho no se garantice a extranjeros y migrantes “no-autorizados”.

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, en el sentido de que no se les pueden pagar salarios caídos [*back pay*] a los trabajadores “no-autorizados” cuando son despedidos indebidamente por realizar actividades sindicales, afecta el derecho a la libertad de asociación de tales trabajadores. Debido a que esos trabajadores no tienen derecho a la reinstalación cuando son despedidos indebidamente, el pago de los salarios devengados es la única reparación efectiva y disponible para las violaciones a la *National Labor Relations Act*.

Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México

En su escrito de 21 de febrero de 2003, indicaron que:

En esta solicitud de opinión consultiva deben tomarse en consideración las “cláusulas autónomas” de los tratados e instrumentos internacionales citados por el Estado solicitante, es decir, los artículos II de la Declaración Americana, 24 de la Convención Americana, 7 de la Declaración Universal y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a las normas que contienen el principio de no discriminación subordinado a la existencia de una interferencia con uno de los derechos protegidos en los referidos instrumentos, “no existe duda [de] que los artículos 1.1 de la Convención Americana y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben quedar excluidos del análisis, por cuanto estos instrumentos no garantizan derechos laborales. Distinta es la situación del artículo 2 de la Declaración Universal puesto que este instrumento efectivamente garantiza este tipo de derechos incluyendo en particular lo que podrían considerarse estándares mínimos de protección en esta área”.

Las normas de derechos humanos citadas por el Estado solicitante no prohíben expresamente la realización de distinciones por motivo de nacionalidad ni por el estatus migratorio de un extranjero. Sin embargo, las disposiciones bajo análisis no establecen una enumeración taxativa o exhaustiva de condiciones en virtud de las cuales no se pueden establecer distinciones, al contrario “parecen admitir que en principio una distinción por cualquier condición que sea puede resultar en un tratamiento discriminatorio”.

Las disposiciones aplicables a la presente consulta han sido interpretadas de manera uniforme bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que una medida es discriminatoria sólo cuando la distinción de tratamiento no se encuentra fundada en motivos objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo o cuando no existe una relación proporcional entre los medios empleados y el fin que se intenta alcanzar con dicha medida. Sin embargo, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para evaluar si se

justifica una diferencia de tratamiento entre personas que se encuentran en una situación similar.

En este análisis no se hace referencia expresa a las dos últimas preguntas de México, en virtud de que la respuesta de esas preguntas está subsumida en el análisis de las otras preguntas.

A pesar de que el Estado solicitante en sus preguntas se refirió a los “derechos laborales” en un sentido amplio, este análisis se centraliza específicamente en el “derecho de toda persona a los beneficios salariales por el trabajo ya realizado”, en virtud de que no existe duda de que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a los Estados americanos dicha protección laboral mínima debe ser garantizada a todo ser humano, incluidos los trabajadores indocumentados. Al respecto, es importante aclarar que para efectos de este *amici curiae* la definición de “beneficios salariales por el trabajo ya realizado” comprende no solo los llamados salarios caídos, sino también otros derechos laborales accesorios como el derecho a asociarse en un sindicato o el derecho de huelga.

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4):

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra en diversos instrumentos internacionales una gran variedad de normas relacionadas con los derechos de los trabajadores. Las disposiciones en materia de derechos laborales contenidas en instrumentos adoptados o ratificados por Estados miembros de la OEA son: el artículo 23 de la Declaración Universal; los artículos 34.g), 45.b) y 45.c) de la Carta de la OEA, y el artículo XIV de la Declaración Americana. Adicionalmente, existen otros instrumentos internacionales relevantes para determinar el alcance de las obligaciones regionales de derechos humanos respecto de los derechos de los trabajadores, entre los que cabe mencionar: los artículos 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a Trabajadores Migrantes; la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

El derecho de toda persona a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado se encuentra ubicado en el grupo de derechos que “se aproximan más a los derechos civiles y políticos, ya sea porque tienen un impacto directo sobre derechos tales como el derecho de propiedad o el derecho a la personalidad jurídica [...] o por su carácter inmediato y urgente que se reitera implícita o explícitamente en muchos [...] instrumentos”.

Los artículos 34.g) y 45.b) de la Carta de la OEA y presuponen la existencia del derecho del trabajador a recibir un salario por el trabajo realizado, derecho que por ser tan obvio fue innecesario consagrarlo explícitamente. Dicho derecho se encuentra explícitamente protegido en el artículo XIV de la Declaración Americana. La Carta de la OEA y la Declaración Americana no hacen diferenciación alguna entre ciudadano o extranjero en situación irregular, sino que se refieren de manera general a “persona” o “trabajador”.

En el artículo 23 de la Declaración Universal se refleja en forma implícita y explícita el principio general de que si una persona ha trabajado debe recibir la remuneración correspondiente.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue invocado por México en la solicitud de opinión consultiva; sin embargo, este tratado también contiene referencias relevantes sobre el derecho a recibir un salario por el trabajo realizado. De igual manera, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” garantiza el derecho a un “salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares consagra explícitamente garantías mínimas que incluyen el derecho de los trabajadores migrantes indocumentados a los beneficios salariales por los que ya han trabajado.

Debido a que los trabajadores migrantes en situación irregular y sus familias constituyen un sector de la sociedad particularmente vulnerable, el Estado tiene la obligación especial “de otorgar protecciones especiales o, en este caso, abstenerse de tomar medidas restrictivas de los derechos laborales de estas personas que sean excesivamente onerosas y que evidentemente no solamente no son necesarias para alcanzar el fin legítimo perseguido, sino que tienen el efecto contrario”.

Más allá de cualquier construcción jurídica referida a instrumentos internacionales, “es del más elemental sentido de justicia que se garantice que una persona que ha trabajado reciba sus beneficios salariales”, lo contrario significaría aceptar una forma moderna del trabajo esclavo.

La práctica generalizada de los Estados reflejada en los instrumentos internacionales y la percepción de dichos Estados de que se trata de una norma jurídica que sustenta la noción de *opinio juris*, sugieren la existencia de una norma internacional de carácter consuetudinario en relación con el derecho del trabajador a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado. Más aún, no parece existir resistencia por parte de los Estados respecto del reconocimiento de este derecho, lo cual descarta la posibilidad de argumentar una objeción persistente a esta norma.

Los derechos humanos, tales como el derecho a la igualdad o el derecho al salario, pueden ser objeto de restricciones, pero tales restricciones deben responder a criterios de necesidad y proporcionalidad en la obtención de un fin legítimo. La implementación de medidas que controlen la inmigración irregular al territorio estatal es un fin legítimo. Sin embargo, si dichas medidas pretenden despojar a los trabajadores migrantes en situación irregular del derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado, es imperioso efectuar un análisis sobre su proporcionalidad y necesidad, para lo cual debe cuestionarse si existen otras medidas menos restrictivas del mencionado derecho.

Existen otros mecanismos que se pueden adoptar con el fin de controlar la inmigración irregular al territorio estatal, tales como la posibilidad de sancionar administrativa y penalmente a los empleadores de trabajadores indocumentados, endurecer los controles fronterizos de inmigración, establecer mecanismos de verificación de estatus legal para evitar la falsificación de documentos, deportar a la persona indocumentada, e investigar y sancionar a quien cometa un delito. No parece ser proporcionado ni necesario adoptar medidas dirigidas a despojar a los trabajadores migrantes de los beneficios salariales por los cuales ya trabajaron. Estas últimas medidas “parecen ser una ‘sanción’ que afecta excesivamente no solamente al trabajador sino a su familia”. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares puede servir como criterio para confirmar que ciertas restricciones al derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajado realizado no son necesarias ni proporcionadas.

Además, el derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado tampoco puede ser limitado por medios indirectos, tales como la adopción de medidas que limiten el derecho del trabajador en situación irregular a reclamar judicialmente su salario, por ejemplo, por medio de la exigencia de que se encuentre presente físicamente en la jurisdicción del Estado receptor para poder realizar tal reclamación, una vez que ha sido deportado y no se le otorgará autorización para ingresar nuevamente a dicho Estado.

En cuanto a la pregunta 2.1 de la consulta (supra párr. 4):

En relación con las disposiciones de la Declaración Universal -excepciónando los artículos 21 y 13- existe acuerdo en que, bajo normas de derecho consuetudinario, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales a los extranjeros bajo su jurisdicción, incluidos los que se encuentren residiendo en forma irregular.

El derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados a garantizar a todos los extranjeros residentes en su jurisdicción el principio de igualdad ante la ley y no discriminación y prohíbe diferencias de

tratamiento entre ciudadanos y extranjeros que puedan considerarse irrazonables. Sin embargo, los derechos y libertades no son absolutos y pueden establecerse ciertas limitaciones reglamentadas en el artículo 29.2 de la Declaración Universal.

En conclusión, los instrumentos internacionales señalados por México en la consulta garantizan el derecho a la igualdad ante la ley respecto de todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado, independientemente de la nacionalidad o el estatus migratorio. Sin embargo, este derecho no es absoluto y, en consecuencia, puede estar sujeto a restricciones razonables. Asimismo, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, este derecho a la igualdad ante la ley no es considerado una norma inderogable, es decir, que puede estar sujeto a suspensión en ciertas circunstancias.

En cuanto a la pregunta 2.2 de la consulta (supra párr. 4):

Es necesario tomar en consideración que la existencia de discriminación no se determina en abstracto, sino en virtud de las circunstancias concretas de cada caso. En el contexto particular de la consulta realizada por México, el motivo para distinguir entre los trabajadores migrantes en situación irregular y otros trabajadores, en cuanto al reconocimiento de los derechos laborales mínimos, es el estatus migratorio de los primeros y no su nacionalidad.

El tratamiento diferente que proporcionan ciertos Estados americanos a los trabajadores en situación irregular, en razón de su estatus migratorio, no implica per se una discriminación. Según la jurisprudencia internacional constante, una distinción de tratamiento será discriminatoria cuando no se encuentre fundada en motivos objetivos y razonables, es decir, cuando no persiga un fin legítimo o cuando no exista una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin que se intenta alcanzar con la medida o práctica cuestionada. Además, el derecho a la igualdad no es absoluto, por lo que puede ser objeto de limitaciones permisibles y su ejercicio puede suspenderse en situaciones de estado de excepción o emergencia. El análisis de proporcionalidad de la distinción de tratamiento debe tomar en consideración que se trata de derechos laborales mínimos y que serían desconocidos a una población vulnerable.

Además, a pesar de que los Estados gozan de un margen de discreción para establecer distinciones de tratamiento entre nacionales y extranjeros en la aplicación de las leyes inmigratorias, este margen se reduce considerablemente cuando los derechos en juego son tan fundamentales que su restricción o privación afecta los principios mínimos de respeto a la dignidad humana.

En situaciones en que la denegación de derechos puede situar a una persona en una condición semejante al trabajo forzado, “corresponde a [la] Honorable Corte restringir al máximo el espacio de apreciación del

Estado y ejercer un control estricto sobre las justificaciones avanzadas por ést[e] para fundar sus políticas”.

Sólo en situaciones excepcionales, con características similares a las que se presentan en un estado de emergencia, y tratándose de medidas estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, se puede justificar un tratamiento diferente en cuanto al goce de los derechos laborales mínimos anteriormente identificados, entre extranjeros que se encuentren en una situación migratoria irregular y nacionales o residentes legales.

La práctica de algunos Estados americanos de subordinar el reconocimiento del derecho a los beneficios salariales, entendido en un sentido amplio, al cumplimiento de normas de derecho inmigratorio, es irrazonable e incompatible con la obligación de respetar y garantizar el derecho de igualdad ante la ley.

El desconocimiento de los estándares laborales mínimos a los trabajadores indocumentados no contribuye a restringir el ingreso de migrantes irregulares a los Estados. Por el contrario, promueve que empleadores inescrupulosos contraten a más trabajadores que se encuentren en esa situación irregular, debido a la posibilidad de someterlos a condiciones extremas de trabajo sin que exista represión por parte del Estado. Si los trabajadores indocumentados se organizan para reclamar sus derechos, los empleadores podrían recurrir a denunciar su situación de irregularidad y de esta forma evitarían cumplir con las normas laborales mínimas.

Una política de control de inmigración más apropiada debería aplicar penas severas a quienes contrataren a migrantes irregulares, pese a conocer o debiendo haber conocido su estatus migratorio, con el propósito de beneficiarse de la posibilidad de ofrecer garantías laborales inferiores. Varios Estados americanos no tienen legislación que penalice este tipo de conductas, y en los Estados que han establecido multas se reconoce que no son lo suficientemente severas como para desalentar la contratación de trabajadores en situación irregular.

El estándar de interpretación que se propone no restringe el derecho de los Estados de aplicar las penalidades correspondientes, tales como la deportación de las personas que incumplan las disposiciones contenidas en la legislación inmigratoria o que de cualquier forma violen las normas penales de derecho interno. Aunque un individuo se encuentre sujeto a deportación por haber sido encontrado en forma ilegal en el territorio de un Estado, este último debe cumplir con sus obligaciones de respetar los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En conclusión, la denegación a los trabajadores indocumentados de estándares laborales mínimos, entendidos como el derecho a los

beneficios salariales en sentido amplio, sobre la base de su estatus inmigratorio, es contraria al derecho a la igualdad ante la ley, en razón de que constituye una medida desproporcionada para alcanzar los fines de política inmigratoria que persiguen los Estados que aprueban esta práctica.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)

En sus intervenciones escritas y orales, manifestó que:

La consulta de México está directamente relacionada con una situación práctica de suma gravedad, por lo que será de gran utilidad para la región.

Este *amicus curiae* se centra en las preguntas 1.1, 2.1 y 2.2 de la solicitud de opinión consultiva.

En el plano jurídico, el principio de igualdad es considerado un derecho fundamental y la obligación de no discriminar constituye una de las prohibiciones centrales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este principio “es un ideal regulador aplicable a todos los derechos”.

En el plano fáctico, el derecho a la igualdad puede verse vulnerado de distintas maneras, tales como: la emisión o aplicación de normas discriminatorias, el establecimiento o aplicación de reglas *prima facie* neutrales pero con un impacto diferencial negativo sobre un individuo o grupo de personas, y el establecimiento de medidas o prácticas directamente perjudiciales para un individuo o grupo.

A pesar de que el sistema interamericano no cuenta con un instrumento exclusivamente dedicado a la protección contra la discriminación a los trabajadores migrantes, la Convención Americana y la Declaración Americana contienen normas que evidencian el compromiso de los Estados de garantizar la igualdad ante la ley y la vigencia de los derechos reconocidos en las distintas convenciones sin discriminación alguna. El sistema interamericano extiende la protección de no discriminación a los derechos protegidos a nivel nacional a través de la cláusula de igualdad ante la ley. Por lo tanto, los Estados miembros deben procurar que su legislación no contenga disposiciones discriminatorias y garantizar que no existan medidas, prácticas, acciones u omisiones que afecten perjudicialmente a un grupo o individuo.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se limita a reiterar lo previsto en el artículo 2.1 de dicho tratado, sino que “extiende una protección autónoma pues prohíbe la discriminación de hecho y de derecho en cualquier esfera y la protección ante las autoridades públicas”. Este principio es directamente aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales por su inclusión en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los derechos consagrados en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares deberán ser garantizados a todos los trabajadores migrantes, sin importar su situación migratoria.

El principio de igualdad y de no discriminación está reconocido en la Declaración Americana, la Convención Americana y en otros tratados internacionales, los cuales coinciden en garantizar a todas las personas los derechos consagrados en tales instrumentos, sin discriminación por razones de sexo, idioma, credo, origen nacional y social, y cualquier otra condición.

Los motivos que pueden generar discriminación no se limitan a los que se encuentran expresamente contemplados en los instrumentos interamericanos. Los textos de la Convención Americana, de la Declaración Americana y de otros instrumentos internacionales suponen la existencia de otros motivos de discriminación posibles. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado que la cláusula de no discriminación se aplica a casos no enunciados taxativamente en los pactos internacionales. En este sentido, la Corte Europea ha analizado tratamientos discriminatorios en razón de la orientación sexual y la edad.

De igual forma, los motivos que pueden dar lugar a la conformación de una “categoría sospechosa” tampoco se agotan en la enumeración establecida en los instrumentos interamericanos. La determinación de estas categorías “está relacionada con las características de la discriminación en un momento dado en un país o región”. La relevancia de la identificación de una “categoría sospechosa” dependerá en gran medida del análisis concreto de la situación de hecho regulada. Por ello, en el caso de los trabajadores migrantes es fundamental analizar, sin abstracciones, los hechos regulados por el derecho laboral.

Para establecer en el sistema interamericano si un acto que parte de la diferenciación de dos situaciones de hecho es discriminatorio, primero se evalúa si se está ante un supuesto de hecho objetivamente desigual; luego, se analiza si la norma o medida que distingue persigue un fin legítimo; y, por último, se establece si existe un vínculo de proporcionalidad entre las diferencias establecidas por la norma o medida y sus objetivos.

Muchos Estados se han convertido en emisores o receptores de personas que emigran en búsqueda de trabajo. Un análisis de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto de 152 Estados determinó que entre 1970 y 1990 el número de Estados clasificados como grandes receptores de migrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67, y el número de Estados considerados grandes emisores de migrantes por motivos laborales pasó de 29 a 55. En las últimas décadas el motivo principal que ha provocado que las personas abandonen su Estado

de origen fue el de encontrar buenos empleos o acceder a una mejor remuneración.

La inmigración irregular ha ido en aumento como consecuencia de situaciones de extrema pobreza y falta de oportunidades en los Estados de origen. Este hecho favoreció el surgimiento de la “industria de la migración”. Con el propósito de no pagar salarios adecuados o no esforzarse en dar condiciones de trabajo dignas, los patronos optan por emplear a los migrantes indocumentados. “Los Estados receptores no son ajenos a esta explotación pues ellos también se benefician de esta ‘industria’ en tanto su economía crece a costa de esta situación irregular”.

En el continente americano los trabajadores migrantes en situación irregular han sido objeto de numerosas prácticas discriminatorias y abusivas, las cuales se observan en su ingreso traumático al Estado receptor, en la discriminación y en los ataques xenófobos que sufren en su vida cotidiana, en los malos tratos que reciben en su trabajo, y en el modo en que son expulsados del Estado receptor.

La desigualdad de condiciones entre el patrono y el trabajador migrante indocumentado es más drástica que en otras relaciones laborales, en razón de la irregularidad de este último. Por la grave situación económica que enfrentan, los trabajadores migrantes indocumentados están dispuestos a aceptar condiciones de trabajo inferiores a las de otras personas que residen legalmente en el país. Las ocupaciones a las que pueden acceder los trabajadores migrantes varían según el país; sin embargo, “en todos los casos los empleos que obtienen, en cuanto a su remuneración, son los menos atractivos y, en términos de higiene y salubridad, los más peligrosos”.

Los trabajadores migrantes en situación irregular gozan de posibilidades limitadas (de hecho o de derecho) de lograr la tutela de sus derechos frente a situaciones de precariedad o explotación. En general, existe un régimen de inmunidad para quienes abusan de la vulnerabilidad de dichos trabajadores y un régimen de castigo para estos últimos.

Todas las mencionadas condiciones a las que se encuentran sometidos los trabajadores migrantes indocumentados los convierte en un grupo desfavorecido, el cual es víctima de prácticas sistemáticas de discriminación en la región. Más aún, la situación de las mujeres migrantes merece una mención especial pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y luego por ser migrantes.

En muchas ocasiones el egreso de los migrantes de los Estados receptores ocurre en el contexto de procedimientos arbitrarios. No siempre los trámites de deportación se realizan de conformidad con las garantías mínimas exigibles.

“En conclusión, los estudios realizados por organizaciones supranacionales y por organizaciones no gubernamentales dan cuenta de la situación precaria en la que se hallan los/las trabajadores/as migrantes irregulares en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos humanos en los países en los que los reciben; y en particular, iluminan la discriminación sistemática de la que son objeto en el ámbito laboral”.

En razón de la situación de vulnerabilidad que afecta a los trabajadores migrantes en situación irregular, es imperativo examinar con especial atención cualquier distinción de tratamiento basada en su condición migratoria, pues tal situación origina una “categoría sospechosa”. La identificación de una “categoría sospechosa” exige que se presuma la ilegitimidad de la distinción.

En la definición de las situaciones que originan una “categoría sospechosa” deben incluirse aquellas que plasman las realidades de discriminación y abuso sistemático actual en la región.

La primera razón que justifica el reconocimiento de los trabajadores migrantes en situación irregular como “categoría sospechosa” es que la discriminación contra este grupo se encuentra íntimamente ligada a su nacionalidad, etnia o raza, que siempre es distinta a la hegemónica del Estado en el que trabajan. Al respecto, la nacionalidad, raza o etnia se encuentran prohibidas explícitamente como motivo de distinción. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el fallo *Trimble v. Gordon*, “consideró que las clasificaciones basadas en el origen nacional eran primas hermanas de las relativas a la raza, por lo que se correspondían con áreas en las que era necesario aplicar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación”.

La segunda razón que justifica el reconocimiento de los trabajadores migrantes en situación irregular como “categoría sospechosa” es la condición especial de vulnerabilidad de este grupo, principalmente por la discriminación sistemática que sufren en el ámbito laboral en los Estados receptores. Los trabajadores migrantes indocumentados son discriminados en varios ámbitos de su desarrollo vital. Sin embargo, la discriminación se manifiesta con especial claridad en el ámbito laboral.

Los tratados de derechos humanos se refieren a los derechos de “toda persona”, y los tratados que prescriben los derechos de los trabajadores enuncian los derechos de “todos los trabajadores”, sin distinciones relativas a la situación migratoria del trabajador. En igual sentido, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reconoce los derechos de los trabajadores migrantes con independencia de que sean documentados o indocumentados.

Las distinciones de trato en razón del origen nacional, etnia o raza están explícitamente prohibidas en la Convención Americana, en la Declaración Americana, así como también en otros instrumentos internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que en los casos de discriminación por nacionalidad es necesario realizar un examen estricto, y que tratándose de derechos a la seguridad social, el origen nacional debe ser considerado como una “clasificación sospechosa”. En el caso *Gaygusuz v. Austria* la Corte Europea indicó que deben alegarse razones de mucho peso para que la diferencia de trato, fundada sólo en la nacionalidad, sea considerada compatible con la Convención Europea, y resolvió que se había violado el artículo 14 de dicho tratado al denegársele a un trabajador turco la obtención de un seguro de desempleo con base en su nacionalidad.

La prohibición de dar un tratamiento diferente sobre la base del origen nacional, sumada a la discriminación sistemática de la que son objeto los trabajadores migrantes en situación irregular en el ámbito laboral, exigen que las distinciones entre trabajadores migrantes indocumentados y trabajadores migrantes legales o ciudadanos en el ámbito laboral “se vinculen en forma necesaria con los fines perseguidos”.

La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral podrían justificar restricciones a los derechos laborales de los migrantes, siempre y cuando tales restricciones sean necesarias. “[U]na distinción legal o práctica entre los migrantes indocumentados, por un lado, y los residentes documentados y los ciudadanos, por el otro, que niegue a los primeros, el derecho a gozar [de] condiciones dignas y equitativas de trabajo, [de] jornadas de trabajo limitadas, [de] vacaciones pagadas, [de] remuneraciones justas y [de] promociones en el empleo o [de] cualquier otro derecho laboral reconocido en la legislación del país receptor, o que desconozca los derechos sindicales para defender sus intereses, o que niegue los derechos a la seguridad social, no podría de ninguna forma ser necesaria para la regulación de políticas migratorias o del mercado laboral”.

En principio, no existe una “relación de necesidad” entre la elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral, por un lado, y las eventuales restricciones a los derechos laborales durante la vigencia del contrato, por el otro, que permita definir esas restricciones como proporcionadas a los objetivos perseguidos. “Este tipo de restricciones no son las que claramente persiguen un interés social imperativo y tampoco son las que restringen en menor escala el derecho protegido”.

Los derechos laborales contemplados en los pactos internacionales corresponden a los trabajadores por su condición de trabajador, con independencia de su nacionalidad o situación migratoria. No se podría agravar o perpetuar la situación de desprotección en la que se encuentran los trabajadores migrantes indocumentados, invocando como fin

“la elaboración y ejecución de políticas migratorias o la regulación del mercado laboral”.

Restringir el disfrute de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular resulta irrazonable e innecesario. Tales restricciones fomentan la contratación de migrantes indocumentados y consolidan la vulnerabilidad de un sector de la población que se encuentra en una situación de discriminación sistemática y de grave indefensión.

Los objetivos de las políticas migratorias y de la regulación del mercado laboral pueden alcanzarse a través de medios menos gravosos para la tutela de los derechos de los trabajadores migrantes en situación irregular. Por ejemplo, se pueden imponer mayores controles sobre las políticas de ingreso de los migrantes o sanciones pecuniarias a los empleadores.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares demuestra que el objetivo de regular el mercado laboral puede alcanzarse mediante un medio menos gravoso para los trabajadores migrantes, al establecer que “[l]a práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios”.

Es conveniente identificar los costos de una política que no protege los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular, pero que se beneficia económicamente de la explotación laboral. “Si desde el derecho internacional se pretende alentar la consolidación de sociedades democráticas, en lugar de permitir el mantenimiento de situaciones de exclusión que no son más que otra forma de imponer sanciones a los migrantes, se debería recomendar a los Estados que desde el derecho laboral, el derecho internacional y el derecho de los derechos humanos se brinde una protección generosa a los/las trabajadores/as migrantes indocumentados/as”.

En conclusión, no se debe establecer diferencia alguna con respecto a la situación de los migrantes indocumentados en cuanto al alcance de la protección en términos del derecho laboral. Las condiciones actuales de los trabajadores migrantes en situación irregular originan una “categoría sospechosa”, por lo que cualquier restricción que quiera imponerse a sus derechos laborales deberá pasar por un control estricto. Los trabajadores migrantes en situación irregular que sean contratados para realizar un trabajo deberán gozar de todos los derechos laborales.

Las respuestas del Estado frente a la situación especial de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes irregulares pueden ser variadas, pero no se puede dejar de tomar en cuenta su situación especial de

discriminación sistemática y desamparo. “[E]l derecho interamericano requiere que frente a esta realidad se tomen las medidas especiales o diferenciadas a fin de garantizar la igualdad”.

En la Conferencia Mundial en Contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban en el año 2001, se reafirmó la necesidad de eliminar la discriminación contra los trabajadores migrantes y se recomendó la adopción de todas las medidas posibles para promover que los migrantes disfruten de los derechos humanos, en particular de los derechos relacionados con: los salarios justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor, sin distinción alguna; el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad; y la seguridad social, incluido el seguro social.

Entre las medidas tendientes a eliminar las referidas discriminaciones, los Estados deberían examinar su legislación y prácticas con la finalidad de derogar todas las disposiciones que restrinjan los derechos de los trabajadores migrantes y modificar las conductas segregativas. Asimismo, el Estado puede “promover políticas públicas para impulsar el respeto por la diversidad, disuadir la discriminación e incentivar a que las instituciones públicas adopten medidas concretas para promover la igualdad”. Incluso, el Estado puede organizar campañas educativas y de sensibilización dirigidas a sus funcionarios y a la población en general.

La existencia 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 intereses.

Además, un paso fundamental para garantizar la efectiva protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular consiste en “articular los medios para que el sistema de justicia escuche sus reclamos”, ya que la sola existencia de los derechos sustantivos no basta para garantizar su vigencia. Asimismo, cuando los migrantes hayan regresado a su Estado de origen, el Estado receptor también deberá garantizar el acceso a la justicia. Si los empleadores otorgaran a los migrantes un trato contrario a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, éstos podrían reclamar la correspondiente reparación, con independencia de su situación migratoria. “Por ello el Estado debe poner al alcance de los trabajadores migrantes irregulares servicios legales gratuitos o de bajo costo para que puedan efectuar su reclamo a través de un recurso sencillo y rápido”. Este criterio se encuentra contemplado en el artículo 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Las reformas que el Estado establezca para mejorar la situación de los migrantes en situación irregular deben tener un impacto tanto en el sector público como en el sector privado, en virtud de que las violaciones a los derechos “que tengan lugar en el sector privado, en tanto hayan contado con la anuencia o complicidad del Estado[,] podrán ser imputables a éste”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General 28, ha sostenido que los Estados deben eliminar las acciones discriminatorias tanto en el sector público como en el privado.

La condición migratoria de los trabajadores migrantes no puede ser una variable a tener en cuenta para reconocerles sus derechos laborales durante el período de su contratación. Se les debe garantizar no solo los derechos laborales fundamentales, sino también todos los derechos laborales reconocidos en los pactos internacionales aplicables en América.

La interrelación de los derechos humanos no sólo se da entre las distintas clasificaciones de derechos, sino que también “comprende a todos los derechos incluidos dentro de una única categoría de derechos, como por ejemplo en este caso, a los derechos laborales”. En particular la Convención Internacional sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares prescribe que los derechos laborales de los trabajadores migrantes, ya sean documentados o indocumentados, no pueden ser restringidos de ninguna otra manera.

Para efectos de este *amicus curiae* los derechos contemplados en los pactos internacionales comprenden: 1) derechos laborales en el marco del contrato de trabajo, 2) derechos sindicales, y 3) derechos a la seguridad social.

*Centro de Estudios Legales
y Sociales y Sociales
(CELS), Servicio (CELS),
Servicio Ecuménico de
Apoyo y Orientación a
Inmigrantes y Refugiados
(CAREF) y Clínica Jurídica
para los Derechos de
Inmigrantes y Refugiados
de la Facultad de Derecho
de la Universidad de
Buenos Aires*

En sus intervenciones escritas y orales, manifestaron que:

Este *amici curiae* se limita a contestar las preguntas 2.1 y 3.

La situación migratoria de las personas ha sido y continúa siendo un obstáculo para el acceso de todos los migrantes a sus derechos humanos fundamentales. Existe normativa legal e infralegal que se opone a lo dispuesto en la Convención y la Declaración Americanas y en otros instrumentos internacionales, privando a las personas de sus derechos humanos en razón de su situación migratoria.

En cuanto a la segunda pregunta (supra párr. 4):

El preámbulo de la Convención Americana reconoce la esencia natural y universal de los derechos humanos, que tiene como fundamento los atributos de la persona humana y no su nacionalidad. De ello se desprende que la protección a la persona humana alcanza a todas las personas, es decir, que tiene un carácter universal.

A través de la aprobación y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumen una serie de obligaciones ineludibles hacia todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Estas obligaciones han sido ampliamente desarrolladas por los distintos órganos de control de dichos tratados, “sea en forma genérica, respecto de un determinado grupo social, o bien refiriéndose a cada derecho en particular”.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 15, al interpretar recientemente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha destacado que “el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto *no está limitado a los ciudadanos* de los Estados Partes, sino que *también* debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, *los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte*”.

Según surge de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de la interpretación efectuada por los órganos de control y por la doctrina, todo ser humano que se encuentre en el territorio de un Estado puede exigirle a éste la protección de sus derechos. El principio de no discriminación es uno de los elementos esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y se encuentra consagrado en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los millones de personas migrantes en todo el mundo que no tienen una residencia regular en el país que habitan constituyen un grupo con una particular “condición social”.

Debe tomarse en consideración que el principio de no discriminación se encuentra íntima e inseparablemente ligado al concepto de grupo en situación de alta vulnerabilidad, el cual requiere de protección especial. Por lo tanto, la situación de vulnerabilidad y la “condición social” de los migrantes, en particular los que se encuentran en situación irregular, podrían determinar la existencia de un motivo prohibido en virtud del principio de no discriminación”.

Las Naciones Unidas han convocado a tres Conferencias Mundiales contra el Racismo y la Discriminación, y en todas se hizo amplia referencia a la discriminación a migrantes, con mención expresa a su estatus de residencia. También debe mencionarse que se han creado Relatorías especiales, a nivel universal y regional, con el propósito de verificar la situación de los derechos humanos de las personas migrantes y la discriminación que sufren por su condición de extranjeros o por su estatus de residencia.

Asimismo, las legislaciones nacionales han incluido el concepto de “condición migratoria” como una condición social que se debe tomar en cuenta como motivo prohibido según el principio de no discriminación.

Las obligaciones de los Estados que emanan de instrumentos internacionales no pueden ser soslayadas por razones de nacionalidad, estatus migratorio o por la situación de residencia de la persona. Sobre esta cuestión, los órganos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas o de los tratados de derechos humanos, han expresado de manera concluyente que las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, se encuentran protegidas por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado en el cual se encuentren.

El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas ha afirmado que “[t]odas las personas, independientemente del lugar de residencia, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Corresponde a todos los Estados respetar los derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica”. Asimismo, ha destacado que “[u]n principio básico de los derechos humanos es que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando las leyes de inmigración del país no supone la pérdida de los derechos humanos del ‘inmigrante en situación irregular’. Tampoco suprime la obligación de un Estado Miembro de protegerlos”.

En conclusión, la respuesta a la pregunta 2.1 puede resumirse en que “[l]as obligaciones y la responsabilidad de los Estados, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se desvirtúan –en forma alguna– según el tipo de residencia o estancia de cada persona en el Estado en el cual habite. Los derechos emanados del DIDH son de todas las personas, por su sola condición de ser humano, y se deben respetar, proteger y garantizar sin discriminación alguna por los motivos prohibidos (entre ellos, la situación migratoria de la persona). A su vez, [...] toda persona está sujeta a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se encuentre, independientemente de su condición migratoria. Por tal razón, los órganos de control de los tratados de derechos humanos –así como los emanados de la Carta de la ONU– han destacado en repetidas ocasiones que los derechos humanos deben respetarse y garantizarse a todas las personas, independientemente de su situación migratoria”.

En cuanto a la tercera pregunta (supra párr. 4):

Cada Estado tiene la facultad –en razón del principio de soberanía– de fijar su propia política migratoria y, en consecuencia, de establecer los criterios sobre la admisión y residencia de las personas migrantes. Sin embargo, ello no significa que dicha política se encuentre fuera de las obligaciones de cada Estado, según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La política y la normativa migratorias deben respetar todo lo estipulado en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos en cada Estado. De conformidad con lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la interpretación realizada

por los órganos competentes, la facultad soberana de fijar la política migratoria –así como otras políticas emanadas de la soberanía estatal– “*no exime ni restringe en forma alguna las obligaciones de respeto, protección y garantía de todos los seres humanos sujetos a la jurisdicción de cada Estado*”.

También en materia de legislación migratoria, como en cualquier otro ámbito de la política estatal, cada legislación o política definida por el Estado o la ausencia de ellas, podría configurar la violación de derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los cuales ese Estado sea parte. Con el fin de evitar tal situación existen una serie de principios, estándares y límites establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que cada Estado debe respetar al establecer cualquier política, incluida la política y legislación migratorias.

En la Conferencia de Durban los Estados se comprometieron a “revisar, cuando fuera necesario, sus leyes de inmigración, sus políticas y prácticas, de modo que estén libres de toda discriminación racial, y que sean compatibles con las obligaciones de los Estados de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos”. En igual sentido, en la Conferencia Regional de las Américas, los gobiernos se comprometieron a “revisar sus políticas y prácticas de inmigración a fin de eliminar aquellas que discriminan a los migrantes de una manera incoherente con las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Cada instrumento internacional de derechos humanos se ha ocupado de establecer de forma expresa los criterios y requisitos que cada Estado parte debe respetar al momento de regular, reglamentar y restringir los derechos reconocidos en tales instrumentos.

Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse de conformidad con ciertos requisitos de forma y condiciones de fondo.

El artículo 30 de la Convención Americana señala los requisitos formales que deben cumplir tales restricciones. La exigencia de una ley formal implica que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse que toda la normativa que no emana de los “órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados” no establezca ninguna restricción, vulneración o afectación ilegítima a un derecho reconocido en la Convención.

Con el fin de cumplir con esa obligación con respecto a los derechos de los migrantes, los Estados deben evaluar prioritariamente las normas dictadas por los organismos especializados en cuestiones migratorias. Se deben examinar las diferentes decisiones (resoluciones, decretos, etc.) dictadas por todas las órbitas y políticas estatales, las cuales inciden o pueden incidir de forma grave e incuestionable en la violación de los derechos de los migrantes en razón de su situación migratoria.

El hecho de que la restricción deba estar prescrita por ley “supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, y no debe ser arbitraria, insensata ni discriminatoria”.

Además del cumplimiento del requisito formal, para que la restricción de un derecho humano sea legítima, debe estar dirigida a la consecución de determinados fines u objetivos legítimos.

De conformidad con lo establecido en los instrumentos internacionales, los fines que justifican o legitiman una restricción de los derechos humanos, es decir los requisitos de fondo, son conceptos tales como “necesidad democrática”, “orden público”, “seguridad nacional”, “bien común”, “salud pública” y “moral”. Seguidamente se procedió a analizar cada uno de estos conceptos.

Las preguntas efectuadas por México sólo pueden tener una respuesta: “el derecho internacional de los derechos humanos ha sido diseñado para la protección universal de todas las personas, sin discriminación alguna por los motivos prohibidos (entre ellos, la situación migratoria de la persona)”.

En conclusión, toda política o normativa migratoria debe ser acorde a los estándares internacionales y regionales vigentes en materia de restricciones legítimas de derechos humanos. En primer lugar, sólo se pueden restringir derechos en la medida en que la restricción pretenda alcanzar fines legítimos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En segundo término, la restricción debe efectuarse mediante ley formal, la cual debe respetar el principio de igualdad, no ser arbitraria ni discriminatoria. En tercer lugar, no debe existir alternativa alguna que pueda ser menos restrictiva de los derechos en juego. Finalmente, en cada caso concreto, el Estado deberá fundamentar no sólo la razonabilidad de la medida, sino que tendrá que efectuar un estricto escrutinio que desvirtúe el principio de ilegitimidad que recae sobre toda medida que restrinja un derecho con base en un motivo prohibido por el principio de no discriminación.

“[L]as personas que migran por causas ligadas a la pobreza, previo a ello han sido privadas de sus derechos (entre otros, al empleo, educación, vivienda, salud, etc.). Frente a esta desprotección por parte de su Estado (o mejor dicho de las violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado), la persona decide migrar a otro país, en el cual espera –esta vez– poder gozar de los derechos que los instrumentos internacionales le garantizan [...]. Frente a esta realidad, resulta aún más inadmisible que millones de personas puedan ser excluidas del sistema internacional de protección de los derechos humanos, esta vez en razón del status migratorio que pueda tener en el país al cual ha migrado”.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

En su intervención oral, el ACNUR manifestó que:

En la actualidad carece de sentido trazar una línea estricta entre lo que son el desplazamiento voluntario y el desplazamiento forzado de personas, debido a que los motivos que provocan la migración son complejos e implican una mezcla de factores políticos, económicos y sociales. La naturaleza y complejidad de los desplazamientos actuales dificultan la determinación de una línea clara entre migrantes y refugiados. A partir de la década de 1990 el ACNUR ha estudiado el nexo existente entre asilo y migración y particularmente la necesidad de proteger a los refugiados dentro de las corrientes migratorias. Sin embargo, todavía no existe un mecanismo internacional que se ocupe estrictamente de la migración.

Si bien es cierto que las políticas migratorias se enmarcan dentro del ámbito de la soberanía de los Estados, la adopción e implementación de tales políticas tienen límites establecidos por los instrumentos de derechos humanos. Dentro de esos límites se encuentra lo estipulado por la Convención Americana, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1966, y por la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Tales instrumentos igualmente han de informar la decisión de la Corte sobre esta solicitud de opinión consultiva, de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana y el principio *pro homine*.

En relación con el nexo entre el asilo y la migración, cabe resaltar que en las circunstancias actuales los migrantes y otras personas que buscan protección, tales como los solicitantes de asilo y los refugiados, comparten los mismos movimientos y requieren protección. Aunque no todas esas personas califican como refugiados bajo los instrumentos internacionales, es necesario establecer las salvaguardas que permitan identificarlos y brindar protección a las distintas categorías migratorias. Ante la existencia de pocas opciones legales para efectos de ingresar y permanecer en determinados territorios, cada vez “es más frecuente el uso de los sistemas de asilo, para efectos de que ciertas categorías migratorias puedan tener una oportunidad de permanecer en un país”.

En la actualidad no solamente se presume que las personas extranjeras que ingresan a un territorio son migrantes, sino que además cuando se les cataloga como tales “lo que se quiere decir es que no tienen derechos y que por ende el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede expulsarlos, deportarlos o violarles sus derechos básicos”. Asimismo, la carencia de opciones legales para migrar y las políticas restrictivas en materia de asilo y migración, provocan que los refugiados y los migrantes “se enfrenten a condiciones sub humanas, con estatus legal precario y en muchos casos con derechos abiertamente limitados”, sean más vulnerables al problema de tráfico o trata de personas, y sean

objeto de mayor discriminación y xenofobia en la mayoría de los Estados receptores.

La condición irregular de un migrante no debe privarle del disfrute y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana y en otros instrumentos de derechos humanos. El Estado debe proteger a todas las personas bajo su jurisdicción, sean o no nacionales.

Es necesario resaltar la vulnerabilidad de los migrantes, la cual se ve exacerbada no sólo por el número limitado de países que han ratificado los instrumentos internacionales para su protección, sino también por la carencia de una organización internacional que tenga el mandato específico de proteger los derechos fundamentales de tales personas. Con respecto a este último aspecto, es importante señalar que el Estatuto de la Organización Internacional para las Migraciones se refiere al manejo y la administración de la migración, que no necesariamente corresponde a la protección de los derechos fundamentales de los migrantes.

Es necesario resaltar que en un contexto en el cual la mayoría de los Estados de América son partes de los convenios internacionales en materia de refugiados, igualmente una inmensa mayoría no tiene instrumentos idóneos para efectos de identificar a aquellas personas que requieren protección. Esto no se refiere únicamente a solicitantes de asilo y refugiados, sino también a los migrantes que tampoco cuentan con las salvaguardas necesarias para garantizar un respeto mínimo de sus derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana.

Igualmente, la aplicación de mayores controles migratorios y políticas de interceptación hace que se opte, en la mayoría de los casos, por el anonimato y la permanencia irregular, y así, a diferencia de lo que fue en el pasado, hoy se puede hablar de “refugiados de facto”, porque la mayoría o no quieren ser reconocidos por los Estados o están siendo devueltos.

Por otra parte, si bien es cierto que en el caso de los refugiados el derecho al trabajo está consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ese instrumento internacional que establece los derechos mínimos para esta categoría migratoria lamentablemente no se refiere a los solicitantes de asilo. En ese sentido, una interpretación simplista podría llegar a decir que, en el caso de los solicitantes de asilo y de los migrantes, no existen derechos laborales. Tal interpretación no solamente es contraria al espíritu de la letra de los instrumentos internacionales, sino que además equivale a un abierto retroceso con respecto al carácter progresivo de los derechos humanos.

En consecuencia, los parámetros de protección que se establezcan a través de esta solicitud de opinión consultiva, pueden ser aplicables,

por analogía, a la protección de los derechos laborales de los solicitantes de asilo.

La condición migratoria “constituye y debe constituir una causal prohibida para la discriminación en nuestro Continente, con base en la Declaración Americana, así como [en] la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. El principio de no discriminación está consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha ampliado las causales de no discriminación, sobre la base del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se ha establecido que cualquier diferenciación debe ser razonable, objetiva y dirigida a alcanzar un propósito legítimo. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido la causal de discriminación por “otro estatus”, lo cual sería equivalente a “otra condición”, es decir, que se podría dar una discriminación bajo otras causales no enunciadas explícitamente en dicho Pacto.

La anterior línea de interpretación resulta relevante para esta opinión consultiva, porque la Declaración Americana establece que puede haber discriminación por “otra” distinción además de la raza, el sexo, el idioma y el credo. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este tratado prohíbe cualquier discriminación de derechos y libertades, estableciendo doce causales, entre las cuales se mencionan el origen nacional y “cualquier otra condición social”.

En razón de que el principio de no discriminación es una regla básica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de conformidad con lo establecido por los órganos de supervisión de los tratados internacionales de las Naciones Unidas, se debe llegar a la conclusión de que “las causales de no discriminación contempladas en los instrumentos interamericanos son igualmente indicativ[a]s, enunciativ[a]s y nunca exhaustiv[a]s o taxativ[a]s, en tanto desvirtuaría el objeto y el propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuales es el respeto de los derechos y libertades fundamentales en nuestro continente”.

En particular, sobre la base de la condición especial de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo, de los refugiados y de los migrantes, puede válidamente deducirse que de conformidad con la Declaración Americana y la Convención Americana, cualquier otra condición social o “*any other factor*” sería motivo suficiente para señalar que existe una prohibición específica de no discriminación en nuestro continente.

Es necesario señalar que en el caso de América la referida vulnerabilidad de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, ha sido explícitamente reconocida en la Convención De Belém Do Pará para Prevenir,

Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la cual se establece que “para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrá[n] especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”.

En razón de las anteriores consideraciones, se debe concluir que dentro de las discriminaciones prohibidas se encuentra “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en cualquier causal como la nacionalidad” y que tenga como objeto anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales, en igualdad de condiciones.

Asimismo, las garantías legales judiciales contempladas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana son igualmente aplicables cuando se decida una situación que afecte los derechos del solicitante de asilo y del refugiado, pero también son normas que deben orientar la protección de los migrantes en el continente.

*Consejo Centroamericano
de Procuradores de Derechos
Humanos con el apoyo
de su Secretaría Técnica
(Instituto Interamericano
de Derechos Humanos)*

En sus intervenciones escritas y orales, indicó que:

En cuanto a la primera pregunta (supra párr. 4):

Es necesario reconocer la distinción entre el derecho humano a no ser sometido a tratamientos discriminatorios (ni en la formulación de la ley ni en su aplicación) y la obligación de los Estados de no realizar discriminación alguna en relación con el goce y ejercicio de los derechos humanos respecto de las personas sometidas a su jurisdicción.

El principio de igualdad tiene una doble dimensión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: a) la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos; y b) el derecho de toda persona de ser tratada igual que las demás frente a la ley. La importancia de esta doble dimensión no es solamente su reconocimiento en un texto constitucional, sino también que el Estado realice todas las acciones pertinentes para lograr, en la práctica, que los obstáculos para la igualdad entre las personas sean removidos, según el artículo 1 de la Convención Americana y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Estado no sólo debe abstenerse de generar discriminaciones *de jure*, sino que también debe remover los factores que generan discriminaciones *de facto*, tanto con respecto a los derechos civiles y políticos como con relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

La respuesta a la primera pregunta alude a los derechos humanos de contenido laboral, regulados en un amplio conjunto normativo en el sistema interamericano, el cual posee dos niveles de reconocimiento: 1) el aplicable a los Estados miembros de la OEA que no son partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

y 2) el aplicable a aquellos Estados miembros de la OEA que también son partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Estos dos niveles permiten advertir dos situaciones jurídicas distintas en relación con la protección de los derechos laborales: los Estados que pertenecen al primer grupo están obligados por los artículos 30, 34 y 45 de la Carta de la OEA y los artículos XIV, XV y XVI de la Declaración Americana; por su parte, los Estados partes en dicho Protocolo, además de estar obligados por las disposiciones anteriores, tienen obligaciones derivadas de los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de aquél.

Para entender la expresión "legislación laboral" en la consulta de México, debe señalarse que en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la OEA las obligaciones internacionales asumidas convencionalmente, "pueden ser catalogadas como legislación, es decir, como parte integrante de su derecho interno". Por ello, la expresión "legislación laboral" incluida en la primera pregunta del Estado solicitante, se refiere al derecho doméstico de los Estados. Las normas de derecho internacional anteriormente indicadas no admiten una interpretación o aplicación restrictiva o discriminatoria, mucho menos que se encuentre basada en un estatus migratorio específico. "La calidad regular o irregular, desde la perspectiva jurídica migratoria, no modula o afecta el alcance de la obligación de los Estados" de respeto y garantía de los derechos humanos. La legislación laboral doméstica incluye más derechos que los protegidos en las normas internacionales citadas. Los Estados tienen el derecho de ejercer un control sobre las consideraciones migratorias y adoptar medidas de protección de su seguridad nacional y orden público. Los Estados deben ejercer ese control con apego a los derechos humanos.

Una respuesta detallada a la primera pregunta de México requeriría un análisis particular y específico de cada Estado. Sin embargo, puede decirse que los derechos laborales, como derechos humanos, corresponden a todas las personas y son exigibles en el marco de las relaciones laborales. En consecuencia, la capacidad de desempeño de una actividad productiva depende exclusivamente de la capacidad y formación profesional, y en ningún caso se encuentra vinculada a la condición migratoria de las personas.

Las causas que originan la migración, particularmente la irregular, son diferentes de las circunstancias de persecución que originan la existencia de refugiados, quienes están protegidos por el Derecho de los Refugiados. La migración irregular está asociada a condiciones socioeconómicas de vida, a la búsqueda de mejores oportunidades y medios de subsistencia que los que tiene la persona en su Estado de origen. En la práctica, elevados niveles de migrantes irregulares incrementa la oferta de trabajo y afecta la valoración de éste. En razón de que la persona migrante en situación irregular no desea ser descubierta por

las autoridades estatales, renuncia de hecho a acudir a los tribunales, lo que favorece que se cometan contra ella violaciones de derechos humanos en el ámbito laboral.

Una persona que ingresa a otro Estado y entabla relaciones laborales, independientemente de su situación migratoria, “activa sus derechos humanos” en ese contexto, así como también se “activan” las obligaciones del Estado receptor contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana (si se trata de un Estado miembro de la OEA) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (si el Estado es también parte en éste). Esa “activación” de derechos implica que una medida del Estado orientada a generar una privación en el goce y ejercicio de los derechos humanos laborales con base en la calidad migratoria de la persona, “conduciría a un tratamiento diferenciado que generaría arbitrariedad, consecuentemente una discriminación”.

En consecuencia, considera que la respuesta a la primera pregunta de México es que: los Estados miembros de la OEA y los Estados partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “se encuentran imposibilitados para realizar un trato perjudicial distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales”, entendiendo por éstos, tanto los contenidos en los artículos 30, 34.g) y 45 de la Carta de la OEA; en los artículos XIV, XV y XVI de la Declaración Americana; y en los artículos 6, 7, 8 y 9 de dicho Protocolo, así como también los que adicionalmente reconozca la legislación doméstica de los Estados, tomando como base para tal trato distinto la condición migratoria de dichos trabajadores. Tales derechos humanos se gozan a partir del establecimiento de una relación laboral, la cual no depende de la condición migratoria.

En cuanto a la segunda pregunta (supra párr. 4):

Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos no se originan en el artículo 1.1 de la Convención Americana o en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino en la naturaleza de los derechos humanos y la dignidad humana, la cual no depende de ninguna calificación sustentada en algún acto positivo del Estado. Por ello, la exigibilidad de estas obligaciones no depende de la adhesión o ratificación que un Estado haga a la Convención Americana; de ello depende únicamente su justiciabilidad ante los órganos del sistema interamericano. En tal sentido, las obligaciones de respeto y garantía no son obligaciones condicionales pues se derivan de la dignidad humana.

En consecuencia, considera que la respuesta a la primera parte de la segunda pregunta es que las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos en general, y en especial el derecho

humano a no ser sometido a tratamiento discriminatorio ni a trato desigual ante la ley, no pueden ser interpretadas en el sentido de condicionar el contenido de tales obligaciones a la situación migratoria regular de una persona en el territorio de un Estado. La condición migratoria no es condición necesaria para que un Estado respete y garantice los derechos humanos contenidos en los artículos 2.1 de la Declaración Universal, II de la Declaración Americana, 2 y 26 del Pacto International de Derechos Civiles y Políticos, así como 1 y 24 de la Convención Americana.

La segunda parte de la segunda pregunta se debe responder tomando en consideración el derecho humano a no ser sometido a tratamiento discriminatorio ni a trato desigual ante la ley, respecto del cual existe una obligación de los Estados de respeto y garantía. De esta forma, un Estado no puede privar a un trabajador de uno o más de sus derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición migratoria irregular, pues de hacerlo tal Estado estaría incumpliendo su obligación de garantizar tales derechos, toda vez que el acto de privación le pueda ser atribuido conforme al derecho internacional.

En cuanto a tercera pregunta (supra párr. 4):

El deber de respeto y garantía de los derechos humanos es una obligación cuya fuente es el derecho internacional, por lo que ninguna normativa interna puede ser opuesta para pretender justificar el incumplimiento de dicha obligación, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta obligación genérica es exigible respecto de todos los derechos humanos.

A pesar de la práctica generalizada de la mayoría de los Estados, la jerarquía del derecho internacional frente al derecho interno no la determina este último. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en aplicación del principio *pro homine*, otorga mayor prevalencia a la norma que proyecte una protección a la dignidad humana (que reconozca más ampliamente los derechos humanos), con independencia de la fuente de origen de la obligación que se trate. Por ello, el ordenamiento jurídico de un Estado tiene validez en cuanto sea congruente con los derechos humanos de las personas.

La respuesta a la tercera pregunta es que ningún Estado se encuentra autorizado para realizar una interpretación de los derechos humanos originados en una fuente del derecho internacional, utilizando para ello su derecho interno, si el resultado que producirá será la reducción del estándar de reconocimiento de tales derechos. Una interpretación de esa índole carece de validez y no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, un Estado puede desarrollar una interpretación de los derechos humanos, originados en una fuente del derecho internacional, utilizando para ello su derecho interno, si el resultado de tal interpretación conducirá a preferir la opción que presente el estándar de reconocimiento más amplio.

En cuanto a la cuarta pregunta (supra párr. 4):

No existe un catálogo cerrado que indique cuáles son las normas de *jus cogens*, pues no hay aparentemente criterios que permitan identificarlas. Son los tribunales los que determinarán si una norma puede ser considerada como *jus cogens*, “para efectos de invalidar un tratado”. Estas normas son límites a la voluntad de los Estados, por lo que forman un orden público internacional, con lo que se convierten en normas de exigibilidad *erga omnes*.

Las normas de derechos humanos son, por su trascendencia, normas de *jus cogens* y, en consecuencia, fuente de validez del ordenamiento jurídico internacional. Los derechos humanos deben ser respetados de forma igualitaria, puesto que se derivan de la dignidad humana y, por lo tanto, conllevan la necesidad que el reconocimiento y protección de los mismos se realice sobre la base de la prohibición de discriminación y la exigencia de igualdad ante la ley.

La respuesta a la primera parte de la cuarta pregunta es que, habida cuenta del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley deben ser considerados como normas de *ius cogens*. Se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados. Las normas de *jus cogens* se encuentran en una posición jerárquica superior a la del resto de las normas jurídicas, de manera que la validez de estas últimas depende de la conformidad con aquéllas.

Un Estado miembro de la OEA que sea parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, así como en la Declaración Americana, puesto que “los derechos humanos forman un *corpus iuris* unitario, inescindible, interrelacionado e interdependiente”.

La respuesta a la segunda parte de la cuarta pregunta es que el efecto jurídico que produce el reconocimiento del principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, como normas de *jus cogens*, respecto de los Estados americanos, es la pérdida de validez y eficacia jurídica de los actos del Estado que contradigan tal principio y derecho.

Jorge A. Bustamante,
Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la Universidad
Nacional Autónoma de
México (UNAM)

En sus intervenciones escritas y orales, indicó que:

El marco jurídico para evaluar las condiciones en las que se encuentran actualmente los migrantes mexicanos, tanto en su propio país, como en los Estados Unidos de América como Estado receptor de casi la totalidad de los migrantes internacionales mexicanos, se debe considerar en dos contextos analíticos diferentes: el contexto internacional, derivado

de la naturaleza internacional de la migración (análisis del Estado receptor de la inmigración y de la relación de los migrantes con el Estado y con la sociedad de acogida); y el contexto nacional (análisis de los migrantes como sujetos de derechos humanos en su Estado de origen).

La condición de vulnerabilidad que incide sobre los derechos humanos de los migrantes internacionales tiene un carácter estructural, derivado de la definición que hacen la mayoría de los Estados nacionales en sus constituciones, de quiénes son nacionales y quiénes son extranjeros. La mayor parte de los Estados estatuyen cierta supremacía de los nacionales *vis à vis* los extranjeros, por lo que la condición estructural de vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos es igual a la desigualdad social entre éstos y los nacionales del Estado receptor.

La vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos en su contexto nacional se deriva de la asociación de naturaleza ideológica que hacen los individuos de la sociedad civil de su Estado de origen, entre la definición social de migrante y otra condición socialmente subvaluada (mujer, niño-niña, indígena, minusválido, membresía religiosa, etc.) u otra condición a la que la sociedad del Estado de origen le asigna una condición de inferioridad, frente al resto de los no-migrantes de esa sociedad. Tal asociación tiene una dimensión ideológica y un contexto histórico que es distinto para cada Estado, así como es distinto el grado en que se les asigna a los migrantes tal condición de inferioridad.

Hay una dimensión objetiva de la vulnerabilidad, según la cual a mayor distancia del migrante respecto de su hogar mayor será su vulnerabilidad como sujeto de derechos humanos. Si bien este enunciado puede ser válido para todos los migrantes, lo es en mayor medida para el contexto nacional de los migrantes internos, que para el contexto internacional de la migración.

Hay una asimetría de poder que se transforma en un contexto de relaciones sociales entre nacionales y extranjeros-migrantes, que es sancionada por el Estado mediante el establecimiento de accesos diferenciales para unos y otros a los recursos públicos; de ahí surge un marco jurídico de relaciones sociales que entra en contradicción con la noción más amplia de derechos humanos.

En esa asimetría de poder es más probable que el extranjero acabe en una posición de subordinación frente al nacional. De ahí surge una condición de vulnerabilidad estructural de los extranjeros.

La posición de subordinación impuesta sobre los extranjeros/migrantes es algo que el Estado receptor “confirma”. Aquí, la vulnerabilidad se ve virtualmente completada por el papel del Estado, ya sea por acción o por omisión, pero siempre en el contexto de ese tratamiento

diferencial que el Estado receptor otorga a los nacionales frente a los extranjeros.

Las asimetrías de poder entre los Estados de origen y los Estados receptores de las migraciones internacionales, claramente reflejadas en la escasa lista de Estados receptores que han ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

"[L]a integración de los migrantes/extranjeros como iguales a los nacionales ante la ley y el Estado, significa un empoderamiento o habilitación jurídica de los extranjeros/migrantes, cuya consecuencia sería la desaparición de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos". Ese "empoderamiento" es concomitante a la preeminencia de los derechos humanos como ley interna en el Estado receptor, a partir de la cual los extranjeros/migrantes pueden defenderse por si mismos de la discriminación y del abuso a sus derechos humanos, al adquirir condiciones de igualdad con los nacionales ante la ley y el Estado.

La muerte de cerca de dos mil migrantes mexicanos y de algunos centroamericanos es la evidencia más contundente de que los Estados Unidos de América han violado y siguen violando los derechos humanos con el mantenimiento de la llamada "operación guardián". Esta tesis se refuerza con el hecho de que, en un reporte de la Oficina de la Contraloría del Congreso de los Estados Unidos de América, se reconoce expresamente la asociación que existe entre la "operación guardián" y las muertes de los migrantes. El Estado tiene la responsabilidad de reparar el daño causado por aquellas acciones de las cuales es responsable por su diseño, mantenimiento y continuidad, mediante el pago correspondiente a los deudos por la pérdida de la vida de un miembro productivo de su familia. "Es muy extraño que el gobierno de México no haya presentado reclamación alguna" en la que se establezca la relación entre: el diseño, el mantenimiento de la puesta en práctica y la continuidad de la "operación guardián"; y la responsabilidad del Estado que se deriva de dichos actos de gobierno.

Un obstáculo para que México pudiera formular la referida reclamación a los Estados Unidos de América por la responsabilidad de las muertes de mexicanos migrantes en la frontera de este último, es la ausencia de reconocimiento expreso de parte de México de su co-responsabilidad en esas muertes, derivada del hecho de que ha habido una política económica que ha contribuido de manera causal a la migración de mexicanos en busca de empleo en los Estados Unidos de América. Este fenómeno migratorio es el resultado de una interacción de factores ubicados en ambos lados de la frontera, es decir, entre una demanda de la fuerza laboral de los migrantes que se origina en los Estados Unidos de América y una oferta de fuerza laboral que se origina en México. La relación causal entre la política económica de México y

la generación de los factores que producen esa oferta laboral, genera la “responsabilidad de Estado” respecto de la migración y, por ende, de una co-responsabilidad de México en las muertes de migrantes en la frontera de los Estados Unidos de América.

Este reconocimiento de responsabilidad por México debería concebirse como uno de los elementos de la negociación bilateral para un acuerdo sobre trabajadores migrantes entre ambos gobiernos. En ese contexto podría negociarse un reconocimiento expreso de México de la co-responsabilidad por las muertes de los migrantes, así como la co-participación en el pago de las indemnizaciones por la reparación del daño derivado de esas muertes, al mismo tiempo que los Estados Unidos de América aceptara la suspensión de la “operación guardián”.

III COMPETENCIA

48. Esta solicitud de opinión consultiva fue sometida a la Corte por México, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 64.1 de la Convención, el cual establece que:

[I]los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

49. La facultad antes mencionada se ha ejercido con cumplimiento de los siguientes requisitos establecidos en el Reglamento de la Corte: formulación precisa de las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita; presentación de las consideraciones que originan la consulta; señalamiento del nombre y dirección del Agente (artículo 59 del Reglamento), y la indicación de las normas internacionales diferentes a las de la Convención Americana que también se solicita interpretar (artículo 60.1 del Reglamento).

50. El cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que el Tribunal esté obligado a responderla. En este orden de ideas, la Corte debe tener presente consideraciones que trascienden los aspectos meramente formales y que se relacionan con los límites genéricos que el Tribunal ha reconocido al ejercicio de su función consultiva¹. Dichas consideraciones serán tratadas en los siguientes párrafos.

51. La consulta somete a la consideración de la Corte cuatro preguntas que hacen referencia 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 consagrados en

¹ Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 19; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 31; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párr. 31; y “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 13.

instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano". Además, la consulta trata sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".

52. Específicamente, las preguntas formuladas por México son las siguientes:

En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos ...],

1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?

2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior[,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

53. De la lectura de estas preguntas se desprende que el Estado solicitante requiere una interpretación de la Convención Americana, así como de otros tratados y declaraciones internacionales. La Corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales distintas a la Convención Americana. Principalmente, ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. Es decir,

[...] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano².

54. En este sentido, el Tribunal estableció que puede “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”³, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección⁴, y que

[n]o existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste⁵.

55. Por lo tanto, la Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por México y que solicitan la interpretación de la Declaración Americana, de la Convención Americana, de la Declaración Universal y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos todos que protegen derechos humanos y que son aplicables a los Estados americanos.

² “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, *supra* nota 1, punto decisivo primero.

³ Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 22; y *cfr. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párr. 36; *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 21; y “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, *supra* nota 1, párr. 21.

⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrs. 71 y 109; y “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, *supra* nota 1, párr. 38.

⁵ “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, *supra* nota 1, párr. 48. Además, véase, párrs. 14, 31, 37, 40 y 41.

56. En lo que respecta a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tribunal en otra opinión señaló, al referirse a la Declaración Americana, que:

[...] el artículo 64.1 de la Convención Americana [lo] autoriza [...] para, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos⁶.

Además, en esa misma oportunidad, el Tribunal indicó que “no se puede interpretar y aplicar la Carta de la [OEA] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración [Americana]”⁷.

57. Lo anterior significa que la Corte tiene competencia para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Carta de la OEA, teniendo en cuenta la relación de dicha Carta con el sistema interamericano de protección de derechos humanos, concretamente en el marco de la Declaración Americana, la Convención Americana, u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

58. Ahora, si la Corte circunscribiese su pronunciamiento a aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana, sería difícil desvincular la presente Opinión Consultiva de un pronunciamiento específico sobre la legislación y prácticas de los Estados que no han ratificado la Convención en relación con las preguntas planteadas. Esta circunstancia, a juicio de la Corte, limitaría el objeto del procedimiento consultivo, el cual, como ya se dijo, “está destinado [...] a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”⁸.

59. Además, si la opinión alcanzara sólo a Estados Miembros de la OEA que son Partes de la Convención Americana, el Tribunal prestaría sus servicios consultivos a un número reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta.

60. Por estas razones, la Corte determina que todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos.

61. Siguiendo su práctica en materia consultiva, la Corte debe determinar si la emisión de la consulta podría “conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención”⁹.

⁶ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 36; y *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10; punto decisivo único y cfr. párr.44.

⁷ *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, supra nota 6, párr. 43.

⁸ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 36, párr. 40; *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; párr. 22.

⁹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 31; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el*

62. Varios son los parámetros que pueden ser utilizados por el Tribunal al hacer este examen. Uno de ellos, coincidente con gran parte de la jurisprudencia internacional en esta materia¹⁰, se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, se obtenga prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un caso contencioso¹¹. Sin embargo, posteriormente esta Corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, per se, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva¹².

63. En el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este ámbito, el Tribunal cumple con su función consultiva¹³. La Corte ha sostenido en diversas ocasiones la distinción entre sus competencias consultiva y contenciosa. En la Opinión Consultiva OC-15/97 sobre *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* señaló que

[I]a competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio [por] resolver. El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.

[...] Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento¹⁴.

marco de las garantías del debido proceso legal, supra nota 1, párr. 43; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, supra nota 1, párr. 31; y “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, supra nota 1, punto decisivo segundo.

¹⁰ Cf. *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1989, p. 177, para 29-36; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para. 27-41; *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, p. 12; *Reservations to the Convention on Genocide*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, p. 15, (19, 20); e I.C.J.: *Interpretation of Peace Treaties*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950, p. 65 (71, 72).

¹¹ Cf. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 32; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 45; e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, supra nota 1, párrs. 37 y 40.

¹² Cf. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 32; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 45; y *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12, párr. 28.

¹³ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 33; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 47; y cf. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, supra nota 3, párr. 23.

¹⁴ *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, supra nota 1, párrs. 25 y 26.

64. Al afirmar su competencia sobre este asunto, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, la cual constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” referentes a derechos humanos¹⁵ y de ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso¹⁶.

65. La Corte considera que el señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular e ilustrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la Opinión Consultiva de que se trate, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos¹⁷. Además, estos últimos permiten a esta Corte mostrar que su Opinión Consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos y al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal¹⁸. La Corte, al abordar el respectivo tema, actúa en su condición de Tribunal de derechos humanos, guiada por los instrumentos internacionales que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella.

66. Como consecuencia de lo expuesto, la Corte estima que debe examinar los asuntos planteados en la solicitud que ahora se analiza y emitir la correspondiente Opinión.

IV ESTRUCTURA DE LA OPINIÓN

67. Es inherente a las facultades de esta Corte, la de estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. Para ello, el Tribunal toma en cuenta las cuestiones básicas que subyacen a las interrogantes planteadas en la solicitud de opinión y las analiza para llegar a conclusiones generales que puedan proyectarse, a su vez, sobre los puntos específicos mencionados en la propia solicitud y sobre otros temas conexos con aquéllos¹⁹. En la especie, la Corte ha resuelto establecer, en primer término, un glosario con el fin de delimitar el alcance conceptual de los términos por utilizar en la presente Opinión. Una vez establecido este marco conceptual, el Tribunal procederá al análisis de los asuntos específicos sometidos a su consideración, para lo cual responderá a las preguntas que le han sido formuladas en el orden que estime más adecuado, en atención a la coherencia que debe guardar la Opinión. De conformidad con la facultad, inherente a todo Tribunal, de dar a sus pronunciamientos la estructura lógica que estime más adecuada a los intereses de la justicia²⁰, la Corte considerará las interrogantes planteadas de la siguiente manera:

¹⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 34; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 64; y “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, supra nota 1, párr. 37 y 39.

¹⁶ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 34; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 64; y cfr. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, supra nota 12, párr. 20.

¹⁷ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 35; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 49; y cfr. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 16.

¹⁸ Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 35; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 49; e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, supra nota 1, párr. 32.

¹⁹ Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 37.

²⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 66.

- a) Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas no. 2.1 y 4);
- b) Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta no. 2.1);
- c) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados (preguntas no. 2.2 y 1); y
- d) Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta no. 3).

68. La Corte pasa a considerar, en la secuencia ya señalada, cada uno de los puntos mencionados.

V GLOSARIO

69. Para efectos de la presente Opinión Consultiva, la Corte utilizará los siguientes términos con el significado señalado:

a) emigrar o migrar	Dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
b) emigrante	Persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
c) inmigrar	Llegar a otro Estado con el propósito de residir en él.
d) inmigrante	Persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él.
e) migrante	Término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante.
f) estatus migratorio	Situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo.
g) trabajador	Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada.
h) trabajador migrante	Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional ²¹ .
i) trabajador migrante documentado o en situación regular	Persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a documentado o en ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de situación regular conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte ²² .

²¹ Cfr. O.I.T., Convenio No. 97 sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) de 1949 y Convenio No. 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, el cual define en su artículo 11 al trabajador migrante como "toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; e incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante."

²² Cfr. O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 5 señala que los trabajadores migratorios y sus familiares "[s]erán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de

j) trabajador migrante indocumentado o en situación irregular	Persona que no se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a indocumentado o en ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de situación irregular conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza dicha actividad ²³ .
k) Estado de origen	Estado del cual es nacional el trabajador migrante ²⁴ .
l) Estado de empleo o Estado receptor	Estado en el cual el trabajador migrante vaya a realizar, realiza o haya realizado una actividad remunerada ²⁵ .

VI**OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

70. En relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, las siguientes normas son invocadas en la consulta:

a) Artículo 1 de la Convención Americana, el cual señala que:

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

b) Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula que:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

²³ Cfr. O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 5 señala que “[s]erán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo”.

²⁴ Cfr. O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 6.a) señala que “[p]or ‘Estado de origen’ se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate”.

²⁵ Cfr. O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 6.b) señala que “[p]or ‘Estado de empleo’ se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso”.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a)** Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b)** La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c)** Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

71. En lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación, las normas mencionadas en la consulta son:

- a)** Artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA, los cuales señalan que:

Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Cada Estado tiene el derecho de desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.

- b)** Artículo 24 de la Convención Americana, que determina que:

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

- c)** Artículo II de la Declaración Americana, el cual manifiesta que:

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

- d)** Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

- e)** Artículo 2.1 de la Declaración Universal, el cual señala que:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

*
* * *

Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos Humanos

72. A continuación, la Corte considera pertinente hacer referencia a la obligación estatal general de respetar y garantizar los derechos humanos, que es de suma importancia, para luego proceder a analizar el principio de igualdad y no discriminación.

73. Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.

74. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales²⁶.

75. En lo que atañe a la Convención Americana y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normativa indicada por México en las preguntas de la solicitud de opinión consultiva que se analizan en este acápite, los órganos de supervisión de dichos instrumentos se han pronunciado sobre la mencionada obligación.

76. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que:

[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesionne indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado

²⁶ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 1), Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1), Carta Social Europea (Preámbulo), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículo 1), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2).

responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno²⁷.

77. Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención²⁸.

78. En el mismo sentido, el Tribunal ha señalado que

[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías²⁹.

79. Por su parte, en relación con lo establecido en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha observado que:

[...] en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. [...]

²⁷ Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; y *cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; y *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178.

²⁸ Caso "Cinco Pensionistas", *supra* nota 27, párr. 164; y *cfr. Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213; y *cfr. también "principe allant de soi"; Echange des populations grecques et turques*, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. No. 10, p. 20.

²⁹ *Cfr. Caso "Cinco Pensionistas"*, *supra* nota 27, párr. 165; *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 27, párr. 180; y *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto³⁰.

80. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que:

La Convención no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que contiene; tal y como establece el artículo 14 (art.14) y el texto en inglés del artículo 1 (art.1) (“debe asegurar”, “shall secure”), la Convención además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados³¹.

81. Como se desprende de lo anteriormente expuesto, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

* * *

Principio de Igualdad y No Discriminación

82. Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, este Tribunal procederá a referirse a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación.

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (*supra* párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”³².

84. En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

³⁰ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrs. 1 y 2.

³¹ Eur. Court H.R., *Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A No 25, para. 239.

³² Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

86. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales³³. El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

87. El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La Corte Interamericana ha entendido que:

[I]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza³⁴.

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

³³ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No. 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjú” (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

³⁴ Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 45; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra* nota 32, párr. 55.

89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”³⁵. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”³⁶. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran³⁷. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

90. Al respecto, la Corte Europea indicó también que:

“Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art.14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 (art.14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.”

“En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención³⁸.”

91. Por su parte, la Corte Interamericana estableció que: [n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones

³⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 32 , párr. 56.

³⁶ Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

³⁷ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 46.

³⁸ Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana³⁹.

92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁴⁰.

93. Además, el mencionado Comité indicó que:

[...] el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia⁴¹.

94. El Comité de Derechos Humanos también ha señalado que: [l]os Estados Partes deben velar porque se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”

[...]. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas. [...]

Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (art.25), en tanto que el artículo 13 es aplicable sólo a los extranjeros. No obstante, la experiencia del Comité en el examen de los informes demuestra que en algunos países se niegan a los extranjeros otros derechos de los cuales deberían disfrutar, o que dichos derechos son objeto de limitaciones especiales que no siempre pueden justificarse con arreglo al Pacto. [...] El Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica, según proceda. [...]

³⁹ Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 47; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 57.

⁴⁰ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

⁴¹ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 8.

Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto⁴².

95. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido⁴³, en cuanto al principio de la igualdad y no discriminación, que éste

[s]ignifica que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón. La igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos.

96. Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados.

*

* *

Carácter fundamental del Principio de Igualdad y No Discriminación

97. La Corte procede ahora a considerar si este principio es de *jus cogens*.

98. El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens supervinente*, al señalar que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales⁴⁴.

99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de

⁴² O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11/04/86, CCPR/C/27, párrs. 1, 2, 4, 7, 8 y 9.

⁴³ African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication No: 211/98-Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, para. 63.

⁴⁴ Cfr. I.C.T.Y., Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p.595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, y Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.

carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”⁴⁵. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

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

*

* *

Efectos del Principio de Igualdad y No Discriminación

102. De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a

⁴⁵ Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párr. 45; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, *supra* nota 32, párr. 55.

actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

107. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.

108. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial⁴⁶.

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

110. Finalmente, en lo que ataña a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (*supra* párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los

⁴⁶ Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 27, párr. 136; y *cfr.* Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni, *supra* nota 27, párr. 113; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 136 y 137; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, *supra* nota 17, párr. 24.

Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

VII APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LOS MIGRANTES

111. Una vez establecidos el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, y los efectos que se derivan de la obligación de los Estados de respetar y garantizar este principio, el Tribunal procederá a referirse a la migración en general y a la aplicación de dicho principio a las personas migrantes indocumentadas.

112. Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

113. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

114. Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre “Protección de los migrantes”, según la cual se debe tener presente “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”⁴⁷. La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación “por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”⁴⁸. Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró

la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección [...]⁴⁹.

115. La Corte es consciente de que, según lo observó también la Asamblea General de las Naciones Unidas, “entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la

⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

⁴⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

⁴⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

economía mundial, ha[n] contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”⁵⁰.

116. En relación con lo anteriormente señalado, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, se indicó que:

Los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones internacionales se produce entre países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados⁵¹.

117. En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes⁵².

118. Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

119. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que

[...] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y

⁵⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre “Migración internacional y desarrollo” de 1 de febrero de 2000.

⁵¹ Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1.

⁵² Cfr. Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995, Programa de Acción, párrs. 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20; Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción, I.24 y II.33-35.

texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional⁵³.

120. Al abordar el principio de la igualdad y no discriminación, se debe tener presente la continua evolución del derecho internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado, en su Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo⁵⁴.

121. El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Al respecto, este Tribunal ha opinado⁵⁵, en la referida Opinión Consultiva sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que

[...] para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

y que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de

⁵³ African Commission of Human and Peoples’ Rights, Communication No: 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l’ Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l’Homme, Rencontre Africaine des Droits de l’Homme, Organisation Nationale des Droits de l’Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l’Homme au Angola, decision of 11 November, 1997, para. 20.

⁵⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 115.

⁵⁵ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párr. 117 y 119; y *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrs. 97 y 115; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 28, párr. 146.

compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

122. La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

123. Tal como ya ha señalado este Tribunal, el debido proceso legal se refiere al 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. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁵⁶.

124. Asimismo, la Corte ha indicado⁵⁷ que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁵⁸”. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.

125. Además, es importante establecer, como ya lo ha hecho la Corte, que “[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁵⁹.

126. Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.

127. Habiendo la Corte establecido lo que es aplicable a todos los migrantes, pasa a analizar, a continuación, los derechos de los trabajadores migrantes, en particular los indocumentados.

⁵⁶ Caso Baena Ricardo y otros, *supra* nota 27, párr. 124; y *cfr.* Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 46, párr. 102; Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, *supra* nota 17, párr. 27.

⁵⁷ *Cfr.* Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 46, párr. 103; Caso Baena Ricardo y otros, *supra* nota 27, párr. 125; y Caso del Tribunal Constitucional, *supra* nota 56, párr. 70.

⁵⁸ *Cfr.* Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁵⁹ *Cfr.* Caso Baena Ricardo y otros, *supra* nota 27, párr. 127.

VIII

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS

128. Como ya se ha señalado en el glosario (*supra* párr. 69), trabajador migrante es toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. Esta definición está consagrada en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 2.1).

129. Los trabajadores migrantes documentados o en situación regular son los que “han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo⁶⁰ de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”⁶¹. Los trabajadores indocumentados o en situación irregular son los que no cumplen con las condiciones que sí reúnen los trabajadores documentados, es decir, no cuentan con autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un Estado del cual no son nacionales.

130. A continuación el Tribunal procederá a pronunciarse sobre los trabajadores migrantes indocumentados y sus derechos.

131. Es menester hacer referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes frente a los trabajadores nacionales. Al respecto, el preámbulo de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares consideró “la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo”.

132. Hoy en día los derechos de los trabajadores migrantes “no han sido debidamente reconocidos en todas partes”⁶² e incluso los trabajadores indocumentados “son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y [...] para determinadas empresas[, lo cual] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”⁶³.

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

⁶⁰ O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, artículo 6.b), según el cual el Estado de empleo es “el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada [...]”.

⁶¹ O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, artículo 5.a).

⁶² O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, Preámbulo.

⁶³ O.N.U., Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, Preámbulo.

134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

137. No basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y a terceros.

138. Las relaciones laborales se establecen tanto en el derecho público como en el derecho privado, y en ambos ámbitos el Estado tiene un rol importante.

139. En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente.

140. En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittewirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

141. La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, ha esbozado la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros (*erga omnes*), habiendo señalado que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no

resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención⁶⁴.

142. Asimismo, este Tribunal ha ordenado, a través de medidas provisionales, la protección de miembros de comunidades y de personas que les prestan servicios, por actos de amenazas de muerte y daños a su integridad personal presuntamente causados por el Estado y terceros⁶⁵. Además, en otra oportunidad ordenó la protección de las personas privadas de libertad en una cárcel, ante las muertes y amenazas que ocurrían en el interior de la misma, muchas de las cuales presuntamente fueron perpetradas por los propios reclusos⁶⁶.

143. La Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la aplicabilidad del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a las relaciones interindividuales, cuando declaró que el Estado había violado dicho Convenio por haber impuesto una restricción a la libertad de asociación, que establecía que la pertenencia a determinados sindicatos era condición necesaria para que los peticionarios en el caso pudieran continuar siendo empleados de una empresa, puesto que la restricción impuesta no era “necesaria en una sociedad democrática”⁶⁷. En otro caso, la Corte Europea consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 de dicho Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar) es esencialmente la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de autoridades públicas, el Estado debe abstenerse de realizar tales interferencias; además de este deber de abstención, existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar, que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada inclusive en las relaciones entre individuos. En este último caso, dicho Tribunal encontró que el Estado había violado el derecho a la vida privada y familiar de una joven mentalmente discapacitada que había sido agredida sexualmente, por cuanto no pudo iniciarse proceso penal alguno contra el agresor debido a un vacío en la legislación penal⁶⁸.

144. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por su parte, ha considerado que el derecho a la libertad y a la seguridad personales, consagrado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impone al Estado la obligación de tomar las medidas adecuadas para asegurar la protección de un individuo amenazado de muerte; es decir, que una interpretación de dicho artículo que autorizara a los Estados partes a ignorar las amenazas que pesen contra la vida de personas bajo su jurisdicción, aunque no hayan sido detenidas o arrestadas por agentes estatales, privaría a las garantías previstas en el Pacto de toda eficacia⁶⁹. Además, dicho Comité consideró que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de los miembros de minorías contra las agresiones de particulares. A su vez, en sus “Comentarios” Generales Nos. 18 y 20 sobre la “no discriminación” y el artículo 7 del referido Pacto, el Comité ha señalado que los Estados partes deben sancionar la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes cometidos por funcionarios públicos, otras personas que actúen en nombre del Estado

⁶⁴ Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172; y cfr. Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrs. 181, 182 y 187.

⁶⁵ Cfr. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2002. Serie E No. 3; y Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 6 de marzo de 2003.

⁶⁶ Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2002.

⁶⁷ Eur. Court H.R., Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom, (Merits) Judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, paras. 48 to 65.

⁶⁸ Eur. Court H.R., Case of X and Y v. The Netherlands, (Merits) Judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, para. 23.

⁶⁹ Cfr. O.N.U., Comité de Derechos Humanos. Delgado Páez c. Colombia. Decisión de 12 de julio de 1990. No. 195/85, párr. 5.5.

y particulares; así como también deben “adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”.

145. Adicionalmente, en una decisión relativa a la obligación de investigar los actos de discriminación racial y violencia contra personas de otro color u origen étnico cometidos por particulares, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que “cuando se han realizado amenazas de violencia racial, especialmente cuando han sido realizadas en público y por un grupo, el Estado debe investigar tales amenazas con la debida diligencia”⁷⁰.

146. De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

147. La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.

148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

149. Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.

150. En muchas ocasiones los trabajadores migrantes deben acudir al aparato estatal para la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, los trabajadores de empresas privadas recurren al Poder Judicial para reclamar el pago de salarios, indemnizaciones, etc. Estos trabajadores también utilizan muchas veces los servicios de salud estatales o cotizan para el sistema estatal de pensiones. En todas estas ocasiones el Estado también está involucrado en esta relación entre

⁷⁰ Cfr. U.N., Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Communication No. 4/1991, L.K. v. The Netherlands, paras. 6.3 and 6.6; y también cfr., *inter alia*, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

particulares como garante de los derechos fundamentales, puesto que se requiere la prestación de un servicio determinado de su parte.

151. En las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica.

152. El Estado es entonces responsable por si mismo tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación.

153. En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

154. Más aún, hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como el de la denegación del derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.

155. La Corte señala que los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Es decir, que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a nivel nacional en las constituciones políticas; en la legislación laboral; en los convenios colectivos; en los convenios-ley; en los decretos o incluso en las prácticas locales y específicas; o a nivel internacional, en cualquier tratado internacional del que sea parte.

156. Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente.

157. En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo

forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: 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 indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

158. Esta Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.

159. En muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los derechos laborales ya mencionados. Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular. Esto no debe ocurrir; pese a que podría verse deportado un trabajador migrante indocumentado, éste último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador.

160. La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

IX OBLIGACIONES ESTATALES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

161. A continuación, la Corte hará referencia a las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias únicamente a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

162. En esta sección de la presente Opinión Consultiva, se considerará si es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que los Estados americanos subordinen y condicionen la observancia de los derechos humanos a sus políticas migratorias, y ello se hará a la

luz de las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones oponibles *erga omnes*.

163. La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc...) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.

164. Al respecto, la Declaración y el Programa de Acción de Durban adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia⁷¹ instaron a todos los Estados a que “[r]evisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Asimismo, en el párrafo 9 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/5 sobre “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia” se “pid[ió] a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes”.

165. Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.

167. Sobre el particular, la Corte Interamericana ha señalado que la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías⁷². En relación con esto, este Tribunal ha señalado que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el

⁷¹ Cfr. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, párrs. 38 y 30.b), respectivamente.

⁷² Cfr. Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 27, párr. 165; Caso Baena Ricardo y otros, *supra* nota 27, párr. 180; y Caso Cantoral Benavides, *supra* nota 29, párr. 178.

artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención⁷³.

168. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (*supra* párrs. 84, 89, 105 y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables.

169. Considerando que la presente Opinión se aplica a las cuestiones relacionadas con los aspectos jurídicos de la migración, la Corte estima conveniente señalar que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.

170. Por lo tanto, no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, previéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente.

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

172. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁷³ Caso "Cinco Pensionistas", *supra* nota 27, párr. 164; y *cfr.* Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmendo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Caso Baena Ricardo y otros, *supra* nota 27, párr. 179; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 136; y *cfr.* también "principe allant de soi", Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs. Série B. No. 10, p. 20.

X
OPINIÓN

173. Por las razones expuestas,

LA CORTE,

DECIDE

por unanimidad,

Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad,

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Los Jueces Cançado Trindade, García Ramírez, Salgado Pesantes y Abreu Burelli hicieron conocer a la Corte sus Votos Concurrentes, los cuales acompañan esta Opinión Consultiva.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 17 de septiembre de 2003.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

Antônio A. Cançado Trindade
Presidente

Sergio García Ramírez

Hernán Salgado Pesantes

Oliver Jackman

Alirio Abreu Burlli

Carlos Vicente de Roux Rengifo 127
Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Antônio A. Cançado Trindade
Presidente

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DERECHOS Y GARANTÍAS
DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN
Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

SOLICITADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA, LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes Jueces*:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente;
Roberto F. Caldas, Vicepresidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juez;
Diego García-Sayán, Juez;
Eduardo Vio Grossi, Juez; y
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), emite la siguiente Opinión Consultiva, que se estructura en el siguiente orden:

* El Juez Alberto Pérez Pérez no participó, por motivos de fuerza mayor, en la deliberación y firma de esta Opinión Consultiva.

ÍNDICE

I. Presentación de la consulta	257
II. Procedimiento ante la Corte	259
III. Competencia	265
IV. Consideraciones generales	269
V. Criterios de interpretación	273
VI. Obligaciones generales y principios rectores	277
VII. Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, adoptar medidas de protección especial	281
VIII. Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños	294
IX. Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular	303
X. Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación	310
XI. Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratoria.	314
XII. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias	318
XIII. Principio de no devolución (<i>non-refoulement</i>)	326
XIV. Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo	339
XV. Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios	345
XVI. Opinión	352

I PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 7 de julio de 2011 la República Argentina (en adelante “Argentina”), la República Federativa de Brasil (en adelante “Brasil”), la República del Paraguay (en adelante “Paraguay”) y la República Oriental del Uruguay (en adelante “Uruguay”), las cuales en adelante se denominarán en conjunto “los Estados solicitantes”, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante (en adelante “la solicitud” o “la consulta”) a fin de que el Tribunal “determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”¹.

2. Los Estados solicitantes expusieron las consideraciones que originaron la consulta y, entre ellas, señalaron que:

En América Latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norteamérica y Europa, mientras que otros seis millones han migrado a otros países dentro de la región. De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen, de manera creciente, en forma no acompañada o separada. [...]

[...] L]os niños y niñas [...] migran por motivos diversos, sea por reagrupación familiar, búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos. [...]

[...] L]as personas migrantes en situación migratoria irregular, por un lado, y los niños y niñas, por el otro, son grupos sociales que se encuentran en una condición de vulnerabilidad. Ambos colectivos requieren, por ello, un compromiso especial por parte de los Estados que deben procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales[, teniendo en cuenta] un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en [consideración] los derechos de los niños y niñas afectados por la migración. [...]

En la actualidad, la utilización de la privación de libertad de migrantes (adultos y niños) asociada a la infracción de las normas migratorias constituye una problemática que suscita una profunda preocupación en diferentes ámbitos nacionales e internacionales. [...]

Sentado el principio de no criminalización, aún restan muchas cuestiones pendientes en relación con el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes y en particular sobre el reconocimiento y la protección de los derechos de niños migrantes. [...]

En este escenario, resulta fundamental que la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos defina con mayor precisión cuales son los estándares, principios y obligaciones concretas que

¹ El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf

los Estados deben cumplimentar en materia de derechos humanos de las personas migrantes, en particular en lo que respecta a los derechos de las niñas y niños migrantes e hijos/as de migrantes [...] en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes. 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran a niños, niñas y adolescentes migrantes. 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niñas y niños por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de libertad de niñas y niños en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en caso de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

3. Con base en lo anterior, los Estados solicitantes presentaron a la Corte las siguientes consultas específicas:

[1.] ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes; determinar las necesidades de protección internacional; y adoptar en su caso, las medidas de protección especial que se requieran?

[2.] ¿Cuáles son, a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?

[3.] ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el principio de última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños/as no acompañados o separados de sus padres?

[4.] ¿Qué características deben tener, a la luz de los artículos 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria? ¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?

[5.] ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención Americana y de los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

[6.] ¿Cuáles son a la luz de los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?

[7.] ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de los artículos 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?

[8.] ¿Qué características, a la luz del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?

[9.] ¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y los artículos 6 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

4. Argentina designó al señor Luis Hipólito Alen, como agente, y a los señores Alberto Javier Salgado y Julio Ayala, como agentes alternos. Brasil designó como agentes a la Embajadora María Dulce Silva Barros y, como agentes alternos, a la señora Juliana de Moura Gomes y a los señores Carlos Eduardo da Cunha Oliveira, Fábio Balestro Floriano, Rafael Rodrigues Soares y Francisco George de Lima Beserra. Paraguay designó como agentes a la señora Inés Martínez Vilanotti y al señor Ricardo González. Como agentes por Uruguay fueron designados los señores Javier Miranda y Federico Perazza.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. Mediante notas de 13 de septiembre de 2011 la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1 del Reglamento, transmitió la consulta a los demás Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”), y al Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. En dichas comunicaciones, informó que el Presidente de la Corte, en consulta con el Tribunal, había fijado el 15 de diciembre de 2011 como fecha límite para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud mencionada. Igualmente, siguiendo instrucciones del Presidente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3 de dicho Reglamento, la Secretaría, mediante notas de 23 y 26 de septiembre de 2011 invitó a diversas organizaciones internacionales y de la sociedad civil así como a instituciones académicas de la región a remitir en el plazo anteriormente señalado su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Finalmente, se realizó una invitación abierta a través del sitio web de la Corte Interamericana a todos los interesados a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. El plazo previamente establecido fue prorrogado hasta el 17 de febrero de 2012, por lo que contaron con aproximadamente cinco meses para remitir sus presentaciones.

6. El plazo otorgado llegó a su vencimiento y se recibieron en la Secretaría los siguientes escritos de observaciones²:

Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA:

- 1) Brasil
- 2) República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica”)
- 3) República del Ecuador (en adelante “Ecuador”)
- 4) República de Honduras (en adelante “Honduras”)
- 5) Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México”)

Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA:

- 6) Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- 7) Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes

Observaciones escritas presentadas por Organismos Internacionales:

- 8) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)
- 9) Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)
- 10) Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)
- 11) Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

Observaciones escritas presentadas por organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil:

- 12) Defensoría General de la Nación de la República Argentina
- 13) Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C.
- 14) Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF)
- 15) Women’s Link Worldwide
- 16) Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM)
- 17) Servicio Social Internacional (SSI) y Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF)
- 18) Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC)
- 19) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF)
- 20) Grupo Jurídico de Antioquia (GJA)
- 21) Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI)
- 22) Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, conformado por el Centro de Derechos Humanos del Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Red de Casas YMCA para Menores Migrantes y Coalición Pro Defensa del Migrante A.C.
- 23) Señoras y señores María Elena Vásquez Rodríguez, Directora del Programa “Niños y niñas sin fronteras” de la Corporación Colectivo Sin Fronteras de Chile; Carlos Roberto

² El 22 de junio de 2012 el Estado de Nicaragua presentó observaciones escritas fuera del plazo otorgado a tal efecto. Al respecto, se le informó que podría presentar los argumentos y la documentación que estimara pertinente durante la audiencia pública a celebrarse.

Muñoz Reyes, vocero de la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile; Julio Esteban Cortés Morales, académico de la Clínica de Infancia de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Chile; e Iskra Leyva Pavez Soto, académica de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile

- 24) Comisión Nro. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en adelante “Comisión Nro. 1309”)
- 25) Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús
- 26) Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales
- 27) Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
- 28) Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México
- 29) Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano, A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana
- 30) Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- 31) Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- 32) Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres
- 33) Centro de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello
- 34) International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University, en representación de Women’s Refugee Commission, Kids in Need of Defense e Immigrant Children’s Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children)
- 35) Immigration Law Clinic de Southwestern Law School
- 36) Child Law Clinic de University College Cork
- 37) Señor Boris Wilson Arias López
- 38) Señores Ezequiel Heffes y Fernando Alberto Goldar
- 39) Señor Luis Peraza Parga
- 40) Señora Beatriz Eugenia Sánchez Mojica
- 41) Señores Álvaro Francisco Amaya-Villarreal, Felipe Franco Gutiérrez y señora Viviana Ordóñez Salazar
- 42) Señora Juliana Poveda Clavijo y señor Oscar Yesid Osorio Barragán

7. Una vez concluido el procedimiento escrito, el 11 de mayo de 2012 la Presidencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento, emitió una Resolución³, mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó a los Estados Miembros de la OEA, a su Secretario General, al Presidente del Consejo Permanente, a la Comisión Interamericana, al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes y a todos aquellos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil, instituciones académicas y personas que remitieron observaciones escritas, con el propósito de presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta. La audiencia pública se convocó para el 26 y el 27 de junio de 2012 en la sede de la Corte.

8. El 25 de junio de 2012 Argentina, en ejercicio de la presidencia pro tempore del MERCOSUR (Mercado Común del Sur) y en representación de Brasil y Uruguay, solicitó que “[...] en vista de la situación en la República del Paraguay, que [era] de público conocimiento, las audiencias citadas [fueran] pospuestas para una fecha [a] ser determinada oportunamente”.

³ Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/oc21110512esp.pdf>

9. El 26 de junio de 2012 la Secretaría del Tribunal comunicó que el Pleno de la Corte acordó, a pedido de tres de los países solicitantes, posponer la realización de la audiencia pública a la luz de los acontecimientos políticos en Paraguay. De igual forma, informó a los Estados solicitantes, a los demás Estados Miembros de la OEA, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como a los organismos internacionales y estatales, asociaciones internacionales y nacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas que habían confirmado su participación en la audiencia, que se les notificaría la nueva fecha para la realización de la misma.

10. El 30 de mayo de 2013, tras las consultas formuladas con los Estados solicitantes, se procedió a retomar el curso normal del procedimiento y se informó que la audiencia pública sobre la opinión consultiva de referencia se llevaría a cabo durante alguno de los períodos de sesiones que iba a celebrarse en el último trimestre del 2013.

11. El 5 de septiembre de 2013 el Presidente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento, emitió una Resolución⁴, mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó a los Estados Miembros de la OEA, a su Secretario General, al Presidente del Consejo Permanente, a la Comisión Interamericana, al Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes y a todos aquellos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil, instituciones académicas y personas que remitieron observaciones escritas y/o que confirmaron su participación, a presentar al Tribunal sus comentarios orales respecto de la consulta.

12. La audiencia pública se celebró los días 9 y 10 de octubre de 2013 en la ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos, en el marco del 48º Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

13. Comparecieron ante la Corte las siguientes personas:

Por Argentina, Luis Hipólito Alen, Subsecretario de Protección de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; María Julia Loreto, abogada de la Dirección Contencioso Internacional en materia de Derechos Humanos de la Cancillería; Víctor Abramovich Cosarín, Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR, y Francisco Tropepi, Secretario de la Sección Política de la Embajada de la República Argentina en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Brasil, la Embajadora María Dulce Silva Barros, Agente del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Victoria Balthar, Asesora Internacional de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, y Juliana Soares Santos, Primer Secretaria de la Embajada de la República Federativa de Brasil en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Paraguay, Embajador Carlos Heriberto Riveros Salcedo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos; María Leticia Casati, Consejera de la Embajada de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos, y Juan José Mancuello, Primer Secretario de la Embajada de la República del Paraguay en los Estados Unidos Mexicanos;

Por Uruguay, el Embajador Federico Perazza, Director General Adjunto para Asuntos Políticos del Ministerio de Relaciones Exteriores;

⁴ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_21_esp.pdf

Por México, el Embajador Juan Manuel Gómez Robledo, Subsecretario para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Laura Vargas Carrillo, Titular del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Max Alberto Diener Sala, Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Erasmo Lara Cabrera, Director General Adjunto de Casos, Democracia y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Lilian Espinoza Fernández, Directora General de Enlace Interinstitucional del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Ana Cecilia Oliva Balcarcel, Directora General de Protección al Migrante y Vinculación del Instituto Nacional de Migración; Lorena Lagarde González, Directora de Asuntos Internacionales del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; Luis Jardón Piña, Director de Litigio Internacional en Materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y Carlos Ramírez Bracho, Secretario Particular de la Titular del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia;

Por Costa Rica, José Carlos Jiménez Alpízar, Asesor Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y Fernando Ching Chang, Asesor de la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia;

Por Guatemala, Embajador José Rodrigo Vielmann de León, Embajador de Guatemala ante la Organización de los Estados Americanos; Rodrigo Villagrán Sandoval, Director de Seguimiento de Casos Internacionales en Materia de Derechos Humanos, y Verónica Jiménez, Subdirectora de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por República Dominicana, el Embajador Fernando Pérez Memén, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Dominicana ante los Estados Unidos Mexicanos; Santo Miguel Román, Subdirector de la Dirección General de Migración adscrita al Ministerio de Interior y Policía, y José Casado-Liberato, Abogado-Analista de Derechos Humanos para asuntos de la OEA ante el Ministerio de Relaciones Exteriores;

Por Panamá, Magdalena Branda, Abogada de Derechos Humanos de la Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores; Rosario Granda, Abogada; José Cedeño, Abogado, y Rocío Medina, Abogada;

Por la Comisión Interamericana, el Comisionado Felipe González; la Comisionada Rosa María Ortiz; Emilio Álvarez Icaza L., Secretario Ejecutivo; Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta; Silvia Serrano Guzmán, Asesora, y Jorge Humberto Meza, Asesor;

Por ACNUR, Juan Carlos Murillo González, Asesor Jurídico Regional;

Por UNICEF, Karla Gallo, Oficial Nacional de Protección de UNICEF en México;

Por la OIM, Salvador Gutiérrez, Oficial Regional de Enlace y Políticas;

Por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), Migdalia Brown;

Por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C., Fernando Coronado Franco, Nancy Jocelyn López Pérez, Patricia Uribe Granados, Edgar Alejandro Gómez Jaimes, Leonardo Mier Bueno, y Mario Patrón Sánchez;

Por el Servicio Social Internacional (SSI) y la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF), Leticia Irene Virosta;

Por el Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, conformado por el Centro de Derechos Humanos del Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Red de Casas YMCA para Menores Migrantes y Coalición Pro Defensa del Migrante A.C., Silvia Esmeralda Flores Rodríguez;

Por el Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana, Rafael Beltrán Ramos y Chasel Colorado Piña;

Por la Comisión Nro. 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santiago Gabriel Bertinat Gonnet;

Por la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, María Teresa Palacios Sanabria;

Por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Diego Lorente y Lourdes Rosas Aguilar;

Por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Adriana Inés Monesterolo Lencioni;

Por la International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University en representación de Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense y the Immigrant Children's Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children), Richard J. Wilson, Diana Navas y Jacqueline Zamarripa;

Por la Child Law Clinic de University College Cork, Emily Bartholomew;

Por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, María Leoba Castañeda Rivas, y

Los señores Álvaro Francisco Amaya Villarreal y Luis Peraza Parga.

14. Con posterioridad a la audiencia, se recibieron escritos complementarios de: 1) el señor Luis Peraza Parga; 2) ACNUR; 3) la Comisión Nro. 1309; 4) Costa Rica; 5) OIM; 6) Guatemala; 7) el Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MER-COSUR, en representación de los Estados solicitantes; 8) Child Law Clinic de University College Cork; 9) la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y 10) Brasil.

15. La solicitud de opinión consultiva presentada por los Estados solicitantes, las observaciones escritas y orales de los Estados participantes, de la Comisión Interamericana, del Instituto Interamericano de la Niña, Niño y Adolescentes, de diferentes organismos internacionales, así como de organismos estatales, asociaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil, pueden ser consultadas en el sitio web de la Corte⁵ y, asimismo, figuran resumidas en el anexo a la presente opinión⁶.

⁵ Disponibles en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/observaciones>

⁶ El anexo con los resúmenes se encuentra únicamente en idioma español.

III COMPETENCIA

16. Esta consulta ha sido sometida a la Corte por los Estados solicitantes, en uso de la facultad que les otorga el artículo 64.1 de la Convención Americana. Los Estados solicitantes son Estados Miembros de la OEA y, por tanto, tienen el derecho de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas acerca de la interpretación de dicho tratado o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

17. Asimismo, la Corte considera que, como órgano con funciones de carácter jurisdiccional y consultivo, tiene la facultad inherente a sus atribuciones, y aún cuando ello no haya sido controvertido como es lo que acontece en autos, de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), lo que, por lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención, también tiene aplicación en lo referente al ejercicio de su función consultiva o no contenciosa, tal como ocurre en lo atinente a su competencia contenciosa⁷, en particular, dado que la sola circunstancia de recurrir a aquella presupone la admisión, por parte del Estado o Estados que realizan la consulta, del derecho de la Corte a resolver sobre el alcance de su jurisdicción al respecto.

18. Los Estados solicitantes requieren una interpretación de la Convención Americana, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “Declaración Americana” o “Declaración”).

19. En cuanto a la Convención Americana, la función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la misma, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”⁸, competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal⁹.

20. Asimismo, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. Es decir,

[...] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano¹⁰.

21. En el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este instrumento ha sido adoptado en el ámbito de la OEA y ratificado por 18 Estados Miembros¹¹, e

⁷ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. *Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 33, y Caso J. Vs. Perú. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 18.

⁸ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 87.

⁹ Cfr. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 18, y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 15.

¹⁰ “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, punto decisivo primero.

¹¹ Son parte de este tratado: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

indudablemente constituye un tratado de trascendencia regional que se relaciona con la protección de los derechos humanos y, específicamente, con la protección contra la tortura en los Estados americanos.

22. Además, el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA (en adelante “la Carta”) y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹². Por ende, la Corte al interpretar la Convención en el marco de su función consultiva recurrirá a la Declaración Americana cuando corresponda y en los términos del artículo 29.d) de la Convención.

23. Al afirmar su competencia, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, en virtud de la cual y a diferencia de lo dispuesto para otros tribunales internacionales, se encuentran legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y los Estados Miembros de la OEA, aunque no fueran partes de la Convención¹³. Otra característica de la amplitud de esta función se relaciona con el objeto de la consulta, el cual no está limitado a la Convención Americana, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y, además, se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales¹⁴.

24. La solicitud cumple formalmente con las exigencias de lo dispuesto en los artículos 70¹⁵ y 71¹⁶ del Reglamento, según los cuales para que una solicitud sea considerada por la Corte las preguntas deben ser formuladas con precisión, especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que la originan y suministrar el nombre y dirección del agente.

25. En reiteradas oportunidades este Tribunal ha establecido que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que esté obligado a responder a ella¹⁷. Así, la Corte recuerda que su competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva¹⁸.

¹² Cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, punto decisivo primero y único.

¹³ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra, párrs. 14 a 17, y Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra, párr. 18.

¹⁴ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra, párrs. 14 a 17, y Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 18.

¹⁵ Artículo 70. Interpretación de la Convención

1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.

2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. [...]

¹⁶ Artículo 71. Interpretación de otros tratados

1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. [...]

¹⁷ Cfr. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párr. 31, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra, párr. 17.

¹⁸ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 16, y Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra, párr. 15.

26. Al respecto, en la solicitud de opinión consultiva los Estados solicitantes manifestaron que existe un “déficit de la legislación y de las políticas públicas en relación con diferentes temas que se examinan en [la] solicitud. [...]n rasgo aún frecuente en algunas leyes y políticas migratorias, es la falta de la correspondiente articulación con el sistema de protección de derechos de la niñez, lo que limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas que tienen que adoptar cuando ingresa [una niña o un niño] al país de manera irregular”, lo cual comúnmente resulta en “la ausencia de procedimientos adecuados para identificar las diferentes situaciones de riesgo que enfrentan los niños que integran flujos migratorios mixtos o de composición diversa”.

27. Desde esa perspectiva, la Corte entiende que su respuesta a la consulta planteada prestará una utilidad concreta dentro de una realidad regional en la cual aspectos sobre las obligaciones estatales en cuanto a la niñez migrante no han sido establecidas en forma clara y sistemática, a partir de la interpretación de las normas relevantes. Esta utilidad se demuestra por el alto interés manifestado por todos los participantes a lo largo del presente procedimiento consultivo. En primer lugar, la propia solicitud presentada por cuatro Estados, la cual ofrece a través de la posición acordada y unificada de los Estados solicitantes un piso mínimo de estándares consensuados en la materia. Además, fueron recibidos 42 escritos de observaciones presentados por cinco Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, cuatro organismos internacionales y 31 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas. De forma similar, se verificó una activa participación en la audiencia pública por parte de nueve Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, tres organismos internacionales y 14 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas.

28. Al recordar que la función consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos¹⁹, la Corte considera de importancia transcendental establecer con mayor precisión los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración, es decir de aquellas niñas y niños migrantes y/o en necesidad de protección internacional, así como de hijas e hijos de migrantes. Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos de las niñas y niños a fin de adoptar las medidas de protección integral que resulten adecuadas y pertinentes en cada situación.

29. Al respecto, la Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades²⁰, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, en este caso para las niñas y los niños en el contexto de la migración. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

¹⁹ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 39, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 18.

²⁰ Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 25, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 18.

30. Por ende, la Corte estima que no solo no queda necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultivas de “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos (*supra* párr. 28), puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas.

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo²¹, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél²². Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad²³, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²⁴. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada²⁵ a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

32. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana (*supra* párr. 23), todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana²⁶, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.

33. En definitiva, la Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por los Estados solicitantes y no encuentra en la presente consulta razones para abstenerse de absolverla, por lo cual la admite y procede a resolverla.

²¹ Cfr. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. *Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221.

²² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. *Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164, y Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 197.

²³ Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, *supra*, párr. 124, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, *supra*, párr. 124.

²⁴ El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29, y Caso Boyce y otros Vs. Barbados. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 15

²⁵ Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Considerandos 65 a 90.

²⁶ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 60.

IV CONSIDERACIONES GENERALES

34. Al año 2013, existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas²⁷. A su vez, del total de personas migrantes en nuestro continente, 6.817.466 eran menores de 19 años²⁸. Según datos de finales de 2013, en el continente americano había alrededor de 806.000 personas refugiadas y personas en situación similar a la de los refugiados²⁹. En ese año, se presentaron más de 25.300 solicitudes de asilo individuales de niñas y niños no acompañados o separados en 77 países alrededor del mundo³⁰.

35. Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía³¹.

36. La migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. En este contexto y, en particular, de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos poblacionales de carácter diverso, las causas y características del traslado que emprenden niñas y niños por aire, mar o tierra hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual pueden abarcar tanto personas que requieren de una protección internacional, como otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.

37. Por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional –y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario–, revelan que esta noción abarca también otro

²⁷ Véase Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

²⁸ Véase Naciones Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

²⁹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *El coste humano de la guerra. Tendencias Globales 2013*, pág. 12.

³⁰ Esta cifra no incluye información respecto de algunos países que son receptores de solicitantes de asilo, como por ejemplo, los Estados Unidos de América. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *El coste humano de la guerra. Tendencias Globales 2013*, pág. 28.

³¹ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, pár. 19.

tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

38. Sólo es posible asegurar la protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo a un potencial solicitante de asilo en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera.

39. Bajo este panorama, este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva³² y contenciosa³³ en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias³⁴, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana³⁵. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes³⁶. Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

40. En esta línea, los Estados se han comprometido a “[p]romover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad”³⁷. Asimismo,

³² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 168.

³³ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 129.

³⁴ La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 163.

³⁵ Cfr. *Asuntos Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, Considerando 4, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 97.

³⁶ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 168, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 97. De igual forma, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, ha sostenido que “[a]unque todos los Estados tienen el derecho soberano de proteger sus fronteras y regular sus políticas de migración, al promulgar y aplicar la legislación nacional en materia de inmigración también deben asegurar el respeto de los derechos humanos de los migrantes”. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 25 de febrero de 2008, párr. 14.

³⁷ Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, adoptado en ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006, párr. 25.g).

han reiterado su compromiso con las personas que tienen el derecho a la protección internacional de los refugiados en América Latina³⁸.

41. Lo anterior comporta la necesidad imperiosa de adoptar un enfoque de derechos humanos con relación a las políticas migratorias³⁹ y respecto a las necesidades de protección internacional⁴⁰, asumiendo la interrelación y convergencia entre estas diferentes ramas del derecho internacional. Pero, más aún, por tratarse de niñas y niños debe prevalecer un enfoque encaminado a la protección y garantía de sus derechos en forma integral⁴¹.

42. Bajo esta óptica, la Corte considera pertinente, primeramente, establecer la metodología de la interpretación que utilizará para responder a la consulta planteada, así como desarrollar las obligaciones generales y los principios rectores que se aplican de forma transversal a todas y cada una de las cuestiones que serán abordadas. En este sentido, la Corte advierte que las diversas preguntas presentadas en la consulta sometida por los Estados solicitantes abarcan una serie de etapas del proceso migratorio, iniciando con la movilización transfronteriza de la niña o del niño y su contacto inicial con las autoridades del Estado receptor hasta la consecución de una solución duradera.

43. La primera pregunta, que será abordada en el capítulo VII, se refiere al momento posterior al ingreso, que se relaciona con la cuestión de los procedimientos para la identificación de las necesidades de protección internacional, con base en los diversos riesgos para los derechos de las niñas y de los niños y, en su caso, la adopción de medidas de protección especial adecuadas.

44. Los capítulos VIII a XII se refieren exclusivamente a procesos migratorios relacionados con una situación irregular, en casos en que no se vislumbran situaciones que requieran una protección internacional. En este marco, las preguntas que se abordan tocan temas relacionados con el principio de no detención de niñas y niños por irregularidad migratoria, las medidas prioritarias que no impliquen privación de la libertad, las obligaciones estatales en caso de custodia de niñas y niños, así como las garantías aplicables tanto en los procesos migratorios como en situaciones que afecten la libertad personal.

45. El capítulo XIII desarrolla la pregunta relativa al principio de no devolución o *non-refoulement*, conceptualizándolo como un principio que permite dotar de eficacia al derecho a buscar y recibir asilo, pero también como un derecho autónomo establecido en la Convención y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y otras normas de derechos humanos y, en particular, de la protección de la niñez.

46. El capítulo XIV especifica los procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo, los cuales solo finalizan hasta lograr una solución duradera, sea la repatriación voluntaria y en condiciones dignas y seguras al país de origen, la integración local en el país de acogida, o el reasentamiento en un tercer país seguro.

³⁸ Cfr. Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004.

³⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, supra, párrs. 162 a 171.

⁴⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. b).x).

⁴¹ Ver, en igual sentido, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 43.

47. Por último, el capítulo XV toca una situación específica que se relaciona con niñas o niños cuyos progenitores se enfrentan a una expulsión o deportación por motivos migratorios, lo que impone fijar el alcance del derecho a la protección de la familia y la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida de familia de aquéllos.

48. Finalmente, resulta conveniente recordar que es inherente a las facultades de esta Corte la de estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. En la presente Opinión Consultiva, la Corte ha resuelto establecer, en primer término, un glosario con el fin de delimitar el alcance conceptual de los términos por utilizar y luego procederá al análisis de los asuntos específicos sometidos a su consideración, para lo cual responderá a las preguntas que le han sido formuladas en el orden planteado por los Estados solicitantes.

49. Para efectos de la presente Opinión Consultiva, la Corte utilizará los siguientes términos con el significado señalado:

- a) niña o niño** toda persona que no haya cumplido 18 años de edad ⁴², salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley. El término “niña o niño” utilizado en la presente Opinión Consultiva incluye, evidentemente, a los adolescentes.
- b) niña o niño no acompañado** niña o niño que está separado de ambos progenitores y otros no parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad ⁴³.
- c) niña o niño separado** niña o niño separado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia ⁴⁴.
- d) emigrante** persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él ⁴⁵.
- e) inmigrar** llegar a otro Estado con el propósito de residir en él ⁴⁶.
- f) inmigrante** persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él ⁴⁷.
- g) migrante** término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante ⁴⁸.
- h) estatus migratorio** situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de acogida o receptor ⁴⁹.

⁴² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42.

⁴³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 7.

⁴⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 8.

⁴⁵ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁴⁶ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁴⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁴⁸ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

⁴⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 69.

i) Estado o país de origen	Estado o país del cual una persona es nacional o, en caso de la persona apátrida, Estado o país de residencia habitual.
j) Estado de acogida o Estado receptor	Estado al cual se moviliza la persona, sea de tránsito o de destino.
k) persona apátrida	aquella persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación.
l) solicitante de asilo	aquella persona que ha solicitado el reconocimiento del estatuto o condición de refugiado y cuya petición está pendiente de resolución.
m) refugiado(a)	aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. El término "refugiado(a)" es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.
n) protección internacional	aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva.

50. A continuación, acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas traídas a consulta, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias.

V CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

51. La facultad de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana⁵⁰ u otros tratados sobre los cuales tenga competencia⁵¹ para consecuentemente

⁵⁰ El artículo 62 de la Convención Americana indica que:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
[...]
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

⁵¹ Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 45 a 58 y 77.

determinar, de acuerdo a la norma internacional, tanto convencional como consuetudinaria, la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo al Derecho Internacional⁵². La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades⁵³, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos⁵⁴.

52. Para emitir su opinión sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, la Corte recurirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual recoge la regla general de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria⁵⁵, que implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido natural de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél. En lo pertinente, esta Convención señala:

Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

[...]

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

53. En el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁵⁶, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro⁵⁷. En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados

⁵²El artículo 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Ver también, Resolución de la Asamblea General de la ONU, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, UN Doc. A/RES/56/83, publicada el 28 de enero de 2002, artículo 3 (Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito): “[I] a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

⁵³Cfr. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párrs. 25 y 26, y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 63.

⁵⁴Cfr., *Restricciones a la Peña de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 22.

⁵⁵Cfr., entre otros, Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia contra Malasia)*, Sentencia de 17 de diciembre de 2002, párr. 37, y Corte Internacional de Justicia, *Avena y otros nacionales mexicanos (Méjico contra los Estados Unidos de América)*, Sentencia de 31 de marzo de 2004, párr. 83.

⁵⁶El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra*, párr. 29, y Caso Boyce y otros Vs. Barbados, *supra*, párr. 15.

⁵⁷Cfr. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), *supra*, párr. 33.

asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción⁵⁸ y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión⁵⁹ e incluso ante la Corte⁶⁰, todo lo cual tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona⁶¹.

54. Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29⁶², entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

55. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁶³. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁴.

56. Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente Opinión Consultiva tiene como foco de atención los derechos y garantías de las niñas y los niños en las diferentes etapas del proceso migratorio. La Corte estableció en su *Opinión Consultiva OC-17/02* que, por niña o niño, debe entenderse “a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley”⁶⁵. Las niñas y los niños son titulares de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado⁶⁶.

57. En esta línea, la Corte ha recalcado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las

⁵⁸ Cf. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra*, párr. 29, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 39.

⁵⁹ Cf. Artículos 43 y 44 de la Convención Americana.

⁶⁰ Cf. Artículo 61 de la Convención Americana.

⁶¹ Cf. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, *supra*, párr. 33.

⁶² Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁶³ Cf. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245.

⁶⁴ Cf. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párr. 114, y Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, *supra*, párr. 245.

⁶⁵ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 42.

⁶⁶ Cf. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 54, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, *supra*, párr. 140.

obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana⁶⁷ respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto⁶⁸. Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁹ es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris communis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”⁷⁰, habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. En el marco de la presente Opinión Consultiva, la Corte desea subrayar que, aunque no corresponde que emita una interpretación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño pues sus disposiciones no han sido objeto de la consulta, indudablemente los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño. A este respecto, el propio Comité de los Derechos del Niño ha aclarado que “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención [sobre los Derechos del Niño] no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”⁷¹.

58. En virtud de la materia sometida a consulta, que concierne centralmente a niñas y niños que se encuentran fuera de su país de origen, bajo la jurisdicción de un Estado del cual no son nacionales o, en su caso, que no corresponde a su residencia habitual, es que la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En particular, la Corte considerará los tratados aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

59. Por consiguiente, al tratarse de un tema en el cual convergen los derechos de niñas y niños con los derechos de las personas en el contexto de las diversas situaciones que rodean la migración, en la presente Opinión Consultiva este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del corpus iuris internacional existente en relación con los derechos humanos de las niñas y los niños, así como de las personas migrantes y lo relativo a la protección internacional debida por los Estados, en específico el derecho internacional de refugiados, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de estos grupos en situación de vulnerabilidad⁷².

⁶⁷ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁶⁸ *Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192 a 194, y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra, pár. 24.*

⁶⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Los siguientes 34 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁷⁰ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra, pár. 29.*

⁷¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra, pár. 12.*

⁷² La vulnerabilidad de las personas migrantes se funda primeramente en el hecho de su condición de no nacionales. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Asimismo,

60. En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de soft law, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia ya sentada, tanto en materia de niñez como de derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

VI OBLIGACIONES GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES

61. Sobre este particular y sin perjuicio de que más adelante vuelva a referirse a ellas, la Corte estima de la mayor importancia aludir expresamente, desde ya y a modo introductorio, a tres disposiciones de la Convención Americana que inspiran a todo el desarrollo de esta Opinión Consultiva. Una, es lo dispuesto en el artículo 1.1 de aquella en cuanto establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de “toda persona que esté sujeta a [la] jurisdicción” del Estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio⁷³ o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma⁷⁴. El término jurisdicción utilizado por dicha norma está referido, entonces, a toda persona respecto de la que el Estado ejerce sea su competencia territorial⁷⁵ sea su competencia personal⁷⁶ e incluso, sea su competencia relativa a servicios públicos⁷⁷. Empero, en esta Opinión Consultiva se considerará únicamente la situación vinculada a la primera, especialmente en su dimensión fáctica, cual es, el efectivo sometimiento de la persona, en este caso, del menor de edad extranjero, a la jurisdicción de dicho Estado desde el momento que intenta ingresar a su territorio.

62. La segunda consideración respecto de la señalada disposición convencional es que dicha competencia territorial del Estado se encuentra limitada por el compromiso que éste soberanamente ha contraído⁷⁸ de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que

los migrantes indocumentados o en situación irregular son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, pár. 112; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pár. 99, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, pár. 128.

⁷³ Obviamente, el Estado también tiene jurisdicción, ciertamente más limitada, respecto de sus nacionales que se encuentran en el extranjero. Pero, la Corte ha estimado más conveniente excluir dicha jurisdicción, expresada en la competencia personal del Estado, de la presente Opinión Consultiva.

⁷⁴ La Corte ya ha resaltado que el principio de la igualdad y no discriminación tiene carácter fundamental y que todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Sin perjuicio de ello, es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, pár. 119, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pár. 248.

⁷⁵ En virtud de ella, el Estado ejerce en forma plena y exclusiva el poder jurídico que le reconoce el Derecho Internacional sobre todo su territorio, esto es, sobre todos los bienes y todas las situaciones, actividades y personas que, por cualquier causa o motivo ingresen, se encuentren o actúen en él, asumiendo en consecuencia las funciones necesarias, sean ejecutivas, legislativas o judiciales, para la organización de la comunidad que ingresa, habita o actúa en el mismo.

⁷⁶ En razón de ella, el Estado ejerce su autoridad respecto de sus nacionales que se encuentran en el extranjero, regulando su estatuto personal y ejerciendo a su respecto su protección.

⁷⁷ Implica el derecho del Estado a reglamentar la organización, funcionamiento y defensa y seguridad de sus servicios públicos, aún los que se encuentren en el extranjero.

⁷⁸ *Cfr. Artículo 33 de la Convención Americana.*

sujeta a su jurisdicción. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana⁷⁹, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular.

63. Empero, la Corte considera necesario agregar que, si bien el principal obligado en la situación sometida a esta Opinión Consultiva es el Estado que recibe a la niña o al niño extranjero, ello no implica que el Estado de origen de dicho menor de edad no tenga obligación alguna referida a la señalada situación, derivada, por cierto, de su competencia personal. Como se alude más adelante (*infra* párrs. 126 a 128 y 202 a 203), la institución de la asistencia consular se inserta en ese marco. Sin embargo, en la presente Opinión Consultiva, la Corte ha considerado adecuado no incursionar mayormente en las obligaciones del Estado de origen de la niña o del niño migrante vinculadas, a su respecto, al ejercicio de su competencia personal o a su competencia relativa a servicios públicos, sino limitarse a lo que se le ha requerido, cual es, a las obligaciones del Estado receptor, sea de tránsito o de destino, en relación con las niñas o niños migrantes respecto de los que ejerce su competencia territorial o que se encuentran de otro modo bajo su jurisdicción.

64. Aunque la Corte no va a ahondar en las obligaciones del Estado de origen, es pertinente recordar que éstos deben observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios.

65. La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención. Al efecto, la Corte ya se ha referido a la obligación general de los Estados de adecuar su normativa interna a las normas de la Convención Americana, recogida en dicho artículo, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (*principio de effet utile*)⁸⁰. Este deber implica, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁸¹. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes⁸².

⁷⁹ Cfr. Segundo párrafo del Preámbulo de la Convención Americana que expresa: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

⁸⁰ Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, pár. 87, y Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, pár. 179.

⁸¹ Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, *supra*, pár. 293.

⁸² Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, pár. 286.

66. La tercera disposición que, en términos generales, inspira a esta Opinión Consultiva es el artículo 19 de la Convención, que al igual que el artículo VII de la Declaración⁸³, se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollos sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁸⁴. Sobre el particular, es procedente por de pronto resaltar que dichas normas son de las pocas que se contemplan sobre la base o en consideración de la condición particular o peculiar del beneficiario⁸⁵. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal⁸⁶. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”⁸⁷. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales.

67. Pero, además, la indicada norma es también prácticamente la única que, en la Convención, consagra una obligación no solo para el Estado⁸⁸, sino también para la sociedad y la familia. Obviamente, es en cuanto a estas últimas que el Estado tiene el deber de hacer que ellas adopten las medidas de protección que toda niña y niño requiera de su parte. En este sentido, el derecho de las niñas o niños a que se adopten las citadas medidas de protección es contemplado en términos más amplios que los otros derechos reconocidos en la Convención, puesto que en este caso no se trata únicamente que el Estado, adoptando las medidas pertinentes, respete un derecho humano o que lo haga respetar en su territorio y por todas las personas sujetas a su jurisdicción, sino que también las correspondientes familia y sociedad, por su parte, las adopten. Así, las medidas de protección que la niña o el niño requiera por su condición de tal y sean adoptadas por el Estado, pueden ser, por sí solas, insuficientes y deban, en consecuencia, ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia. En esa perspectiva, el estatuto de la niña o del niño no se limita al ámbito de su relación con el Estado sino que se extiende a la que tenga o deba tener con su familia y la sociedad toda, relaciones estas últimas que el Estado debe, por su parte, posibilitar y garantizar y, en el caso de la niña o niño migrante, asegurarse de que los adultos no lo utilicen

⁸³ Artículo VII. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

⁸⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 56, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 218.

⁸⁵ Otras normas son los artículos 4.5 (prohibición de pena de muerte a niños, personas mayores de 60 años y mujeres en estado de gravidez); 5.5 (menores procesados); 12.4 (derecho de padres y tutores respecto de educación de hijos o pupilos); 17 (protección a la familia), y 23 (derechos políticos).

⁸⁶ Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, *supra*, párr. 203, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 143. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

⁸⁷ Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 142.

⁸⁸ La otra es el artículo 17.1 (protección a la familia por parte de la sociedad y del Estado).

para sus propios fines migratorios y que, si ello, pese a todo, aconteciere, en definitiva no resulte perjudicado.

68. Por todo lo expuesto, la Corte es de la opinión que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos⁸⁹, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.

69. Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral⁹⁰: el principio de no discriminación⁹¹, el principio del interés superior de la niña o del niño⁹², el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo⁹³, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación⁹⁴. Al interpretar las disposiciones traídas a consulta, la Corte también dará aplicación concreta a estos principios rectores en lo que resulte pertinente para responder cada pregunta e identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas y niños.

70. Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño⁹⁵. En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determi-

⁸⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, pár. 91. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

⁹⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, pár. 12.

⁹¹ El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niña y niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, lo cual "exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales". Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, supra, pár. 12. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, pár. 1.

⁹² El párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que les conciernen. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, supra, pár. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN Doc. CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013.

⁹³ El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho intrínseco de la niña y del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, supra, pár. 12.

⁹⁴ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, supra, pár. 12, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

⁹⁵ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, punto decisivo segundo.

nar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta⁹⁶.

71. Ahora bien, la Corte considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino también ponderar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado⁹⁷, para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas. Por consiguiente, en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad⁹⁸, la Corte también pondrá especial énfasis en aquellas condiciones y circunstancias en que las niñas y los niños en el contexto de la migración pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria, así como para asegurar que todas las niñas y los niños, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad.

VII PROCEDIMIENTOS PARA IDENTIFICAR NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y, EN SU CASO, ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL

72. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niñas y niños migrantes, determinar las necesidades de protección internacional y adoptar, en su caso, las medidas de protección especial que se requieran, a la luz de los artículos 1⁹⁹, 2¹⁰⁰, 5¹⁰¹,

⁹⁶ Cf. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, parr. 123.

⁹⁷ Cf. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), supra, parr. 75. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, parr. 23.

⁹⁸ Cf. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, parr. 189, y Caso Comunidad Indígena Xákrok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, parr. 250.

⁹⁹ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derecho

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹⁰⁰ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁰¹ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

7¹⁰², 8¹⁰³, 19¹⁰⁴, 22.7¹⁰⁵ y 25¹⁰⁶ de la Convención Americana y de los artículos I¹⁰⁷, XXV¹⁰⁸ y XXVII¹⁰⁹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

¹⁰² Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

¹⁰³ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹⁰⁴ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

¹⁰⁵ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

- [...]
7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

¹⁰⁶ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

¹⁰⁷ Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

¹⁰⁸ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

¹⁰⁹ Artículo XXVII. Derecho de asilo

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

73. La Corte ha reconocido previamente¹¹⁰ que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una “mera prerrogativa estatal” bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo¹¹¹.

74. En esta línea, es pertinente recordar que el propio texto de los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración prescribe dos criterios para la determinación de las personas titulares del derecho, por un lado, “la legislación de cada país”, esto es, del país en el que se procura el asilo; y por el otro, “los convenios internacionales”¹¹². Es decir, es a través de los convenios internacionales o de la legislación interna que se regula los supuestos en los cuales la persona puede ejercer el derecho a buscar y recibir asilo y acceder a la protección internacional¹¹³. Es, entonces que debe tenerse presente que, si bien la noción de asilo se encontraba inicialmente anclada en la llamada tradición latinoamericana del asilo, que comprendía el asilo diplomático y territorial así como la no extradición por motivos o delitos políticos¹¹⁴, lo cierto es que a partir de la adopción de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados¹¹⁵ (en adelante “Convención de 1951”) y su Protocolo de 1967¹¹⁶, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado.

75. Conforme la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, los elementos de inclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado son: a) estar fuera del país de origen, esto es el país de nacionalidad o, en caso de las personas apátridas, de residencia habitual; b) tener un temor fundado; c) de persecución o amenaza de la misma; d) que el motivo de ésta haya sido la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y e) que no se pueda o, a causa de temores, no se quiera acoger a la protección interna del país de origen. La definición de refugiado es integral, lo cual significa que se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos mencionados para obtener el reconocimiento.

76. Además, con la adopción hace 30 años, esto es en 1984, de la Declaración de Cartagena¹¹⁷, la cual, si bien no es un acuerdo entre Estados, ha sido respaldada por la OEA desde 1985¹¹⁸ al recomendar a sus Estados Miembros que apliquen su contenido en el tratamiento de los refugiados que se encuentren en su territorio, se ha ampliado la definición de refugiado en los siguientes términos:

¹¹⁰ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párrs. 137 a 140.

¹¹¹ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 137.

¹¹² Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párrs. 137 y 140.

¹¹³ Evidentemente, y en consonancia con el artículo 29.a) y b) de la Convención Americana, las legislaciones internas pueden ampliar el ámbito de protección mas nunca restringirlo más allá de los mínimos fijados por el derecho internacional

¹¹⁴ El derecho al asilo fue específicamente codificado por medio de tratados de carácter regional, iniciando con el *Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo* en 1889 hasta llegar a la adopción de la *Convención sobre Asilo Territorial* y de la *Convención sobre Asilo Diplomático*, ambas en 1954.

¹¹⁵ *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954. Los siguientes 28 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, y Uruguay.

¹¹⁶ *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptado el 31 de enero de 1967, entrado en vigor el 4 de octubre de 1967. Los siguientes 29 Estados Miembros de la OEA son parte de este protocolo: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

¹¹⁷ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, el cual fue auspiciado por el Gobierno de Colombia y copatrocinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena de Indias, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

¹¹⁸ Cfr. Asamblea General de la OEA, *Situación jurídica de los asilados, refugiados y personas desplazadas en el continente americano*, Resolución AG/RES. 774(XV-O/85), aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1985, punto resolutivo tercero.

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

77. En concordancia, diversos Estados Miembros de la OEA han incorporado en su normativa interna lo prescrito en los instrumentos internacionales en materia de refugiados, inclusive con sustento en lineamientos establecidos por ACNUR¹¹⁹, y adoptado la definición ampliada de refugiado¹²⁰ para abarcar, además de los elementos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”¹²¹.

¹¹⁹ De este modo, la normatividad interna de Argentina, Belice, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela refleja un creciente consenso en la región en cuanto a que la protección de las personas refugiadas y solicitantes de ese estatuto a nivel interno sea regulada de conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional sobre Refugiados, de modo que deba realizarse a través de autoridades competentes y previamente establecidas, mediante procedimientos específicos y que respeten garantías del debido proceso. *Cfr. Ley No. 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículos 1 a 3 y 36 (Argentina); *Refugees Act. August, 16th, 1991*, artículo 5 (Belice); *Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, de 20 de junio de 2012, artículo 1 (Bolivia); *Ley No. 9.474*, de 22 de julio de 1997, artículos 5 y 9 (Brasil); *Ley No. 20.430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículos 10, 19, 20, 25 y 30 (Chile); *Decreto No. 2840*, por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones, de 6 de diciembre de 2013, artículo 13 (Colombia); *Ley General de Migración y Extranjería N° 8764*, de 1º de septiembre de 2009, artículos 1 y 41 (Costa Rica); *Decreto No. 1.182 - Reglamento para la aplicación del derecho de refugio*, de 30 de mayo de 2012, artículos 1 y 36 (Ecuador); *Decreto Ley No. 918 - Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas*, publicada el 14 de agosto de 2002, artículos 2 y 15 (El Salvador); *Acuerdo Gubernativo No. 383-2001*, Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala, de 14 de septiembre de 2001, artículo 28 (Guatemala); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 5 y *Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria*, de 21 de febrero de 2012, artículo 27 (Méjico); *Ley No. 655 de Protección a Refugiados*, de 26 de junio de 2008, artículo 24 (Nicaragua); *Decreto Ejecutivo No. 23*, de 10 de febrero de 1998, artículos 3 y 31 (Panamá); *Ley No. 1938 General sobre Refugiados*, de 9 de julio de 2002, artículo 14 (Paraguay); *Ley No. 27.891 – Ley del Refugiado*, publicada el 22 de diciembre de 2002, artículos 1 y 2 (Perú); *Decreto No. 2330 - Reglamento de la Comisión Nacional para los Refugiados*, de 10 de septiembre de 1984, artículo 7 (República Dominicana); *Ley No. 18.076 – Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 31 (Uruguay), y *Decreto No. 2.491 - Reglamento de la Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas, asilados o asiladas*, de 4 de julio de 2003, artículo 10 (Venezuela).

¹²⁰ Este es el caso de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. *Cfr. Ley No. 26.165. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículo 4 (Argentina); *Refugees Act. August, 16th, 1991*, sección 4(i)(c) (Belice); *Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, de 20 de junio de 2012, artículo 15 (Bolivia); *Ley No. 9.474*, de 22 de julio de 1997, artículo 1.III (Brasil); *Ley No. 20.430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículo 2.2 (Chile); *Decreto No. 2840*, por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones, de 6 de diciembre de 2013, artículo 1.b) (Colombia); *Decreto Ley No. 918 - Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas*, publicada el 14 de agosto de 2002, artículo 4.c) (El Salvador); *Acuerdo Gubernativo No. 383-2001*, Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala, de 14 de septiembre de 2001, artículo 11.c) (Guatemala); *Decreto No. 208 - Ley de Migración y Extranjería*, publicado el 3 de marzo de 2004, artículo 42.3 (Honduras); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículo 13.II y 13.III (Méjico); *Ley No. 655 de Protección a Refugiados*, de 26 de junio de 2008, artículo 1.c) (Nicaragua); *Ley No. 1938 General sobre Refugiados*, de 9 de julio de 2002, artículo 1.b) (Paraguay); *Ley No. 27.891 – Ley del Refugiado*, publicada el 22 de diciembre de 2002, artículo 3.b) (Perú), y *Ley No. 18.076 – Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 2.b) (Uruguay).

¹²¹ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, sección III, tercera conclusión.

78. En suma, a través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana (*supra* párr. 54), la Corte es de la opinión que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

79. Adicionalmente, la Corte nota que los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas han generado prácticas estatales, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte considera que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual responde no sólo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente.

80. Ahora bien, es necesario reconocer que los elementos de la definición de refugiado fueron tradicionalmente interpretados a partir de las experiencias de personas adultas o mayores de 18 años¹²². Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo¹²³ y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina¹²⁴, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones¹²⁵. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género¹²⁶. Por otra parte, junto con las

¹²² Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitud de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 1.

¹²³ Según ACNUR, incluso a una corta edad el niño puede ser considerado el solicitante de asilo principal. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitud de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 8.

¹²⁴ Según ACNUR, “[o]tros ejemplos incluyen, pero no están limitados a, violencia doméstica o familiar, matrimonio forzado o de menores de edad, trabajo infantil obligatorio o peligroso, trabajo forzado, prostitución forzada y pornografía infantil. Tales formas de persecución también abarcan violaciones a la sobrevivencia y derechos de desarrollo así como discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de la planificación familiar y niños apátridas como resultado de la pérdida de nacionalidad y derechos concomitantes”. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitud de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párr. 18. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii).

¹²⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitud de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párrs. 2 a 5.

¹²⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 59.

referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a las niñas y niños, a desplazarse forzadamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales.

81. Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1¹²⁷ y 2¹²⁸ de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar¹²⁹. Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen¹³⁰.

82. Por consiguiente, a raíz del abanico de situaciones que pueden llevar a que una niña o un niño se desplace de su país de origen (*supra* párr. 35), resulta relevante diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida, de quienes requieren de algún tipo de protección internacional, incluyendo pero no limitada a la protección de refugiados y solicitantes de asilo (*supra* párr. 37). Es por ello que, para cumplir con los compromisos internacionales, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial. La Corte considera que el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los Estados y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia¹³¹.

83. La Corte considera que, en virtud de las normas internacionales invocadas, incluyendo en especial los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, las autoridades fronterizas

¹²⁷ A la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Esto es, son exigibles por todas las niñas y niños, sean solicitantes de asilo, refugiados o migrantes, independientemente de su nacionalidad o condición de apátrida, de su situación de niña o niño no acompañado o separado de la familia, y de su estatus migratorio o el de su familia. *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 12 y 18.

¹²⁸ Por su parte, el artículo 2 de la Convención impone a los Estados parte la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos reconocidos en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. *Cfr. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, supra*, párr. 87, y *Caso Heliódoro Portugal Vs. Panamá, supra*, párr. 179.

¹²⁹ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 225. Véase, en general, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Normas procedimentales para la determinación de la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR, estatuto derivado de refugiado*. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, publicadas el 22 de diciembre de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, párrs. 8 y 9.

¹³⁰ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 139, citando TEDH, *Caso Jabari Vs. Turquía*, No. 40035/98. Sentencia de 11 de julio de 2000, párrs. 48 a 50.

¹³¹ En el caso *Velásquez Rodríguez* la Corte estableció que la omisión estatal que lleve a violación de derechos humanos puede acarrear su responsabilidad internacional. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párrs. 164 a 177.

no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial¹³². Asimismo, la Corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos¹³³.

84. La Corte considera que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado que “[l]a determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”¹³⁴. La obtención de dicha información se debe realizar mediante un procedimiento que tome en cuenta la diferenciación de niñas y niños con adultos y el tratamiento sea acorde a la situación¹³⁵.

85. Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género¹³⁶. Además, los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender¹³⁷; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación¹³⁸; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar¹³⁹; que reconozca la cultura de la niña o niño¹⁴⁰ y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares¹⁴¹; que provea de un intérprete en caso de ser necesario¹⁴²; que cuente con personal altamente

¹³² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 20.

¹³³ El Comité Ejecutivo del ACNUR también ha reconocido que “el registro individual, minucioso y pronto de los niños puede ser útil para los Estados, el ACNUR y otros organismos y asociadas competentes en la tarea de identificar niños expuestos a mayor riesgo”. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, pár. e).

¹³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 20.

¹³⁵ Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra*, pár. 96.

¹³⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 20.

¹³⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 31, ii).

¹³⁸ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 58.

¹³⁹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 31 y 32.

¹⁴⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, pág. 68.

¹⁴¹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 60 y 61.

¹⁴² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 71.

calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas¹⁴³; que provea asesoría legal en caso de ser requerida¹⁴⁴; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento¹⁴⁵.

86. Al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, la Corte considera que el mecanismo procedural que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información¹⁴⁶.

87. A continuación, la Corte desarrollará los componentes específicos de dichos objetivos prioritarios básicos a satisfacer durante el procedimiento de evaluación inicial, sin que ello implique que las cuestiones a abordar deban indefectiblemente limitarse a las indicadas por la Corte, es decir, que tengan un carácter taxativo, o que sean etapas necesariamente sucesivas.

Tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma

88. La verificación de la edad de una persona es una cuestión crucial, toda vez que la determinación de que se trata de una persona menor de 18 años exige que el tratamiento otorgado por el Estado deba ser prioritario, diferenciado y de forma excluyente acorde a dicha condición. En caso de que haya dudas acerca de la edad¹⁴⁷, se procederá a determinar la misma con base no sólo en la apariencia física, sino también en la madurez psicológica del individuo¹⁴⁸ y, en su caso, deberá realizarse una evaluación con criterios científicos, de forma segura, respetando la dignidad humana, que sea culturalmente apropiada y con consideraciones de género¹⁴⁹. Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de una niña o niño y brindarle un tratamiento acorde, esto es, el Estado debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal”¹⁵⁰.

¹⁴³ Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra, párrs. 78 y 79.

¹⁴⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii), y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 69.

¹⁴⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 59 y 60.

¹⁴⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párrs. 29 y 30.

¹⁴⁷ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.ix).

¹⁴⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 31.

¹⁴⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 31.

¹⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 31.

Determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado

89. La determinación temprana de la situación de una niña o un niño no acompañado o separado de su familia (*supra* párr. 49) debe realizarse con carácter preferente¹⁵¹, dada su especial vulnerabilidad bajo dichas circunstancias¹⁵², lo que tiene como consecuencia que el Estado deba actuar con un mayor escrutinio y rijan algunas garantías diferenciadas, como será desarrollado en los capítulos subsiguientes. De igual forma, resulta pertinente que consten las razones por las que se encuentra separado de su familia o no acompañado¹⁵³.

90. En este sentido, la Corte resalta que la situación de niña o niño no acompañado o separado los expone a “diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, [como] por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte”¹⁵⁴, especialmente en aquellos países o regiones con presencia del crimen organizado.

91. En particular, las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil¹⁵⁵, a la explotación y los malos tratos¹⁵⁶. La Corte reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata¹⁵⁷, en especial para la explotación sexual y laboral¹⁵⁸. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas¹⁵⁹, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión¹⁶⁰.

¹⁵¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 31.

¹⁵² Véase artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ver también, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 16, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, pár. 23.

¹⁵³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 31.

¹⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 23.

¹⁵⁵ A los fines de definir la trata de personas, resulta relevante recurrir al artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, el cual adopta la siguiente definición: “a) Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. La trata de niños recibe un tratamiento diferenciado en el apartado c) del artículo 3 del Protocolo. En estos casos se considera que la conducta consistente en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación” también se configura en la hipótesis en la que no se utilice ninguno de los medios coercitivos enunciados en el apartado a). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, adoptado el 15 de noviembre de 2000, entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003. Los siguientes 34 Estados Miembros de la OEA son parte de este instrumento: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, y Venezuela.

¹⁵⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 50.

¹⁵⁷ La Convención Americana en su artículo 6.1 prohíbe expresamente la trata de mujeres.

¹⁵⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 50.

¹⁵⁹ Véase artículo 9.1.a del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁶⁰ Véase artículo 9.2 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

92. Específicamente, los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos¹⁶¹. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños¹⁶². A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen¹⁶³, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello¹⁶⁴. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral¹⁶⁵.

93. En los casos de niñas y niños que se encuentren acompañados de adultos, la autoridad fronteriza u otra debe asegurarse que aquellos conozcan a sus acompañantes para evitar casos de trata y explotación¹⁶⁶. Esto no conlleva, de modo alguno, a que todo caso en que una niña o niño se haya movilizado en forma independiente y se encuentre acompañado de un adulto que no sea familiar deba automáticamente ser considerado un caso de trata por las autoridades correspondientes y devuelto a su país de origen. Al respecto, se exige la más estricta diligencia por parte de las autoridades fronterizas para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa.

Determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida

94. Un apátrida es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹⁶⁷. Esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales destaca la pérdida de la nacionalidad; la privación de la nacionalidad; la interpretación o aplicación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad, y la sucesión de Estados. Sobre esta base, la Corte entiende que la prueba de la condición de apátrida viene de considerar un relato combinado con información del país de origen. La Corte reitera que la apatriadía ocasiona

¹⁶¹ Véase artículo 11 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Según el Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, todos los Estados Parte deben adoptar “las medidas adecuadas para garantizar la vigilancia en las estaciones de ferrocarril, en los aeropuertos, en los puertos marítimos y durante los viajes y en otros lugares públicos, a fin de impedir la trata internacional de personas para fines de prostitución”, así como “las medidas adecuadas para informar a las autoridades competentes de la llegada de personas que *prima facie* parezcan ser culpables o cómplices de dicha trata o víctimas de ella”. *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, adoptado el 2 de diciembre de 1949, entrada en vigor el 25 de julio de 1951, artículo 17. Los siguientes 10 Estados Miembros de la OEA son parte de este convenio: Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, y Venezuela. Ver también, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

¹⁶² Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

¹⁶³ Véase artículo 18 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Ver también, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002.

¹⁶⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, UN Doc. HCR/GIP/06/07, publicadas el 7 de abril de 2006.

¹⁶⁵ Véase artículo 10.2 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁶⁶ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo, 2008, págs. 51 y 69.

¹⁶⁷ *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, adoptada el 28 de septiembre de 1954, entrada en vigor el 6 de junio de 1960, artículo 1. Los siguientes 18 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, y Uruguay.

una condición de extrema vulnerabilidad¹⁶⁸ y los Estados tienen el deber de identificar¹⁶⁹, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida¹⁷⁰. Entre otras, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas y conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida¹⁷¹.

95. La determinación de la nacionalidad o, en su caso, de la condición de apátrida resulta relevante en situaciones variadas, tales como las siguientes¹⁷²: (i) cuando se cuestiona el derecho de una persona de permanecer en un país en los procedimientos de expulsión; (ii) en la identificación del país o países en relación con los cuales la persona alega poseer un temor fundado de ser perseguida, en el sentido de la definición de refugiado; o (iii) cuando una persona busca la aplicación de las garantías establecidas en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961¹⁷³.

96. En el contexto migratorio, constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal¹⁷⁴ y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección¹⁷⁵.

Obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional

97. A fin de atender a la situación concreta de la niña o del niño, es necesario recabar información adicional que permita determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional, en razón de su edad¹⁷⁶, ya sea como refugiado o bajo otras formas, y una vez identificada la necesidad de protección específica o la potencial necesidad de protección de la persona, asegurar la remisión de su caso a las entidades competentes.

98. En caso de identificarse necesidad de protección internacional, al constatarse los elementos de inclusión para la determinación de la condición de refugiado, es obligación del Estado explicar en un lenguaje comprensible a la niña o niño su derecho a solicitar y recibir asilo conforme el artículo 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana y referirlo a

¹⁶⁸ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 142.

¹⁶⁹ La obligación de los Estados de identificar, dentro de sus jurisdicciones, a las niñas o niños apátridas para proporcionarles un tratamiento adecuado a su condición, requiere el establecimiento o fortalecimiento, según sea el caso, de procedimientos justos y eficientes para determinar si es una persona apátrida, que sean sensibles a las necesidades diferenciadas de las niñas y los niños, de acuerdo a su edad, género y diversidad. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, UN Doc. HCR/GS/12/02, publicadas el 5 de abril de 2012.

¹⁷⁰ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párr. 140. Ver también, entre otros, el artículo 1.1 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia; el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y el artículo 24.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 7.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷¹ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, párrs. 142 y 143.

¹⁷² Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párr. 2.

¹⁷³ Convención para Reducir los Casos de Apatridia, adoptada el 30 de agosto de 1961, entrada en vigor el 13 de diciembre de 1975. Los siguientes 7 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Guatemala, Panamá y Uruguay.

¹⁷⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párr. 6.

¹⁷⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, publicadas el 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párrs. 26 y 27.

¹⁷⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 31.

la entidad encargada del mismo, sea una entidad estatal o un organismo internacional como el ACNUR¹⁷⁷. Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que el derecho de buscar y recibir asilo, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, garantiza el acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para determinar la condición de refugiado, de modo tal que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo¹⁷⁸ (*infra* Capítulo XIV).

99. La Corte reconoce que también pueden existir casos de afluencia masiva. En este supuesto, los Estados podrán proceder a realizar una evaluación inicial con base en el relato de una de las personas del grupo y, en caso de determinar que del mismo surgen factores que reflejan necesidad de protección internacional, otorgar la misma con base en el reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie* (*infra* párr. 262).

100. Los Estados también se encuentran en la obligación de realizar una identificación temprana de niñas y niños que huyen por temor al reclutamiento forzoso, ya sea por las partes en un conflicto armado o por estructuras del crimen organizado, para así poder esclarecer si su caso amerita la solicitud de asilo o requiere de protección complementaria¹⁷⁹.

101. Ahora bien, la Corte reconoce que no todos los casos de niñas y niños migrantes llegan al nivel de requerir protección internacional en los términos de los párrafos anteriores. Sin embargo, pueden presentarse situaciones de afectación de derechos de niñas y niños, que se encuentran protegidos internacionalmente, las cuales provocan el desplazamiento del país de origen. Es por ello que se hace necesario recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración, para determinar la situación concreta de riesgo de vulneración de derechos en su país de origen, de tránsito o en el receptor que amerite una protección complementaria o evidencie otras necesidades de protección o asistencia humanitaria, como las que provienen de la tortura, la violencia, la trata o experiencias traumáticas¹⁸⁰.

102. Al evaluar las necesidades de protección internacional es necesario recordar que, “si bien tanto las niñas como los niños hacen frente a muchos de los mismos riesgos que requieren protección, también pueden verse expuestos a problemas de protección propios de su género”¹⁸¹, por lo que la información debe ser recabada y analizada tomando en cuenta la perspectiva de género. En este sentido, es necesario identificar los riesgos específicos de sufrir violaciones a sus derechos enfrentados por las niñas a raíz de su género, su posición cultural y socioeconómica y su condición jurídica¹⁸².

¹⁷⁷ En algunos casos, de manera excepcional, el ACNUR puede determinar el que una persona deba tener el estatuto de refugiado, pero ésta es una práctica que ha estado presente sólo en aquellos países no firmantes de ningún instrumento internacional de refugiados, donde las autoridades nacionales han pedido al ACNUR desempeñar este papel. *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, nota al pie 185.

¹⁷⁸ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 154.

¹⁷⁹ *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra*, párrs. 54 a 63.

¹⁸⁰ *Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 35.*

¹⁸¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007.

¹⁸² *Cfr.* Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Diretrices de protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, UN Doc. HCR/GIP/02/01, publicadas el 7 de mayo de 2002, y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*, enero de 2008.

Adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial

103. Una vez recabada la información sobre los diferentes factores que pueden hacer que las niñas o niños se encuentren en una situación concreta de vulnerabilidad, corresponde al Estado determinar, en los términos de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y de conformidad con una evaluación del interés superior de la niña o del niño, las medidas de protección especial que se requieren para asegurar su vida, supervivencia y desarrollo (*infra* Capítulo X). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que se requiere también la “[e]valuación de aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma”¹⁸³.

104. En esta línea, resulta necesario que el Estado receptor de la niña o del niño evalúe, a través de procedimientos adecuados que permitan determinar de forma individualizada su interés superior en cada caso concreto, la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral, incluyendo aquellas que propendan al acceso a la atención en salud, tanto física como psicosocial, que sea culturalmente adecuada y con consideración de las cuestiones de género¹⁸⁴; que brinden un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral a través de la asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda¹⁸⁵; y aseguren un pleno acceso a la educación en condiciones de igualdad¹⁸⁶. Y, ciertamente, ésta y las demás obligaciones señaladas precedentemente, adquieren particular relevancia tratándose de niñas o niños migrantes afectados por alguna discapacidad física o mental que, consecuentemente, el Estado que los recibe debe prestarle particular atención y proceder a su respecto con la máxima diligencia¹⁸⁷.

105. En lo que se refiere a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, resulta indispensable que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, no sin antes verificar que estas medidas correspondan al interés superior de la niña o del niño y, si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible¹⁸⁸.

106. En cuanto a las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de trata, quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, los Estados tienen el deber de protegerles contra un nuevo riesgo de victimización¹⁸⁹ y prestarles asistencia jurídica y médica¹⁹⁰, intentando, en la medida de lo posible, proteger la privacidad e identidad de la víctima¹⁹¹. Asimismo, los Estados, en

¹⁸³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 31.

¹⁸⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 31, 47 y 48.

¹⁸⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 44.

¹⁸⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 41 y 42.

¹⁸⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párrs. 42 y 43.

¹⁸⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 13 y 31. Ver también, artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁸⁹ Véase el artículo 9.1.b del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹⁰ Véase el artículo 6 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹¹ Véase el artículo 6.1 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que com-

la medida de lo posible, deben considerar la posibilidad de cumplir con los anteriores propósitos a través del suministro de: a) un alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material; y d) oportunidades de educación y/o capacitación¹⁹². Adicionalmente, debido a la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas de este delito, los Estados deben cuando proceda facilitar la obtención de un permiso para permanecer en su territorio, sobre todo en aquellos casos en los que su interés superior así lo aconseja o a los efectos de continuar con la investigación penal del perpetrador del delito¹⁹³.

107. Finalmente, la Corte considera crucial que los Estados definan de forma clara y dentro de su diseño institucional, la correspondiente asignación de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal y, en caso que fuese necesario, adopten las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional en la determinación y adopción de las medidas de protección especial que correspondan, dotando a las entidades competentes de recursos presupuestales adecuados y brindando la capacitación especializada a su personal.

VIII GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO APLICABLES EN PROCESOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN A NIÑAS Y NIÑOS

108. La Corte Interamericana ha sido consultada respecto a cuáles son las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niñas y niños migrantes a la luz de los artículos 1¹⁹⁴, 2¹⁹⁵, 7¹⁹⁶, 8¹⁹⁷,

plementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹² Véase el artículo 6.3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁹³ Véase el artículo 7.1 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ver también, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados el 20 de mayo de 2002, directriz 8.

¹⁹⁴ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹⁹⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁹⁶ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

¹⁹⁷ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra

19¹⁹⁸ y 25¹⁹⁹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo XXV²⁰⁰ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

109. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al 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, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos²⁰¹. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia²⁰², que se refleja en: (i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

110. Ahora bien, aunque en términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las “garantías judiciales” reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, lo cierto es que diversas disposiciones de dicho instrumento internacional, tales como los artículos 4, 5, 7, 9, 19, 25 y 27 de la Convención, también contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso. De igual forma, en la Declaración Americana el debido proceso se expresa en la regulación de los artículos XVIII (Derecho de justicia), XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (Derecho a proceso

ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹⁹⁸ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

¹⁹⁹ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁰⁰ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

²⁰¹ Cfr. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra, pár. 27; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, pár. 69, y *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, pár. 130.

²⁰² Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, supra, pár. 117.

regular). En este capítulo, la Corte se va a concentrar principalmente en las garantías de debido proceso, interpretadas en conjunto con los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración Americana, aplicables a los procesos migratorios, en el entendido que a través de los mismos se definen controversias respecto al estatus migratorio de una persona y pueden además, en función de tal determinación, redundar en una expulsión o deportación. Aunado a ello, las decisiones a adoptarse pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y el desarrollo de las niñas y los niños migrantes.

111. En lo que concierne al artículo 8 de la Convención, el Tribunal ya ha establecido que los requisitos establecidos en su inciso 1 no solo resultan aplicables a los procesos ante los órganos estrictamente jurisdiccionales –juez o tribunal–, sino que se hacen extensivas a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional²⁰³, como ocurre en algunos países respecto de los procesos migratorios²⁰⁴.

112. A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”²⁰⁵. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención²⁰⁶.

113. Asimismo, las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y condición de estancia en un país. En esta línea, la Corte ha precisado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio²⁰⁷. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables²⁰⁸.

114. Las garantías reconocidas en el artículo 8 de la Convención deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño²⁰⁹. De esta forma, la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto²¹⁰. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos²¹¹.

²⁰³ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra*, párr. 71, y Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párrs. 118 y 119.

²⁰⁴ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra*, párrs. 117 y 124.

²⁰⁵ Cfr. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 130.

²⁰⁶ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 142, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 132.

²⁰⁷ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra*, párrs. 121 y 122, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 143.

²⁰⁸ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 143.

²⁰⁹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 95, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, *supra*, párr. 148.

²¹⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 96.

²¹¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 66.

115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte²¹², si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten²¹³. Sobre estas consideraciones se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos²¹⁴ (*infra* Capítulo XV), los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos.

116. Ahora bien, aún cuando la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, en algunos Estados otros órganos o autoridades públicas adoptan decisiones, como sucede en los procesos migratorios, que afectan derechos fundamentales. En estos casos, la actuación de la administración tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada²¹⁵. Teniendo como base las anteriores consideraciones, la Corte se referirá a continuación a las garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, haciendo mención especial, cuando corresponda, a aquellas que cobran relevancia crítica en este tipo de proceso. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio

117. Todo migrante tiene derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra, pues, de lo contrario, mal podría garantizarse su derecho a la defensa. En el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre. Es por ello que la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente²¹⁶.

²¹² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párrs. 96 a 98, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, pár. 148.

²¹³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), *supra*, pár. 14.b).

²¹⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, pár. 94.

²¹⁵ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pár. 141.

²¹⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 25, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párrs. 40 a 47 y 82.

118. Además, esta Corte ya ha destacado la importancia de la notificación de la decisión final a fin de ejercer el derecho a recurrir la decisión. Sobre el particular, la Corte ha establecido que la falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la Convención, pues coloca al extranjero en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio²¹⁷.

119. En consonancia con lo anterior, y para garantizar efectivamente el derecho a recurrir eventualmente una decisión desfavorable, las decisiones acerca del ingreso, permanencia o expulsión, deberán ser debidamente notificadas, lo que también refuerza el derecho a que la resolución sea debidamente motivada²¹⁸.

Derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado

120. En materia migratoria, si el proceso se encuentra a cargo de un juez o tribunal, éste evidentemente debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia. Si se trata de un funcionario administrativo que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y, en su caso, ante organismos de control, por la legalidad de las mismas.

121. Ahora bien, al tratarse de procesos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.

Derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales

122. Resulta pertinente primeramente señalar que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁹, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino²²⁰. La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños²²¹. En esta línea, es necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como

²¹⁷ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 180.

²¹⁸ Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 175.

²¹⁹ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párrs. 65 a 67.

²²⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 102, y Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párrs. 65 a 67.

²²¹ Cfr. Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile. *Participación de las niñas*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, Considerandos 9 a 12.

el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias²²². De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión²²³.

123. En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia. Asimismo, cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla²²⁴. En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado²²⁵, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.

Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete

124. Con el objeto de poder garantizar el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor²²⁶. En este orden de ideas, la asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial²²⁷. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria.

125. Esta garantía debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas a fin de respetar su identidad cultural y garantizar un efectivo acceso a la justicia. Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”²²⁸.

Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

126. La Corte ha entendido previamente que “la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor”, de modo tal que correlativamente el nacional del Estado que envía tiene derecho a

²²² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 21.

²²³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 21.

²²⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párr. 129.

²²⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, supra, párr. 34.

²²⁶ Véase artículo 40.2.VI de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 31. Ver también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99.c).

²²⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 71.

²²⁸ Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63, y Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 184.

acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia²²⁹. El acceso efectivo a la comunicación consular debe darse sin dilación, de manera que puedan disponer de una defensa eficaz, para lo cual todos los extranjeros deben ser informados de este derecho²³⁰.

127. En el caso de niñas o niños, el artículo 5, incisos e) y h)²³¹, de dicho instrumento internacional, leídos a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponen la obligación al funcionario consular de velar por los intereses de la niña o del niño, en el sentido de que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país receptor hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior.

128. Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso.

Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante

129. La Corte ha precisado que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”²³².

130. El Tribunal considera que los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal²³³.

131. Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante²³⁴, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte.

²²⁹ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Devido Proceso Legal*, supra, pár. 80.

²³⁰ La protección consular no aplica respecto de los solicitantes de asilo y refugiados, dada las consecuencias que puede acarrear contra el principio de confidencialidad y la propia seguridad del refugiado y sus familiares.

²³¹ El mismo dispone que las funciones consulares consistirán en:

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;

[...]

h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela[.]

²³² *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra, pár. 28.

²³³ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, pár. 38.

²³⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, pár. 99.d).

Deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados

132. Adicionalmente, en casos de niñas o niños no acompañados o separados de su familia, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que el nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima en aras de garantizar el interés superior de los mismos. La Corte estima necesario recalcar que los procesos administrativos o judiciales, que involucren a niñas o niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor²³⁵. Específicamente, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar²³⁶.

133. En efecto, los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad, por lo general a los 18 años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado²³⁷; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor. El tutor deberá conocer suficientemente los intereses y situación de la niña o niño, y estar autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera²³⁸.

134. Deberá, además, poseer los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia con el fin de garantizar que se vele por el interés superior de la niña o del niño. Por otra parte, el tutor debe funcionar como un vínculo entre la niña o el niño y los organismos pertinentes con el fin de asegurar que las necesidades de la niña o niño en materia jurídica, social, educativa, sanitaria, psicológica y material sean satisfechas²³⁹.

135. Cuando se trata de niñas o niños no acompañados, no podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los de la niña o niño²⁴⁰. En el caso de una niña o niño separado de su familia, “normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo陪伴e o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando éste haya sido maltratado por el adulto acompañante”²⁴¹.

136. Como corolario de lo anterior, resulta necesario que los Estados creen mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior de la niña o del niño esté debidamente representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos²⁴².

²³⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 21.

²³⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 33.

²³⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 33.

²³⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 33.

²³⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 33.

²⁴⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 33.

²⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 34.

²⁴² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia*

Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada

137. Por otro lado, resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas, es decir, posean la exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a una conclusión²⁴³. El deber de motivación es una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso²⁴⁴. La Corte recuerda que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática²⁴⁵. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias²⁴⁶.

138. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad²⁴⁷. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

139. En consonancia con lo anterior, y particularmente en el caso de niñas y niños, la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior²⁴⁸. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la íntima relación existente entre el interés superior de la niña o del niño y el derecho a ser oído, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior)] si no se respetan los componentes del artículo 12 [(derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta)]”²⁴⁹. Del mismo modo, “el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”²⁵⁰.

Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos

140. Esta Corte reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas decisiones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios, sean de carácter administrativo o judicial, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación de un país o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Esto es, en caso de decisión desfavorable, la persona debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad judicial competente y presentarse

fuera de su país de origen, supra, párr. 35.

²⁴³ *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, supra, párr. 107, y Caso J. Vs. Perú, supra, párr. 224.*

²⁴⁴ *Cfr. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141.*

²⁴⁵ *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77, y Caso J. Vs. Perú, supra, párr. 224.*

²⁴⁶ *Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152, y Caso J. Vs. Perú, supra, párr. 224.*

²⁴⁷ *Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122, y Caso J. Vs. Perú, supra, párr. 224.*

²⁴⁸ Lo anterior, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, consiste en “una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio”. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, supra, párr. 45.*

²⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, supra, párr. 74.*

²⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, supra, párr. 74.*

ante ella para tal fin²⁵¹. En caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales²⁵².

141. La Corte destaca que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior²⁵³.

142. En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre²⁵⁴. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes.

Plazo razonable de duración del proceso

143. Finalmente, y debido al particular grado de afectación que podría suponer este tipo procesos en una niña o niño, es particularmente importante hacer hincapié en que la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”²⁵⁵. Lo anterior no solo revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior de la niña o del niño²⁵⁶, sino que contribuye asimismo a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad física, psíquica y emocional de la niña o niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso.

IX **PRINCIPIO DE NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑAS O NIÑOS POR SU SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR**

144. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre la interpretación que ha de otorgarse al principio de *ultima ratio* de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niñas y niños que se encuentran junto a sus progenitores,

²⁵¹ Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 175, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 133.

²⁵² Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 126.

²⁵³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 98.

²⁵⁴ Cfr. TEDH, Caso onka Vs. Bélgica, No. 51564/99. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 79, y Caso Gebremedhin [Gaberamadhlen] Vs. Francia, No. 25389/05, Sentencia de 26 de abril de 2007, párr. 58.

²⁵⁵ Asunto L.M. respecto de Paraguay. *Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16. Ver también, TEDH, Caso H. Vs. Reino Unido, No. 9580/81. Sentencia de 8 de julio de 1987, párr. 85; Caso Paulsen-Medalen y Svensson Vs. Suecia, No. 149/1996/770/967. Sentencia de 19 de febrero de 1998, párrs. 39 y 42; Caso Laino Vs. Italia, No. 33158/96. Sentencia de 18 de febrero de 1999, párr. 18; Caso Monory Vs. Rumanía y Hungría, No. 71099/01. Sentencia de 5 de abril de 2005, párr. 82, y Caso V.A.M. Vs. Serbia, No. 39177/05. Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 99 y 101.

²⁵⁶ Cfr. Asunto L.M. respecto de Paraguay. *Medidas Provisionales*, *supra*, Considerando 16.

así como en aquellos casos en que están involucrados niñas o niños no acompañados o separados de sus progenitores, a la luz de los artículos 1²⁵⁷, 7²⁵⁸, 8²⁵⁹, 19²⁶⁰ y 29²⁶¹ de la Convención Americana y del artículo XXV²⁶² de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁵⁷ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

²⁵⁸ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

²⁵⁹ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²⁶⁰ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

²⁶¹ Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

²⁶² Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

145. A fin de abordar la presente temática que tiene como objeto central la interpretación del derecho a la libertad personal reconocido en los artículos 7 de la Convención Americana y XXV de la Declaración, resulta pertinente dejar sentado que la pregunta, al hacer referencia al término “detención”, lo emplea en un sentido amplio equivalente al de privación de libertad. En esta misma línea, la Corte procederá a utilizar el concepto de privación de libertad pues resulta más inclusivo. Al respecto, la Corte adopta un criterio amplio, de conformidad con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos²⁶³ y autónomo de lo establecido en las legislaciones nacionales²⁶⁴, en el entendido que el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local²⁶⁵ es el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas (*infra* Capítulo XII).

146. Más específicamente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha entendido, en el ámbito de las personas en búsqueda de protección internacional, que la detención equivale a “la privación de la libertad o al confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le permite salir a su voluntad, incluso, aunque sin limitarse, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención”²⁶⁶. Asimismo, entiende que “[l]as distinciones entre la privación de la libertad (detención) y restricciones menores a la circulación son de ‘grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia’”²⁶⁷. Por consiguiente, “[i]ndependientemente del nombre que se le dé a un determinado lugar de detención, las cuestiones importantes son si el solicitante de asilo está siendo privado de *facto* de su libertad y si esta privación es legal según el derecho internacional”²⁶⁸. Se otorga así, pues,

²⁶³ El artículo 4.2 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que privación de libertad significa “cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública”. *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, UN Doc. A/RES/57/199, adoptado el 18 de diciembre de 2002, entrada en vigor el 22 junio de 2006. De conformidad con la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, por privación de libertad se entiende “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, UN Doc. A/RES/45/113, adoptadas el 14 de diciembre de 1990. A los efectos de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas adoptados por la Comisión Interamericana, se entiende por “privación de libertad”: “[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de *facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Resolución 1/08: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, adoptados durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

²⁶⁴ En particular, considerando lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que versa sobre el derecho interno y la observancia de los tratados y establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

²⁶⁵ Esto es, si se denomina aprehensión, detención, encarcelamiento, internamiento, institucionalización, etc.

²⁶⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 5.

²⁶⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 6.

²⁶⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 7, citando TEDH, Caso Guzzardi Vs. Italia, No. 7367/76. Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 93.

una precisión adicional al concepto de privación de libertad en supuestos en que se restringe la libertad ambulatoria pero que dicha restricción genera, en la situación concreta, una afectación de tal envergadura a los derechos de la persona, como puede ser el derecho a solicitar y recibir asilo, que dicha restricción resulta asimilable a una medida privativa de libertad por el “tipo, duración, efectos y forma de implementación”²⁶⁹.

147. En el contexto migratorio, la privación de libertad puede afectar a solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y migrantes en situación irregular. Sin embargo, la Corte entiende que el ámbito de consulta de esta pregunta se sitúa en aquellos casos relativos específicamente a niñas o niños en situación migratoria irregular, producto de una entrada o permanencia en el país sin cumplir con los requisitos de la legislación interna, así como a niñas o niños solicitantes de asilo que no obtuvieron el reconocimiento del estatuto de refugiado, por no contar con elementos de inclusión o por razones de exclusión, que son sometidas a un procedimiento que puede finalizar ordenando la expulsión o deportación al país de origen, o bien permitiendo la estancia²⁷⁰. Por otra parte, quedan fuera del ámbito de la pregunta las medidas privativas de libertad de carácter punitivo o sancionatorio en la esfera del control migratorio pues, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, habrán de reputarse arbitrarias y, por consiguiente, contrarias a la Convención y Declaración Americana²⁷¹.

148. Como puede advertirse de los términos de la propia consulta, la pregunta sometida parte de dos premisas fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos y acogidas por la jurisprudencia de esta Corte, esto es, (i) el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños y (ii) la exigencia de motivar la necesidad de recurrir a medidas privativas de libertad de carácter cautelar por infracciones a la ley migratoria, como medida excepcional.

149. En efecto, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos²⁷² cristalizado en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷³ y desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte en el marco del derecho a la libertad personal en casos relativos a jóvenes en conflicto con la ley penal²⁷⁴, que la privación de libertad, ya sea en su faceta cautelar o en tanto

²⁶⁹ TEDH, *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 42 (traducción de la Secretaría de la Corte).

²⁷⁰ Respecto a la no detención de solicitantes de asilo y refugiados por motivos migratorios, aplican las salvaguardas específicas contenidas en el artículo 31 de la Convención de 1951 y los lineamientos de ACNUR. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012.

²⁷¹ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 169. La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes*, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 73. Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha afirmado que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 65.

²⁷² Véase la regla 13.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, UN Doc. A/RES/40/33, adoptadas el 29 de noviembre de 1985; la regla 6.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, UN. Doc. A/RES/45/110, adoptadas el 14 de diciembre de 1990; la regla 17 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)*, UN Doc. A/RES/45/113, adoptadas el 14 de diciembre de 1990, y el principio III de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, adoptados durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrada del 3 al 14 de marzo de 2008.

²⁷³ El artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes velarán por que:

Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

²⁷⁴ Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 230 y 231, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 162.

sanción penal, constituye una medida de último recurso que debe ser aplicada, cuando proceda, por el menor tiempo posible²⁷⁵, dado el objeto fundamentalmente pedagógico del proceso penal relativo a personas menores de edad²⁷⁶. Es así que la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad²⁷⁷. Asimismo, la excepcionalidad de la prisión preventiva opera con mayor rigurosidad, ya que la regla debe ser la libertad y, en caso de que se verifique la necesidad de cautela, debe primar la aplicación de medidas sustitutorias²⁷⁸.

150. En razón de que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales, la Corte estima que el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios²⁷⁹.

151. Por otra parte, en el caso *Vélez Loor Vs. Panamá* la Corte estableció la incompatibilidad con la Convención Americana de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular²⁸⁰. Específicamente, determinó que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, de modo tal que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible²⁸¹. En consecuencia, la Corte objetó por arbitrarias aquellas políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines²⁸².

152. Sobre esta base, la consulta procura que la Corte interprete, a la luz de los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración, el alcance de las medidas privativas de libertad en el marco de procedimientos migratorios desglosando dos supuestos diferenciados: cuando se ven involucrados niñas y niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como en aquellos casos en que las niñas y niños se encuentran no acompañados o separados.

153. Ahora bien, corresponde realizar un análisis de la compatibilidad de la privación de libertad de niñas y niños por razones de índole migratoria con las disposiciones de la Convención y de la

²⁷⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 70, 79 y 80. Ver también Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61.

²⁷⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, *supra*, párr. 51.

²⁷⁷ Véase artículo 37.b) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷⁸ Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay, *supra*, párr. 230. Ver también, las reglas 13.1 y 13.2 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*.

²⁷⁹ De hecho, el Comité de los Derechos del Niño ha hecho hincapié en que el respeto de las exigencias del párrafo b) del artículo 37 de la Convención, en cuanto establece que “la detención, encarcelamiento o prisión se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, procederá en aquellos supuestos en que la privación de libertad de niñas o niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen esté excepcionalmente justificada “por otras razones”. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61.

²⁸⁰ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párrs. 163 a 172.

²⁸¹ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párrs. 169 y 171.

²⁸² Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 171, citando Comité de Derechos Humanos, C. c. Australia (Comunicación No. 900/1999), UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, dictamen adoptado el 13 de noviembre de 2002, párr. 8.2.

Declaración traídas a consulta a la luz de los requisitos para proceder a una restricción legítima del derecho a la libertad personal que se han explicitado en su jurisprudencia, teniendo en consideración las circunstancias específicas de la niña o del niño, es decir, su condición de persona en desarrollo y su interés superior. A tal fin y con base en el artículo 30 de la Convención, la Corte evaluará: (i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; (ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; (iii) que sean necesarias, y (iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida²⁸³.

154. Entonces, la medida de privación de libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad²⁸⁴, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparcencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación (*supra* parr. 151). Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior²⁸⁵. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas (*infra* parr. 162) que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitaria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana.

155. En consideración de la condición especial de vulnerabilidad de las niñas y los niños migrantes en situación irregular, los Estados tienen la obligación, de acuerdo a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración, de optar por medidas²⁸⁶ que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad²⁸⁷ (*infra* Capítulo X). La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior de la niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, en los términos desarrollados en el capítulo siguiente, a través de medidas adecuadas a sus necesidades²⁸⁸.

²⁸³ *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, parr. 166.

²⁸⁴ Este requisito implica que la medida debe ser absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no existe una medida menos gravosa respecto al derecho restringido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad, para alcanzar el objetivo propuesto. *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, pár. 166.

²⁸⁵ Ver en igual sentido, STEPS Consulting Social, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, estudio elaborado para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006-181, diciembre de 2007, pág. 22, afirmando que “[e]l confinamiento de menores de edad debe estar prohibido. El interés superior del niño debe ser la base de cualquier decisión tomada sobre ese niño. Privar a un niño de su libertad no puede de ninguna manera corresponder a su mejor interés, otras prácticas pueden utilizarse y ya se han aplicado en algunos países” (traducción de la Secretaría de la Corte).

²⁸⁶ *Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, UN Doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998, parr. 33, e Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, parrs. 39 y 40.

²⁸⁷ *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, parr. 63.

²⁸⁸ *Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, parrs. 60 a 62.

156. Como corolario de lo antedicho, la Corte entiende que el alcance de la respuesta estatal a la luz del interés superior de la niña o del niño adquiere características particulares dependiendo de la situación concreta en la que se halle la niña o el niño²⁸⁹, es decir, si se encuentra junto a sus progenitores o si por el contrario se trata de una niña o un niño no acompañado o separado de sus progenitores (*supra* párr. 49). Ello teniendo en cuenta, por un lado, la especial vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y los niños no acompañados o separados y, por el otro, que corresponde a los progenitores la obligación primaria de la crianza y el desarrollo de la niña o del niño y, subsidiariamente, al Estado “asegurar [a la niña o] al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de [ella o] él ante la ley”²⁹⁰.

157. De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Corte considera que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño²⁹¹, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad²⁹². En la misma línea, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido:

En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, deber hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento²⁹³.

158. Por otra parte, la Corte ha resaltado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”²⁹⁴. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños²⁹⁵. Evidentemente, esto conlleva un deber

²⁸⁹ *Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, supra, párr. 126.*

²⁹⁰ Véase el artículo 3.2, relacionado con los artículos 18 y 27, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁹¹ Véase el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “[l]os niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

²⁹² *Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, supra, párr. 126.*

²⁹³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 61. Ver también, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes*, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 75.a).

²⁹⁴ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 71, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 46. Ver también, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁹⁵ *Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 40. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration* [*Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el*

estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia²⁹⁶.

159. En definitiva y a juicio de la Corte, la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil -esto es, cuando se relaciona con la comisión de una conducta tipificada como delito- solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley y siempre que se aplique como una medida de último recurso y por el tiempo más breve posible.

160. En cambio y también a criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

X

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS PRIORITARIAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y GARANTÍAS PARA SU APLICACIÓN

161. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las características que deberían incorporar las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos de la niña o del niño migrante que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria y respecto de las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento en el cual se adopte una decisión al respecto, a la luz de los artículos 2²⁹⁷, 7²⁹⁸,

contexto de la migración internacional], 28 de septiembre de 2012, recomendación en pár. 78: “[...]los niños no deben ser criminalizados o sujetos a medidas punitivas a causa de su situación migratoria o la de sus padres. La detención de un niño debido a su estatus migratorio o el de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y siempre contraviene el principio del interés superior del niño. En este sentido, los Estados deberían cesar en forma expedita y completa la detención de los niños sobre la base de su estatus migratorio” (traducción de la Secretaría de la Corte).

²⁹⁶ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, pár. 62; Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, UN Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010, pár. 48, y TEDH, Caso Popov Vs. Francia, Nos. 39472/07 y 39474/07, Sentencia de 19 de enero de 2013, párrs. 140, 141 y 147. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Adición: Misión a los Estados Unidos de América*, UN Doc. A/HRC/7/12/Add.2, 5 de marzo de 2008, pár. 125.

²⁹⁷ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

²⁹⁸ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes

19²⁹⁹, 25³⁰⁰ y 29³⁰¹ de la Convención Americana y del artículo XXV³⁰² de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

162. Primeramente, la Corte interpreta que, conforme a las pertinentes normas internacionales, en la propia ontología del concepto de medida alternativa a la detención se encuentra la primera característica, es decir, tales medidas deben ser concebidas justamente por oposición a lo que se entiende por una medida privativa de libertad y conllevar un nivel menor de lesividad en los derechos de la persona, como por ejemplo la notificación periódica a las autoridades o la permanencia en centros de alojamiento abiertos o en un lugar designado³⁰³.

163. Sin embargo, habiendo establecido previamente el alcance del derecho a la libertad personal (artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración) respecto a las niñas y niños migrantes por motivo del solo incumplimiento de la legislación migratoria, al interpretar que éste implica un principio general de no privación de libertad (*supra* Capítulo IX), la Corte reafirma que la libertad es la regla mientras se resuelve la situación migratoria o se procede a la repatriación voluntaria y segura, y las medidas a disponerse no debieran concebirse en sí como alternativas a la detención, sino como medidas de aplicación prioritaria que deben tener como principal objetivo la protección integral de derechos, de acuerdo a una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior.

164. A este respecto el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración señalan, respectivamente, que debe recibir “medidas especiales de protección” y

cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

²⁹⁹ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

³⁰⁰ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

³⁰¹ Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

³⁰² Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

³⁰³ Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/13/30, 18 de enero de 2010, párrs. 61 y 65.

“protección, cuidados y ayuda especiales”. Estas medidas de protección deben, pues, a juicio de la Corte, definirse en la lógica de protección integral, esto es, deben propender al pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos aplicables³⁰⁴, en especial el derecho a la salud, a una alimentación adecuada, a la educación³⁰⁵, así como al juego y a las actividades recreativas propias de su edad. En particular, la Corte considera que deben estar inspiradas en la promoción del bienestar y el aseguramiento del desarrollo de la niña o del niño través de tres ejes principales: (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia³⁰⁶.

165. En este sentido, adquiere una relevancia central la obligación estatal de disponer de un conjunto de medidas que procuren los fines indicados, la cual se orienta en dos direcciones: por un lado, impone en el ámbito de competencia del órgano legislativo el deber de establecer, a través de la expedición de normas, un abanico de medidas que cumplan con los lineamientos descritos y, por el otro, sujeta al juez o al funcionario competente a aplicar dichas medidas en el marco de su esfera de actuación, de conformidad con el interés superior.

166. Ahora bien, sin perjuicio de que corresponde a cada Estado la decisión sobre el diseño legislativo e institucional para la aplicación de las referidas medidas, el derecho internacional de los derechos humanos dispone una aproximación al tema considerando que su objetivo principal es la atención y cuidado que se requiere por su calidad particular de niñas y niños. Por este motivo, la Corte estima que, por tanto y en este ámbito, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio³⁰⁷.

167. En lo que se refiere a las niñas y niños no acompañados o separados, el derecho internacional impone sobre el Estado obligaciones específicas atendiendo a esta situación particular³⁰⁸. Aún cuando no se cuenta con normativa específica para la protección de niñas y niños en situación de irregularidad migratoria, las directrices sobre modalidades alternativas de cuidado a niñas y niños³⁰⁹ contienen pautas respecto al acogimiento de niñas y niños que se encuentran en el extranjero “sea cual fuere el motivo”³¹⁰ y, en particular, de aquellos no acompañados o separados. Dado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado donde alojarse, resulta pertinente tener en cuenta las referidas directrices en relación con las modalidades de acogida. En este sentido, se deben priorizar soluciones basadas en la familia o la comunidad

³⁰⁴ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra, párrs. 26 y 88.

³⁰⁵ Sobre el particular, la Corte ha sostenido que “de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra, párr. 185.

³⁰⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), supra, párrs. 71 a 74.

³⁰⁷ Véase Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, párr. 57.

³⁰⁸ Véase el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra.

³⁰⁹ Cfr. *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, UN Doc. A/RES/41/85, adoptada el 3 de diciembre de 1986, y *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, UN Doc. A/RES/64/142, adoptadas el 18 de diciembre de 2009.

³¹⁰ *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párr. 139.

antes que la institucionalización³¹¹. Los Estados se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar de la niña o del niño en tal situación (*supra* párr. 84); localizar a su familia y propender a su reunificación familiar³¹², teniendo en cuenta su opinión e interés superior³¹³, y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta³¹⁴.

168. En lo que se refiere a niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas, la Corte ha señalado que “para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”³¹⁵. Por ende, cuando se han desplazado voluntaria o forzadamente fuera de su territorio y comunidad, las medidas de protección deben ser adoptadas e implementadas teniendo en consideración su contexto cultural³¹⁶.

169. Específicamente, la Corte considera que el referido conjunto de medidas a ser aplicadas a niñas y niños por motivo de irregularidad migratoria debe estar contemplado en el ordenamiento interno de cada Estado. De forma similar, se debe reglamentar la forma procedural de la aplicación procurando que se respeten las siguientes garantías mínimas: contar con una autoridad administrativa o judicial competente; tomar en cuenta las opiniones de niñas y niños sobre su preferencia³¹⁷; velar por que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial al tomar la decisión³¹⁸; y garantizar el derecho a revisión de la decisión en caso de considerarse que no es la medida adecuada, la menos lesiva o que se está utilizando de forma punitiva³¹⁹.

170. En suma, la Corte es de opinión que las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior. A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, de conformidad con las características descriptas, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.

³¹¹ Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja y otros, *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No Acompañados y Separados*, enero de 2004, pág. 26.

³¹² Cfr. TEDH, Caso de *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 85.

³¹³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 80.

³¹⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 89 a 92.

³¹⁵ Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169.

³¹⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 11: Los Niños Indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, UN Doc. CRC/GC/2009/11, 11 de febrero de 2009.

³¹⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 89.

³¹⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*.

³¹⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párr. 98.

XI

CONDICIONES BÁSICAS DE LOS ESPACIOS DE ALOJAMIENTO DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES CORRESPONDIENTES A LA CUSTODIA POR RAZONES MIGRATORIAS

171. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las condiciones básicas que debieran satisfacer los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, así como sobre las obligaciones estatales principales respecto a las niñas y niños que se encuentren bajo su custodia por razones migratorias, a la luz de los artículos 1³²⁰, 2³²¹, 4.1³²², 5³²³, 7³²⁴, 17³²⁵ y 19³²⁶ de la Convención

³²⁰ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³²¹ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³²² Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]

³²³ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

³²⁴ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

³²⁵ Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

³²⁶ Artículo 19. Derechos del Niño

- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Americana y los artículos I³²⁷ y XXV³²⁸ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

172. La Corte estima necesario reiterar, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes debe de proveer, en tanto obligación positiva, las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y recibir un trato humano acorde con su dignidad personal³²⁹, de conformidad con los artículos 4.1 y 5 de la Convención y I y XXV de la Declaración, lo que se aplica de forma peculiar o preferente a las niñas y a los niños migrantes, que requieren de las medidas de protección especial de acuerdo a los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración (*supra* párr. 66).

173. De conformidad con los criterios desarrollados anteriormente (*supra* Capítulos IX y X), los Estados deben, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, priorizar las medidas que propendan al cuidado de la niña o del niño con miras a su protección integral, cuando se ve involucrado en procedimientos migratorios. En determinadas circunstancias, como por ejemplo cuando la niña o el niño se encuentra junto a su familia y se comprueba una necesidad excepcional, ineludible o imperiosa de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio y no hay otra opción menos lesiva que la institucionalización en un centro donde se permita la convivencia entre la niña o el niño y su grupo familiar, o cuando la niña o el niño se encuentra no acompañado o separado de su familia y no existe la posibilidad de otorgar una medida basada en un entorno familiar o comunitario de forma tal que es necesario acogerlo en un centro, es posible que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria. En este sentido, la Corte recuerda que ya se ha pronunciado con respecto a la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin³³⁰.

174. Tales centros de acogida pueden ser establecimientos estatales o privados. No obstante, la delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige, como elemento fundamental y acorde en especial a lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención, la obligación del Estado de fiscalizar tales centros para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin ningún tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible³³¹. En el mismo sentido, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias a efectos de regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y niños migrantes y que, en consecuencia, el sistema estatal prevea un método de supervisión de dichos espacios de alojamiento³³².

³²⁷ Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona
Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

³²⁸ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

³²⁹ *Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 138; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, supra*, párr. 151, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 138.

³³⁰ *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, párr. 208.

³³¹ *Cfr., mutatis mutandi, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, párr. 96.

³³² *Cfr. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párrs. 127 a 129.

175. En este contexto, la Corte abordará las siguientes obligaciones estatales sobre condiciones básicas y desarrollará su alcance: (i) principio de separación y derecho a la unidad familiar, (ii) centros de alojamiento abiertos, y (iii) condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos.

Principio de separación y derecho a la unidad familiar

176. La Corte ha sostenido, con base en el artículo 5.5 de la Convención Americana y 37.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que debe separarse a las niñas y niños de los adultos, ya que mantenerlos en un mismo espacio crea circunstancias que “son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad”³³³.

177. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño se ha referido a la aplicabilidad de tal principio en caso de niñas o niños migrantes indicando que debe disponerse “lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior [de la niña o] del niño”³³⁴. En esta línea, la Corte considera que, para valorar la necesidad de la separación respecto de los adultos, es necesario conocer si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, o bien que se encuentran junto con su familia, y evaluar la decisión a la luz del interés superior de la niña o del niño. En el caso de niñas y niños no acompañados o separados, la Corte comparte el criterio del Comité de los Derechos del Niño en orden a que, en tal caso, las niñas y los niños requieren un cuidado especial por parte de las personas encargadas del centro y en ningún sentido debe alojarlos junto con adultos³³⁵. En cuanto al caso de niñas y niños que se encuentran junto a sus familiares, de conformidad con los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración que disponen el derecho a la protección de la familia, la regla debe ser que permanezcan con sus padres o quienes hagan sus veces, evitando en lo posible la desintegración de núcleos familiares³³⁶ en los términos expuestos anteriormente (*supra* párrs. 158 y 160), salvo que el interés superior de la niña o del niño dicte lo contrario.

178. En suma, al tratarse de migrantes menores de edad el principio de separación adquiere, según el derecho internacional de los derechos humanos, dos dimensiones: (i) si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y (ii) si se trata de niñas o niños acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño.

179. Como cuestión adicional, la Corte considera que, en aplicación de las normas internacionales pertinentes, se debe tomar en cuenta la edad de las niñas y niños para su atención y cuidado en el centro de alojamiento, ya que es usualmente un indicativo de madurez que llega a determinar el comportamiento común de grupos de niñas y de niños, si bien cada caso debe ser individualizado, en especial en consideración a sus necesidades. Por consiguiente, la Corte es de opinión que es una obligación internacional del Estado correspondiente establecer y garantizar que el espacio de alojamiento de niñas y niños no acompañados o separados esté dividido según las necesidades específicas de grupos etarios y diferenciados de los centros para familias, y así adecuar los recursos humanos y materiales de forma acorde.

³³³ Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, *supra*, párr. 175.

³³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

³³⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

³³⁶ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 209.

Centros de alojamiento abiertos

180. La Corte es del parecer que se deduce del ordenamiento jurídico internacional en la materia y en atención a lo establecido previamente en cuanto al alcance de los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración Americana, que cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, esto es, debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad. En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que los centros cerrados no son adecuados para la extrema vulnerabilidad de una niña migrante no acompañada, *inter alia*, debido a que las instalaciones no responden a sus necesidades especiales³³⁷. En tal sentido, la Corte estima que las medidas deben representar y brindar una opción material y cualitativamente distinta a la privación de libertad en centros cerrados, priorizando un tratamiento que se adecúe a las necesidades de protección integral.

Condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos

181. Respecto a las condiciones mínimas obligatorias que el Estado debe procurar para las personas bajo su custodia según las normas citadas, se encuentra la referida a que el alojamiento de niñas y niños debe, en virtud del principio de interés superior y protección integral de ellos, permitir su desarrollo holístico. Por lo mismo, es fundamental que los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, más allá de si se encuentran junto a su familia o no acompañados o separados, aseguren condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y niños, resguardando en todo momento la protección de sus derechos³³⁸. En esta línea, resulta relevante tener en cuenta, en cada caso, la diversidad de las niñas y los niños en cuanto a su origen étnico, cultural, lingüístico y religioso³³⁹.

182. Igualmente, la Corte deduce de las normas internacionales que estos centros deben garantizar el alojamiento, la manutención, el reconocimiento médico, el asesoramiento legal, el apoyo educativo y la atención integral a las niñas y a los niños. También deben disponer de una serie de servicios de atención especializada en razón de las necesidades particulares de cada niña o niño, atendiendo, por ejemplo, a las niñas y los niños con discapacidad³⁴⁰, las niñas y los niños que viven con VIH/SIDA³⁴¹, las y los lactantes, las niñas y los niños pertenecientes a la primera infancia³⁴², las niñas y los niños víctimas de trata, entre otros. Asimismo, deben asegurar que no sea un escenario en el cual niñas y niños puedan ser objeto de violencia, explotación o abuso.

183. La Corte considera que para que un espacio de alojamiento cumpla con las condiciones para el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe contar con una infraestructura física que permita el desarrollo mencionado. Algunas de esas condiciones son las siguientes: lograr que las niñas y niños tengan cierto nivel de privacidad para

³³⁷ Cfr. TEDH, Caso de *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, No. 13178/03. Sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 103.

³³⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 12, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, párrs. 56 y 57.

³³⁹ Cfr. *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párr. 141, e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, párr. 61.

³⁴⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007.

³⁴¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño*, UN Doc. CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003.

³⁴² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006.

que su intimidad sea respetada; el espacio de alojamiento debe proveer un lugar donde tener sus cosas de forma segura; debe asegurarse la alimentación completa y nutritiva durante el tiempo de estadía; se debe otorgar acceso a servicios de salud, ya sea física y/o psicosocial; se debe proveer acceso continuo a la educación fuera del establecimiento; se debe contar con sitio para el esparcimiento y el juego, y las niñas y niños que quieran participar de actividades culturales, sociales y religiosas, deben contar con un tutor que los acompañe.

184. En cuanto al personal del centro, deberá estar especializado y recibir formación en psicología infantil, protección de la infancia y derechos humanos de las niñas y niños³⁴³.

XII

GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO ANTE MEDIDAS QUE IMPLIQUEN RESTRICCIONES O PRIVACIONES DE LA LIBERTAD PERSONAL DE NIÑAS Y NIÑOS POR RAZONES MIGRATORIAS

185. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niñas y niños, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan su libertad personal, todo ello a la luz de los artículos 1³⁴⁴, 2³⁴⁵, 7³⁴⁶, 8³⁴⁷,

³⁴³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, parr. 96.

³⁴⁴ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³⁴⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁴⁶ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

³⁴⁷ Artículo 8. Garantías Judiciales

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

19³⁴⁸ y 25³⁴⁹ de la Convención Americana y del artículo XXV³⁵⁰ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

186. Tomando como punto de partida el alcance otorgado al derecho a la libertad personal en cuanto a que rige un principio general de no privación de libertad de niñas y niños migrantes por motivo del solo incumplimiento de la legislación migratoria (*supra* Capítulo IX), la Corte especificará e individualizará en el presente capítulo una serie de garantías relevantes que se tornan operativas ante situaciones de restricción de libertad personal –entre otras, interferencias severas a la libertad ambulatoria, retenciones, aprehensiones, arrestos o detenciones breves– que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente se corresponda a una privación de libertad en el entendido que tales situaciones podrían ocurrir en la práctica.

187. A fin de abordar la presente temática es esencial primeramente definir el concepto de “restricción de la libertad personal”. A estos efectos, la Corte entiende que restricción de la libertad personal es toda aquella medida que implique una afectación a este derecho, ya sea a través de la privación total mediante la reclusión en un lugar cerrado o cualquier otra restricción menor que, por su forma, duración, efectos y manera de implementación, supone una injerencia en el derecho de todo ciudadano a la libertad personal³⁵¹ (*supra* párrs. 145 y 146). La diferencia entre la privación de la libertad y la restricción de la libertad radicará en el grado de intensidad de la medida³⁵². En tal sentido, bajo determinadas circunstancias una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, puede constituir una privación de la libertad física³⁵³.

-
- si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

³⁴⁸ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

³⁴⁹ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
 2. Los Estados Partes se comprometen:
- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

³⁵⁰ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

³⁵¹ Cfr. TEDH, *Caso Guzzardi Vs. Italia*, No. 7367/76. Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párrs. 92 y 93; *Caso Nielsen Vs. Dinamarca*, No. 10929/84. Sentencia de 28 de noviembre de 1988, párr. 67, y *Caso Medvedyev y otros Vs. Francia* [GS], No. 3394/03. Sentencia de 29 de marzo de 2010, párr. 73. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012.

³⁵² Cfr. TEDH, *Caso Engel y otros Vs. Países Bajos*, Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, y 5370/72. Sentencia de 8 de junio de 1976, párrs. 58 y 59; *Caso Guzzardi Vs. Italia*, No. 7367/76. Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 93; *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 42, y *Caso Medvedyev y otros Vs. Francia*, No. 3394/03. Sentencia de 29 de marzo de 2010, párr. 73.

³⁵³ Cfr. *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 76.

188. Como ha sido señalado, las garantías de debido proceso constituyen un conjunto de requisitos sustantivos y procesales que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos³⁵⁴. En lo que respecta a las garantías aplicables a las situaciones de restricción de la libertad, los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración adquieren una centralidad manifiesta. Dichas disposiciones, cada una según sus propios alcances, procuran reconocer la condición de vulnerabilidad de la persona generada por una situación de privación de libertad, proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física³⁵⁵, otorgar garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado a fin de prevenir detenciones que puedan reputarse ilegales o arbitrarias y dotar a la persona de mecanismos de control frente a éstas. En particular, contienen los mandatos normativos que prohíben la detención ilegal³⁵⁶ y la arbitraría³⁵⁷ y establecen, entre otros, los siguientes derechos y garantías procesales a favor de la persona retenida o detenida: a ser informada de las razones de la detención; a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales; a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, y la posibilidad de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decidiera, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y, si fueran ilegales, ordenara su libertad.

189. A lo anterior y en virtud de los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración, cabe sumar garantías especiales de las que gozan las niñas y los niños debido al impacto mayor que les genera el ser sometidos a una medida privativa de libertad. En particular, el artículo 37.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “[t]odo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

190. Las niñas y los niños, especialmente cuando son extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de extrema vulnerabilidad³⁵⁸. Esta 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 intereses³⁵⁹. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación³⁶⁰. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho

³⁵⁴ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 27, y *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 147.

³⁵⁵ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 53, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 80.

³⁵⁶ Ello implica que “nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

³⁵⁷ Se prohíbe, en consecuencia, la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, imprevisibles o carentes de proporcionalidad. Además, la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido. Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname*, *supra*, párr. 47, y *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 66. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha afirmado también que cuando la ausencia de garantías o su violación, elusión o no aplicación son muy graves, puede llegar a la conclusión de que la detención reviste un carácter arbitrario. Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 70.

³⁵⁸ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 152.

³⁵⁹ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debid Proceso Legal*, *supra*, párr. 119; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 121, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 152.

³⁶⁰ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, párr. 152.

a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

Legalidad de la privación de libertad

191. Con respecto a la garantía específica consagrada en los artículos 7.2 de la Convención y XXV de la Declaración, la Corte reitera que cualquier restricción o privación de la libertad debe respetar el principio de legalidad y, por consiguiente, ajustarse a las causas y a los procedimientos establecidos de antemano en la legislación interna. Así, este Tribunal ha previamente establecido que la limitación de la libertad física, así sea por un período breve, inclusive aquellas con meros fines de identificación, debe “ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención”³⁶¹.

Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios

192. En cuanto a la arbitrariedad de la detención a que se refieren los artículos 7.3 de la Convención y XXV de la Declaración, la Corte ha considerado que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”³⁶². Por lo tanto, cualquier detención debe llevarse a cabo no sólo de acuerdo a las disposiciones de derecho interno, sino que además es necesario que la “la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención”³⁶³.

193. En el contexto migratorio y teniendo en cuenta el artículo 1.1 de la Convención, la Corte pone especial énfasis en que las detenciones no deben conllevar una afectación desproporcionada a un determinado grupo racial, religioso o de cualquier otra índole o condición social, sin una justificación razonable y objetiva³⁶⁴. Esto es, las legislaciones, políticas y prácticas relativas a la privación de la libertad no podrán establecer *de jure* o generar *de facto* discriminación contra ninguna nacionalidad en particular y, específicamente, acarrear discriminación contra las personas por, entre otros, motivos de raza, color u origen nacional³⁶⁵.

194. Asimismo, una restricción de la libertad por un tiempo excesivo podría desembocar en una privación de libertad incompatible con las disposiciones de la Convención o Declaración Americana, al igual que las privaciones de libertad por tiempo indefinido³⁶⁶.

³⁶¹ Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 126.

³⁶² Caso Gangaram Panday Vs. Suriname, *supra*, párr. 47, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 133.

³⁶³ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, *supra*, párr. 91, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 133.

³⁶⁴ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observación General N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos*, UN Doc. A/59/18, 1 de octubre de 2004, párrs. 19 y 21.

³⁶⁵ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observación General N° 30: Discriminación contra los no ciudadanos*, *supra*, párrs. 19 y 21.

³⁶⁶ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 117. Ver también TEDH, Caso Amuur Vs. Francia, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 43.

Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda

195. Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corte que la información de los “motivos y razones” del arresto o de la detención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”³⁶⁷. De igual forma, la observancia del derecho a ser informado de los motivos del arresto o de la detención “permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer”³⁶⁸.

196. La información sobre los motivos y razones del arresto o de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona debe tener claro que está siendo arrestada o detenida³⁶⁹. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo el arresto o la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la medida³⁷⁰. De igual forma, en el ámbito migratorio la Corte estima que resulta relevante que la persona sea informada de los procedimientos disponibles para cuestionar la restricción o privación de la libertad, a fin de procurar su puesta en libertad.

197. Al respecto, tratándose de personas extranjeras, la Corte considera relevante establecer que el idioma que se utiliza debe ser uno que la persona comprenda. Del mismo modo, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad. Es necesario que la niña o el niño tenga a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer. Especialmente, deberá informársele sobre su derecho a solicitar asilo; su derecho a contar con asistencia jurídica; su derecho a ser oído; su derecho de acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, su derecho a que se le designe un tutor. Aunado a ello, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sujeto a un proceso del que derive una eventual injerencia a su derecho a la libertad personal sea asistido por un traductor o intérprete, en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor.

Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente

198. De conformidad con lo preceptuado en los artículos 7.5 de la Convención Americana y XXV de la Declaración Americana, toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales³⁷¹. Esta Corte ya ha interpretado que esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal³⁷². Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando

³⁶⁷ Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 82, y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, *supra*, párr. 70.

³⁶⁸ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, *supra*, párr. 70.

³⁶⁹ Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, *supra*, párr. 71.

³⁷⁰ Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, *supra*, párr. 71.

³⁷¹ A este respecto, cabe señalar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 3. Ver también, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 3.

³⁷² Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 107, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 136.

en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél³⁷³. Asimismo, esta Corte ya ha señalado que para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas³⁷⁴. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias³⁷⁵, resulta imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria³⁷⁶.

Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados

199. La persona arrestada o detenida tiene el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado³⁷⁷. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, tutor o representante legal, según corresponda³⁷⁸.

200. El derecho de establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal cobra especial importancia cuando se trata de niñas o niños³⁷⁹ y, en especial, cuando éstos se encuentran no acompañados. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal, debe ser hecha al momento de la retención o detención³⁸⁰, pero cuando se trata de menores de edad deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación³⁸¹, teniendo en cuenta el interés superior de la niña o del niño.

201. Por otra parte, debe asegurarse que la niña o el niño tenga la posibilidad de comunicarse por cualquier medio con el exterior y, en especial, de ponerse en contacto con sus familiares, amigos, representante legal y, en su caso, su tutor, así como recibir la visita de estas personas³⁸². La Corte también resalta que, en los casos en que resulte procedente, la niña o el niño debe tener la posibilidad de contactarse con organismos internacionales, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) o la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)³⁸³.

³⁷³ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 107, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 136.

³⁷⁴ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 108, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 137.

³⁷⁵ Cfr. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 67, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 137.

³⁷⁶ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 108, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 137.

³⁷⁷ Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina, *supra*, párr. 130, y Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 112.

³⁷⁸ Cfr. Caso Tibi Vs. Ecuador, *supra*, párr. 112, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantías 6 y 7.

³⁷⁹ La Corte ha señalado que “[e]l derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada”. Caso Bulacio Vs. Argentina, *supra*, párr. 130.

³⁸⁰ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debid Proceso Legal*, *supra*, párr. 106.

³⁸¹ Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina, *supra*, párr. 130.

³⁸² Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 2, y Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

³⁸³ Cfr. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, *Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 10, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párr. 69, Garantía 14.

Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular

202. Primeramente, resulta pertinente señalar que las niñas y los niños gozan del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen³⁸⁴. La Corte ya ha especificado que, desde la óptica de los derechos de la persona detenida, tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado³⁸⁵: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares³⁸⁶; (ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y (iii) el derecho a la asistencia misma.

203. La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, cualquiera sea la modalidad, que sea notificada al momento de ser privada de la libertad de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado³⁸⁷. La posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, salvedad hecha del caso de las personas solicitantes de asilo, refugiadas u otras personas beneficiarias de protección internacional, se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad³⁸⁸.

Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor

204. Por otro lado, los Estados tienen la obligación de garantizar a todas las niñas y los niños cuya libertad se ve restringida por asuntos migratorios el derecho a la defensa a través del ofrecimiento de servicios estatales de representación legal³⁸⁹. Específicamente, es necesario que los Estados brinden a las niñas y niños privados de libertad acceso rápido y gratuito a un representante legal que le brinde asistencia jurídica. La Corte considera que la asistencia jurídica debe ser ejercida por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos³⁹⁰.

³⁸⁴ Véase el artículo 36 de la *Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares*, adoptada el 24 de abril de 1963, entrada en vigor el 19 de marzo de 1967, de la cual son parte los 35 Estados Miembros de la OEA, y el artículo 16.7 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, UN Doc. A/RES/45/158, adoptada el 18 de diciembre de 1990, entrada en vigor el 1 de julio de 2003. Los siguientes 17 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, y Uruguay.

³⁸⁵ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 153.

³⁸⁶ Así, el detenido extranjero tiene el derecho a ser informado de su derecho: 1) a que el Estado receptor le informe a la oficina consular competente sobre su situación; y 2) a que el Estado receptor transmita sin demora "cualquier comunicación dirigida a la oficina consular" por el detenido. Cfr. Artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares. Esta notificación le debe ser hecha antes de que "rinda su primera declaración". Así como los otros derechos que tiene quien es privado de libertad, éste "constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo". *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párr. 106, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, nota al pie 157.

³⁸⁷ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párrs. 106 y 120, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 154.

³⁸⁸ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra*, párr. 86, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 154.

³⁸⁹ Véase el artículo 37.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 38.

³⁹⁰ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 132.

205. Asimismo, en relación con niñas y niños no acompañados o separados de sus familias resulta de suma importancia, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, nombrarles un tutor a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar³⁹¹.

Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención

206. A su vez, también es de aplicación la garantía contenida en el artículo 7.6 de la Convención Americana, el cual señala que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”³⁹². Esta Corte ya ha señalado que “los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana [...] no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”³⁹³. La Corte también se ha pronunciado sobre dichos preceptos y ha determinado que el artículo 7.6 posee un contenido jurídico propio, al contemplar específicamente el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención, también denominado *hábeas corpus*, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad³⁹⁴. El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” debe ser “un juez o tribunal” independiente e imparcial³⁹⁵. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención³⁹⁶. En el caso de niñas o niños migrantes, éste procedimiento debiera ostentar un carácter prioritario, de tal forma que permitiera una rápida decisión sobre la acción interpuesta³⁹⁷.

³⁹¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 33.

³⁹² De igual forma, véase Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, pár. 69, Garantía 3.

³⁹³ El *Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, pár. 44. Ver también, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, pár. 30, y *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párrs. 82 a 84.

³⁹⁴ Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, pár. 33, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pár. 124. Ver también, el artículo 37.d) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

³⁹⁵ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pár. 126.

³⁹⁶ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pár. 129, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, *supra*, pár. 141. Asimismo, resulta ilustrativo lo sostenido por el Relator Especial de Migrantes en cuanto a que “[a]lgunas leyes nacionales no prevén la revisión judicial de la detención administrativa de los migrantes. En otros casos, la revisión judicial de la detención administrativa se inicia únicamente a petición del migrante. En esos casos, el desconocimiento del derecho a apelar, el desconocimiento de los motivos de la detención, el difícil acceso a los expedientes, la falta de acceso a asistencia jurídica gratuita, la falta de intérpretes y servicios de traducción, y una ausencia general de información en un idioma que puedan entender los detenidos sobre el derecho a contratar a un abogado y darle instrucciones, así como la ubicación de las instalaciones donde están detenidos, pueden impedir a los migrantes ejercer sus derechos en la práctica. En ausencia de abogados y/o intérpretes, a menudo los migrantes se sienten intimidados y obligados a firmar documentos sin entender su contenido” Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, pár. 46.

³⁹⁷ Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. François Crépeau, *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, pár. 38.

XIII PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN (NON-REFOULEMENT)

207. La Corte Interamericana ha sido consultada respecto a cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los artículos 1³⁹⁸, 2³⁹⁹, 4.1⁴⁰⁰, 5⁴⁰¹, 7⁴⁰², 8⁴⁰³,

³⁹⁸ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³⁹⁹ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁴⁰⁰ Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]

⁴⁰¹ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

⁴⁰² Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

⁴⁰³ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

19⁴⁰⁴, 22.7⁴⁰⁵, 22.8⁴⁰⁶ y 25⁴⁰⁷ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del artículo 13.4⁴⁰⁸ de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los artículos I⁴⁰⁹, XXV⁴¹⁰ y XXVII⁴¹¹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al adoptarse medidas que puedan implicar la devolución de una niña o un niño a un país determinado.

208. La Corte procederá a continuación a establecer el contenido del principio de no devolución, recordando que las niñas y los niños son titulares de todos los derechos establecidos en la Convención Americana y la Declaración Americana. Asimismo, precisará el alcance de dicho principio en casos en que puedan implicar la devolución de una niña o niño a un Estado determinado, sea este su país de origen o un tercer país desde el cual pueda ser subsecuentemente devuelto.

209. La Corte ya ha resaltado que el principio de no devolución o *non-refoulement* constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y de las personas solicitantes de asilo⁴¹². La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue el primer instrumento internacional en codificar, en su artículo 33.1, el principio de no devolución como una medida efectiva para garantizar el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo⁴¹³ -que bajo dicho tratado asume la modalidad específica del estatuto del refugiado⁴¹⁴- y como un componente

⁴⁰⁴ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁴⁰⁵ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

⁴⁰⁶ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. [...]

⁴⁰⁷ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁴⁰⁸ Artículo 13, cuarto párrafo:

[...]

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

⁴⁰⁹ Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁴¹⁰ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

⁴¹¹ Artículo XXVII. Derecho de asilo

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

⁴¹² Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, pár. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados*, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991, pár. c.

⁴¹³ Aún si la Convención de 1951 no establece el derecho al asilo como un derecho de manera explícita, se considera incorporado de manera implícita en su texto. Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, pár. 139.

⁴¹⁴ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, pár. 139, sosteniendo que “[e]sto se encuentra evidenciado en el Preámbulo de

integral de la protección internacional garantizada a las personas solicitantes de asilo y refugiadas⁴¹⁵, al establecer que “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

210. Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado⁴¹⁶, la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades con base en los requerimientos de la definición del artículo 1 de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967⁴¹⁷ o la legislación nacional. Es decir, que el mismo se encuentra destinado también a solicitantes de asilo⁴¹⁸, cuya condición todavía no ha sido determinada, y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales⁴¹⁹. Igualmente, es oponible por aquellos que quieran hacer valer su derecho a buscar y recibir asilo⁴²⁰ y se encuentren ya sea en la frontera o crucen la misma sin ser admitidos formal o legalmente en el territorio del país⁴²¹, pues de lo contrario se tornaría este derecho ilusorio y vacío de

la propia Convención del 1951, al plantearse la importancia de la cooperación internacional para asegurar el otorgamiento del asilo por medio del propio tratado, y ha sido reiterada por el Comité Ejecutivo del ACNUR⁴²². Este último ha afirmado que “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo*, UN Doc. 82 (XLVII)-1997, publicadas el 17 de octubre de 1997, pár. b. El Comité Ejecutivo, por medio de su Conclusión número 5 de 1977, ya había hecho un llamamiento a los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 a aplicar prácticas liberales y conceder asilo permanente o al menos temporal a los refugiados que hubiesen llegado directamente a su territorio. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Asilo*, UN Doc. 5 (XXVIII)-1977, publicado en 1977, pár. a.

⁴¹⁵ Cfr. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, pár. 152.

⁴¹⁶ La Corte ha señalado que “[d]e acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo”. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, pár. 145.

⁴¹⁷ El Protocolo de 1967 amplió la aplicabilidad de la Convención de 1951 al eliminar las restricciones geográficas y temporales allí contenidas. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, pár. 144.

⁴¹⁸ La Corte reitera que “solicitante de asilo” en sentido técnico equivale en el Derecho Internacional a “solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado”. Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, nota al pie 141.

⁴¹⁹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, pár. 6, y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y Directrices de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, diciembre de 2011, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, pár. 28.

⁴²⁰ Véase Ley No. 26.165. *Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*, promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículos 2, 3 y 39 (Argentina); *Decreto Supremo No. 1440 - Reglamento de la Ley N° 251 de protección a personas refugiadas*, 19 de diciembre de 2012, artículos 4 y 30 (Bolivia); Ley No. 9.474, de 22 de julio de 1997, artículos 8, 9 y 10 (Brasil); Ley No. 20.430 - *Establece disposiciones sobre protección de refugiados*, promulgada el 8 abril de 2010, artículos 3 y 4 (Chile); Decreto No. 36831-G de 2011, *Reglamento de Personas Refugiadas*, 28 de septiembre de 2008, artículo 134 (Costa Rica); Decreto No. 1.182 - *Reglamento para la aplicación del derecho de refugio*, de 30 de mayo de 2012, artículos 5 y 9 (Ecuador); Decreto No. 208 - *Ley de Migración y Extranjería*, publicado el 3 de marzo de 2004, artículo 44 (Honduras); *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria*, de 27 de enero de 2011, artículos 6 y 21 y *Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria*, de 21 de febrero de 2012, artículo 9 (México); Decreto Ejecutivo No. 23, de 10 de febrero de 1998, artículos 28, 53 y 82 (Panamá); y Ley No. 18.076 – *Derecho al refugio y a los refugiados*, publicada el 5 de enero de 2007, artículos 10, 12 y 32, así como el artículo 45 de la Ley No. 18.250 de *Migración*, publicada el 17 de enero de 2008 (Uruguay).

⁴²¹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *No-Devolución*, UN Doc. 6 (XXVIII)-1977, publicado en 1977, reafirmando la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución, tanto en la frontera como en el territorio de un Estado, de personas que pueden ser objeto de persecución si regresan a su país de origen, independientemente de si han sido o no formalmente reconocidos como refugiados. (“c) Reafirmó la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución - tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado - de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podrían ser objeto de persecución si se les devolvía a su país de origen”). La Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, establece en su preámbulo lo siguiente: “Reiterando el respeto irrestricto al principio de la no devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera y la no devolución indirecta, así como de la no sanción por ingreso ilegal, y de la no discriminación, como principios fundamentales del derecho internacional de refugiados”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *La Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano*, publicada el 11 de noviembre de 2010, pág. 1. Ver también las legislaciones de diversos países del continente, incluyendo Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Honduras, México, Panamá y Uruguay, que adoptan expresamente la prohibición de rechazo en frontera. Cfr. Ley No. 26.165. *Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*,

contenido, es decir, sin ningún valor o efecto. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones⁴²².

211. El principio de no devolución constituye, además, una norma consuetudinaria de Derecho Internacional⁴²³ y es, por ende, vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967⁴²⁴. Sin embargo, tal como ha sido codificado, dicho principio no es absoluto en tanto permite excepciones. En efecto, el mismo artículo 33 de la Convención de 1951 especifica los supuestos que permiten a un Estado no brindar la protección de la no devolución, aún cuando la persona cumpla con la definición de refugiado⁴²⁵. Sin embargo, éstas deben ser interpretadas en forma taxativa y restrictiva⁴²⁶, así como en relación con las obligaciones derivadas de derechos inderogables, como la prohibición de la tortura (*infra* párrs. 224 a 227).

212. En el ámbito del sistema interamericano, este principio se ve reforzado por el reconocimiento del derecho de toda persona a buscar y recibir asilo, originalmente en el artículo XXVII de la Declaración Americana y luego en el artículo 22.7 de la Convención Americana. Por consiguiente, como corolario de los deberes fundamentales de respeto y garantía del artículo 1.1 de la Convención, contraídos en relación con cada uno de los derechos protegidos y en este caso respecto al derecho de cada persona a solicitar y recibir asilo, se desprende el principio de no devolución, en virtud del cual los Estados se encuentran obligados a no devolver o expulsar a una persona –solicitante de asilo o refugiada– a un Estado donde exista la posibilidad de que su vida o libertad esté amenazada como consecuencia de persecución por determinados motivos o por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público⁴²⁷, así como

promulgada el 28 de noviembre de 2006, artículo 2 (Argentina); Ley N° 251 de protección a personas refugiadas, de 20 de junio de 2012, artículo 4.II (Bolivia); Ley No. 20.430 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados, promulgada el 8 abril de 2010, artículo 3 (Chile); Decreto No. 1.182 - Reglamento para la aplicación del derecho de refugio, de 30 de mayo de 2012, artículo 9 (Ecuador); Ley de Migración y Extranjería, 3 de mayo de 2004, artículo 44 (Honduras); Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, de 27 de enero de 2011, artículo 6 y Reglamento de la ley sobre refugiados y protección complementaria, de 21 de febrero de 2012, artículo 9 (México); Decreto Ejecutivo No. 23, de 10 de febrero de 1998, artículos 53 y 82 (Panamá); y Ley No. 18.076 – Derecho al refugio y a los refugiados, publicada el 5 de enero de 2007, artículo 12 (Uruguay).

⁴²² Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 153, citando Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40. Rev. 1, 28 de febrero de 2000, párr. 25. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, párr. 8.

⁴²³ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001) - Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001, que en su párrafo 4 indica: "Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional". Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, párrs. 14 a 16.

⁴²⁴ En las Américas, 28 Estados Miembros de la OEA son Parte en la Convención de 1951, y 29 Estados de la OEA son Parte en su Protocolo de 1967. A su vez, no son parte de los instrumentos internacionales sobre refugiados los siguientes cinco Estados Miembros de la OEA: Barbados, Cuba, Granada, Guyana y Santa Lucía. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, publicada el 26 de enero de 2007, párr. 15.

⁴²⁵ En particular, el artículo 33.2 establece que "[...] no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país".

⁴²⁶ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement [Nota del ACNUR sobre el principio de no devolución]*, noviembre de 1997, sección F.

⁴²⁷ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en

a un tercer Estado desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo, situación esta última que ha dado en llamarse “devolución indirecta”⁴²⁸.

213. Ahora bien, tras reconocer que el derecho de los refugiados ha sido la rama del derecho internacional pionera en acoger el principio de no devolución, también es importante evidenciar que, además de incluir el derecho a solicitar y recibir asilo, la Convención Americana posee una disposición expresa que trata sobre la no devolución. Bajo este entendido y a fin de responder a esta consulta, la Corte analizará primeramente la interpretación del artículo 22.8 de la Convención Americana para desentrañar si la norma equivale al principio de no devolución tal como ha sido desarrollado en los párrafos precedentes y, posteriormente, abordará las otras disposiciones convencionales que se encuentran asociadas al principio de no devolución. Al interpretar dichas disposiciones, la Corte también tendrá en cuenta las otras fuentes de derecho internacional relevantes.

214. La Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” -es decir, a su país de nacionalidad o, en caso de una persona apátrida, al de residencia habitual o bien a un tercer Estado-, en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”⁴²⁹.

215. En el caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, la Corte ha tenido la oportunidad de interpretar dicha norma, de modo tal de concluir que “es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”⁴³⁰. La protección del principio de no devolución establecido en la disposición bajo análisis de la Convención Americana alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación literal de los términos del artículo.

216. Los trabajos preparatorios de la Convención Americana confirman el sentido otorgado a la referida disposición. Se advierte que la propuesta inicial de incluir el principio de no devolución a la Convención Americana fue impulsada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) a tenor de la siguiente redacción: “el derecho del refugiado a no ser, en ningún caso expulsado o devuelto a otro país donde su derecho a la vida o a la libertad personal peligran a causa de su raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por razón de su situación política”⁴³¹. El texto sugerido aludía al derecho del “refugiado” a no ser expulsado o devuelto y no del “extranjero”, como fue finalmente enmendado e incorporado a la

América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, sección III, tercera conclusión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que: “[e]n nuestro hemisferio y también fuera de él, el principio de *non-refoulement* se ha extendido gradualmente para incluir a aquellas personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia política o de guerra interna (Declaración de Cartagena de 1984, Declaración de San José de 1994)”. Comisión de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000: Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, OEA/Ser./LV/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, pár. 97(2). Había hecho un llamamiento similar en el Informe Anual de 1984-1985.

⁴²⁸ Cfr. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, pár. 153, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Hirsi and Others v. Italy [Comunicación presentada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el caso de Hirsi y otros Vs. Italia]* (traducción de la Secretaría de la Corte), marzo de 2010, pár. 4.3.4.

⁴²⁹ Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, pár. 134.

⁴³⁰ Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, pár. 135.

⁴³¹ Secretaría de la OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1978, pág. 301.

Convención⁴³². Por consiguiente, es inequívoca la voluntad de los Estados de extender el principio de no devolución a todo extranjero y no limitarlo a los refugiados.

217. En suma, en el marco de la Convención Americana el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 asume una expresión singular, a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados. De este modo, la prohibición de devolución establecida en el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. Así, la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención confirma la interpretación desarrollada conforme al sentido corriente de los términos del artículo 22.8 de la Convención, dentro del contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin.

218. Ahondando en los componentes de la prohibición de devolución codificada en el artículo 22.8 de la Convención, la Corte es de la opinión que, a partir de la interpretación del artículo 22 en su conjunto, el término “extranjero” incluido en el referido inciso 8, debe entenderse como toda persona⁴³³, que no sea nacional del Estado en cuestión o que no sea considerada como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación. Ello abarca aquellas personas que no son consideradas como nacional suyo por el Estado conforme a su legislación, ya sea por una pérdida *ex lege* de la nacionalidad o por una decisión de privación de la misma, siempre que tal pérdida automática o determinación estatal no vaya en contravención con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. A tenor de lo anterior, la Corte considera que si existe controversia respecto a la conformidad de tal decisión o pérdida con las obligaciones derivadas de la Convención Americana, y en particular con la prohibición de privación arbitraria de la nacionalidad u otras normas aplicables, debe primar la consideración de que la persona es nacional hasta tanto no se emita una decisión definitiva al respecto y, por ende, no puede ser objeto de una expulsión⁴³⁴. En esta línea, no sobra recordar que las normas contenidas en los tratados de derechos humanos, como el artículo 22.5 de la Convención, prohíben expresamente la expulsión de nacionales.

219. En relación con este punto, debe tenerse en cuenta también los términos del artículo 1.1 de la Convención. Evidentemente, que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio⁴³⁵. En consecuencia, el principio de no devolución

⁴³² Cfr. Secretaría de la OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1978, págs. 244, 245, 247, 249 y 301.

⁴³³ Esto es, todo ser humano en los términos el artículo 1.2 de la Convención Americana.

⁴³⁴ Ver en este mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Secretario General, *Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad*, UN Doc. A/HRC/25/28, 19 de diciembre de 2013, párr. 26.

⁴³⁵ De igual forma, el artículo 1 del Convenio Europeo dispone que “[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Consejo de Europa, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado el 4 de noviembre de 1950, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953, artículo 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el deber de asegurar los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, no está limitado al territorio del Estado parte, sino que se extiende a las zonas en que ejerce control efectivo fuera de su territorio nacional. Cfr. TEDH, *Loizidou Vs. Turquía (Excepciones Preliminares)*, No. 15318/89. Sentencia de 23 de marzo de 1995, párr. 62. Ver también, *Caso Medvedyev y otros Vs. Francia* [GS], No. 3394/03. Sentencia de 29 de marzo de 2010, párrs. 62 a 67. Aún cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 2.1 que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”, se ha interpretado que éste es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio. Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión consultiva de 9 de julio de 2004, párrs. 108 a 111. Ver también, Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10, manifestando que “[e]sto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte”.

es exigible por cualquier persona extranjera sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo⁴³⁶, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado.

220. Ahora bien, en el contexto del principio de no devolución, la Corte considera necesario realizar algunas precisiones adicionales. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que “[las] obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado”⁴³⁷. En cuanto a la interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales para no permitir que sus peticiones sean evaluadas en potenciales Estados de acogida, la Corte entiende que esta práctica resulta contraria al principio de no devolución, pues no permite evaluar los factores de riesgo concretos de cada persona⁴³⁸.

221. Respecto al riesgo a los derechos a la vida o libertad de la persona extranjera, es pertinente precisar que éste debe ser real, es decir, ser una consecuencia previsible. En este sentido, el Estado debe realizar un examen individualizado a fin de verificar y evaluar las circunstancias aducidas por la persona que revelen que pueda sufrir un menoscabo en su vida o libertad en el país al cual se pretende devolverla, es decir, a su país de origen o que siendo retornada a un tercer país, esa persona corra el peligro de ser enviada luego al lugar donde sufre tal riesgo. Si su narrativa resulta creíble, convincente o coherente en orden a que puede haber una probable situación de riesgo para ella, debe regir el principio de no devolución.

222. En cuanto al riesgo de violación a los derechos de la niña o del niño, la Corte considera que éstos deben ser entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales⁴³⁹, y en el marco del cual el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia y holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social⁴⁴⁰. Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que las niñas y los niños

⁴³⁶ En este mismo sentido, lo decidió la Comisión Interamericana: “[I]a Comisión, sin embargo, no cree que la noción de ‘jurisdicción’ contenida en el artículo 1(1) esté limitada o sea meramente extensiva al territorio nacional. Más bien, considera que un Estado parte de la Convención Americana puede ser responsable por los actos y omisiones de sus agentes llevados a cabo, o que tienen efecto, fuera de su territorio [...]” y que “[I]a interpretación de la jurisdicción –y por lo tanto del alcance de la responsabilidad por el cumplimiento con obligaciones internacionales— como una noción ligada a la autoridad y el control efectivo y no meramente a los límites territoriales, ha sido confirmada y elaborada en otras decisiones de la Comisión y la Corte Europea”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de admisibilidad No. 38/99, *Víctor Saldaña Vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999, párrs. 17 y 19.

⁴³⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 12. Ver también TEDH, *Caso Amuur Vs. Francia*, No. 19776/92. Sentencia de 25 de junio de 1996, párr. 52.

⁴³⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de fondo No. 51/96, Caso 10.675, *Interdicción de Haitianos Vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, párrs. 156, 157 y 163, y TEDH, *Caso Hirsi Jamaa y otros Vs. Italia* [GS], No. 27765/09. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párrs. 133 y 134.

⁴³⁹ A este respecto el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al goce de los derechos civiles y políticos. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, *supra*, párr. 6. Ver también, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, pág. 86, punto decisivo octavo; el artículo 26 de la Convención Americana, y el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁴⁰ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, *supra*, párr. 12.

se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida⁴⁴¹. En esta línea, el Comité listó una serie de circunstancias a evaluar, que incluyen⁴⁴²: a) la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país; b) la existencia de mecanismos para la atención individual del niño; c) las opiniones del niño manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden; d) el nivel de integración del niño en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; e) el derecho del niño a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (art. 8); f) la “conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño” y se preste atención “a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20); g) si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al niño, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso.

223. Habiendo sentado la interpretación que otorga esta Corte al artículo 22.8 de la Convención, resulta necesario abordar las otras disposiciones traídas a consulta, en particular aquellas que se refieren a la prohibición de la tortura. En efecto, los tratados internacionales generales, como la Convención Americana, contienen disposiciones que recogen el mandato normativo que prohíbe los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

224. La Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal en su artículo 5, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición absoluta e imperativa de derecho internacional consuetudinario de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁴³. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*⁴⁴⁴. De esta forma, se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica”⁴⁴⁵.

225. Desde sus primeras sentencias⁴⁴⁶, la Corte se ha pronunciado acerca de la intrínseca conexión existente entre las obligaciones generales de respeto y garantía señaladas en el artículo 1.1 de la Convención y los derechos específicos protegidos por este instrumento que impone, respecto de cada uno de los derechos y libertades reconocidos, deberes concretos que deben ser determinados caso por caso y según el derecho o libertad de que se trate⁴⁴⁷. Una de las obligaciones internacionales asociadas con la prohibición de la tortura es el principio

⁴⁴¹ Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay, *supra*, párr. 172.

⁴⁴² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 84 y 85.

⁴⁴³ Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, *supra*, párr. 126.

⁴⁴⁴ Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95, y Caso Bayarri Vs. Argentina, *supra*, párr. 81.

⁴⁴⁵ Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, *supra*, párr. 102, y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 272.

⁴⁴⁶ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, *supra*, párr. 162; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 171, y Caso Neira Alegria y Otros Vs. Perú, *supra*, párr. 85.

⁴⁴⁷ Cfr. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 73, y Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. *Excepción Preliminar*, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 98.

de no devolución o *non-refoulement*⁴⁴⁸. Dicho principio busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*⁴⁴⁹.

226. Es así que a partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁵⁰.

227. A su vez, los Estados han acordado, tanto a nivel universal⁴⁵¹ como interamericano, tratados internacionales específicos sobre la temática, que desarrollan las obligaciones que surgen de las normas sobre prohibición de la tortura⁴⁵², al precisar determinadas medidas que los Estados deben implementar a nivel interno, toda vez que se consideran eficaces para atender el objetivo y fin último de dichos convenios cual es la prevención y sanción de la tortura y asegurar su no repetición.

⁴⁴⁸ Cfr. TEDH, Caso *Soering Vs. Reino Unido*, No. 14038/88. Sentencia de 7 de julio de 1989, párr. 88.

⁴⁴⁹ Cfr. Informe presentado por el Relator Especial sobre la tortura, Sr. Theo van Boven, *Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones Relacionadas con la Tortura y la Detención*, UN Doc. E/CN.4/2002/137, 26 de febrero de 2002, párr. 14.

⁴⁵⁰ De igual forma, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado el 16 de diciembre 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Los siguientes 31 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha interpretado dicha norma en el sentido de incluir un deber de los Estados Partes de “no [...] exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución”. Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 20, Reemplaza a la Observación General N° 7. Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (Artículo 7)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 10 de marzo de 1992, párr. 9. Dicho deber surge de las obligaciones generales del artículo 2 del Pacto que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual entraña “la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 [derecho a la vida] y 7 [prohibición de tortura y otros tratos, crueles, inhumanos o degradantes] del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente”. Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 12. Asimismo, en varias decisiones concernientes a casos individuales, el Comité ha afirmado que no es posible extraditar, deportar, expulsar o remover de ninguna manera a una persona del territorio de un Estado si existen motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos, y sin antes tomar en consideración los alegatos de la persona sobre el riesgo existente. Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos, *Joseph Kindler c. Canadá* (Comunicación No. 470/1991), UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, dictamen adoptado el 11 de noviembre de 1993, párr. 6.2; *Charles Chitat Ng c. Canadá* (Comunicación No. 469/991), UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, dictamen adoptado el 7 de enero de 1994, párr. 6.2; *Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca* (Comunicación No. 1222/2003), UN Doc. CCPR/C/82/D/1222/2003, dictamen adoptado el 9 de diciembre 2004, párr. 11.3, y *Jama Warsame c. Canadá*, (Comunicación No. 1959/2010), UN Doc. CCPR/C/102/D/1959/2010, dictamen adoptado el 1 de septiembre 2011, párr. 8.3.

⁴⁵¹ Véase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que en su artículo 3 dispone:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987. Los siguientes 25 Estados Miembros de la OEA son parte de este tratado: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela.

⁴⁵² Véase, por ejemplo, el preámbulo de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, adoptada el 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

ción⁴⁵³. El sistema interamericano cuenta con un tratado específico, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que obliga a los Estados Parte a adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción. Una de las medidas identificadas es justamente el principio de no devolución, recogido en el cuarto párrafo de su artículo 13, relacionado con las personas requeridas por casos de tortura, de la siguiente forma: “[n]o se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”. Por otra parte, el principio, tal como se encuentra regulado, está asociado también a la protección del derecho a la vida y de determinadas garantías judiciales, de modo tal que no se limita únicamente a la protección contra la tortura.

228. Ahora bien, el análisis del principio de no devolución, tal como ha sido conceptualizado en virtud de la interpretación de los artículos 22.7, 22.8 y 5 de la Convención Americana, así como del artículo XXVII de la Declaración Americana y del artículo 13, cuarto párrafo, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, requiere del análisis de la conexión que éstos guardan con el resto de las disposiciones. En particular, fueron traídos a consulta los artículos 1 (Obligaciones de respeto y garantía y principio de no discriminación), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4.1 (Derecho a la vida), 7 (Libertad personal), 8 (Garantías judiciales), 19 (Derechos del niño) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana y los artículos I (Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona) y XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) de la Declaración Americana. Lo contrario conduciría a una interpretación fragmentada de las normas que desatienda la lógica de la función interpretativa conforme a la regla general contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

229. En esta línea, esta Corte ya ha resaltado la vinculación directa e inmediata que existe entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana⁴⁵⁴. Así, la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte. A efectos de evaluar una posible vulneración de la Convención o de la Declaración habrá de tenerse en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos. Así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵⁵, el Comité de Derechos Humanos⁴⁵⁶ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Cfr. Comité contra la Tortura, *Observación General N° 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, UN Doc. CAT/C/GC/2, publicada el 24 de enero de 2008, párrs. 1 y 2.

⁴⁵⁴ Cfr. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

⁴⁵⁵ Véase, en el sistema europeo, TEDH, *Caso D. Vs. Reino Unido*, No. 30240/96. Sentencia de 2 de mayo de 1997, párr. 53 (“En vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta la etapa crítica ahora alcanzada en la enfermedad fatal de la demandante, la ejecución del decisión de enviarlo a St. Kitts equivaldría a un trato inhumano por el Estado demandado en violación del artículo 3 (art. 3). [...] A pesar de que no se puede decir que las condiciones a las que debería hacer frente en el país receptor son en sí mismas una infracción de las normas del artículo 3 (art. 3), su expulsión le expondría a un riesgo real de morir bajo las circunstancias más angustiosas y, por tanto, constituiría un trato inhumano” [traducción de la Secretaría de la Corte]).

⁴⁵⁶ Véase Comité de Derechos Humanos, *C. c. Australia* (Comunicación No. 900/1999), UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, dictamen adoptado el 13 de noviembre de 2002, párr. 8.5 (“[...] En circunstancias en que el Estado Parte ha reconocido la obligación de proteger al autor, el Comité considera que la expulsión del autor a un país donde es poco probable que recibiría el tratamiento necesario para una enfermedad debida, en su totalidad o en parte, a causa de violación de los derechos del autor por el Estado Parte constituiría una violación del artículo 7 del Pacto” [traducción de la Secretaría de la Corte]).

⁴⁵⁷ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Andrea Mortlock Vs. Estados Unidos*, Informe de admisibilidad

230. Esta Corte también ha tenido la oportunidad de expedirse, en el marco de su función contenciosa, respecto a las garantías mínimas de debido proceso que deben asegurarse a los extranjeros en procedimientos administrativos relacionados con una situación migratoria irregular⁴⁵⁸, en procedimientos de expulsión o deportación, ya sea para personas que han ingresado o permanecido sin cumplir con los requisitos de la ley inmigratoria así como aquellos que se encuentren legalmente en el país⁴⁵⁹; y en procedimientos para determinar la condición o estatuto de refugiado⁴⁶⁰. La Corte considera que la flagrante violación de las garantías mínimas de debido proceso puede acarrear la violación del principio de no devolución⁴⁶¹.

231. Es más, en lo que se refiere a niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en los artículos 6⁴⁶² y 37⁴⁶³ de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”⁴⁶⁴, “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”⁴⁶⁵. La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redonda en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”⁴⁶⁶.

232. Por consiguiente, considerando la norma general en orden a que cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado

y fondo No. 63/08, 25 de julio de 2008, párr. 94 (“En esas circunstancias, la Comisión concluye que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”).

⁴⁵⁸ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*.

⁴⁵⁹ Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*.

⁴⁶⁰ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*.

⁴⁶¹ Véase, en el sistema europeo, TEDH, Caso Chahal Vs. Reino Unido [GS], No. 22414/93. Sentencia de 15 de noviembre de 1996, párr. 79; TEDH, Caso Al-Moayad Vs. Alemania, No. 35865/03. Decisión de 20 de febrero de 2007, párrs. 100-102; TEDH, Saadi Vs. Italia [GS], No. 37201/06. Sentencia de 28 de febrero de 2008, párr. 127; TEDH, Caso Z y T Vs. Reino Unido, No. 27034/05. Decisión de 28 de febrero de 2006, pág. 6; TEDH, Caso Bader y Kanbor Vs. Suecia, No. 13284/04. Decisión de 26 de octubre de 2004, párr. 48; TEDH, Caso Ahmed Vs. Austria, No. 25964/94. Decisión de 2 de marzo de 1995, y TEDH, Caso Páez Vs. Suecia, No. 29482/95. Decisión de 18 de abril de 1996.

⁴⁶² Artículo 6:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

⁴⁶³ Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

⁴⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 26 y 27.

⁴⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párrs. 26 y 27.

⁴⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 84.

deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución⁴⁶⁷, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo⁴⁶⁸, en el caso de niñas y niños se impone también determinar su interés superior en los términos previamente expuestos.

233. De este modo, la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.

234. De todo lo anteriormente expuesto se colige que la competencia de las autoridades internas para decidir sobre las personas que pueden permanecer en su territorio y, por ende, la potestad de devolver a una persona a su país de origen o a un tercer país está condicionada por las obligaciones derivadas del derecho internacional y, en particular, del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos, de la prohibición de la tortura y del artículo 22.8 de la Convención Americana. En efecto, el principio de no devolución es consustancial a estas diferentes ramas del derecho internacional en que se ha desarrollado y codificado el mismo. No obstante, en cada una de estos contextos, el contenido del principio de no devolución reconoce un ámbito de aplicación personal y material particular y obligaciones correlativas específicas, las que deben entenderse como de naturaleza complementaria, en los términos del artículo 29 de la Convención Americana y el principio *pro persona*. Ello implica, en definitiva, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aplicando aquella norma que otorgue mayor protección al ser humano.

235. Aunado a ello, es importante para la Corte resaltar que para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos y, en este caso en particular del principio de no devolución, no basta con que los Estados se abstengan de incurrir en una violación de dicho principio, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas.

236. En situaciones en las cuales la persona se encuentra frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto. Sin embargo, pueden existir situaciones en las cuales exista motivos fundados para considerar que una persona extranjera representa una amenaza a la seguridad nacional o al orden público, pero que no puede ser devuelta al país de origen y no existe un tercer país seguro donde devolverla⁴⁶⁹. La Corte reconoce que en los casos de no reconocimiento de la

⁴⁶⁷ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 136.

⁴⁶⁸ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 136.

⁴⁶⁹ La Comisión ha señalado que “[e]n el caso de personas que han sido sometidas a ciertas formas de persecución, como, por ejemplo, la tortura, el retorno a sus países de origen las colocaría en una situación de riesgo que no es permisible en virtud del derecho internacional. Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura como norma de derecho imperativo -- codificada en la Declaración Americana de manera general y en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en el contexto de la expulsión-- se aplica más ampliamente que los términos de la Convención de 1951. El hecho de que se sospeche o considere que

condición de refugiado ni de un estatus migratorio regular y ante la imposibilidad de la devolución, es necesario precisar si la persona en dicha situación solamente tiene el derecho a no ser devuelta o si, además, es titular de otros derechos que obligarían a la actuación estatal.

237. La Corte considera que debe existir algún tipo de protección estandarizada para las personas que no han sido reconocidas como migrantes regulares o no califican como refugiados pero que su devolución sería, sin embargo, contraria a las obligaciones generales sobre no devolución bajo el derecho internacional. En el caso *M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el hecho de que se deje a una persona solicitante de asilo en una situación precaria, sin acceso a determinadas condiciones mínimas de vida, puede llegar a constituir una violación a la prohibición de trato inhumano o degradante⁴⁷⁰.

238. La Corte ha constatado que en algunos países de la región⁴⁷¹ existe la figura que contempla un tipo de protección similar a la otorgada a solicitantes de asilo y refugiados, que impediría colocar a una persona en una situación en la cual su vida, libertad, seguridad o integridad peligren. Dicha figura, conocida como protección complementaria, se podría definir como la protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas. La Corte considera que la protección complementaria es una manera en la cual el Estado reconoce la situación de la persona, identifica su riesgo y tiene conocimiento de sus necesidades⁴⁷².

239. Adicionalmente, la Corte observa que los refugiados y aquellos que reciben protección complementaria tienen en común el haber huido de sus países para evitar la violación o la continuación de la violación de sus derechos humanos, por lo que la protección que obtengan debe ser similar. Según el ACNUR, los privilegios y derechos derivados de la protección internacional se deberían basar en las necesidades de la persona solicitante y no en la clase de protección internacional otorgada⁴⁷³.

240. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, la Corte considera que la protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los Estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugia-

una persona está relacionada con el terrorismo no modifica la obligación del Estado de abstenerse de devolverla en los casos en los cuales existen elementos substanciales que indiquen la existencia de un verdadero riesgo de trato inhumano. La devolución es también altamente problemática en términos prácticos en el caso de personas apátridas o personas con respecto a las cuales no es posible obtener documentos de viaje. La información con que cuenta la Comisión no indica claramente cuáles son las otras opciones efectivas de que disponen estas personas o si existen salvaguardas adecuadas para garantizar que la expulsión no ponga en riesgo su vida o su integridad física." Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1, 28 de febrero de 2000, párr. 154.

⁴⁷⁰ Cfr. TEDH, Caso *M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia* [GS], No. 30696/09. Sentencia de 21 de enero de 2011, párrs. 249 a 264.

⁴⁷¹ Véase Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, de 27 de enero de 2011, artículo 2.IV (Méjico); Ley No. 761 – Ley General de Migración y Extranjería, de 7 de julio de 2011, artículo 220 (Nicaragua), y Ley General de Migración y Extranjería N° 8764, de 1º de septiembre de 2009, artículos 6.6 y 94.12 (Costa Rica).

⁴⁷² En algunos países el reconocimiento formal por parte del Estado de la calidad migratoria de personas que no califican como refugiados y no pueden ser devueltas se ha dado a través del otorgamiento de visas humanitarias. Las mismas, en diferentes variaciones, son utilizadas en: Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Venezuela.

⁴⁷³ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *UNHCR's Observations on the European Commission's Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection* (Brussels, 12 September 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS)) [Observaciones del ACNUR a la propuesta de la Comisión Europea para la creación de una Directiva de Estándares Mínimos para la Calificación y Estatus de Nacionales de Estados de Tercer Consejo y Personas Apátridas como Refugiados o Personas que Necesitan Protección Internacional (Bruselas, 12 de septiembre de 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS))] (traducción de la Secretaría de la Corte), 1 de noviembre de 2001.

dos o en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas. La protección complementaria debe contar con el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas. Los Estado podrían limitar el ejercicio de ciertos derechos al otorgar esta protección, siempre que se basen en motivos objetivos y razonables, y no viole el principio de no discriminación.

241. En este marco, resulta relevante hacer referencia al artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reconoce el derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño determinó que “[s]i no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, los menores separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección[, incluyendo] la obligación [estatal] de atender las necesidades específicas de protección del menor no acompañado y separado de su familia”⁴⁷⁴. Ello implica necesariamente que deberá asegurarse, “en la máxima medida posible, [el disfrute] de todos los derechos humanos que se reconocen a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en dicho territorio”⁴⁷⁵.

242. En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y considerando el régimen establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

XIV PROCEDIMIENTOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE LAS NIÑAS Y NIÑOS A BUSCAR Y RECIBIR ASILO

243. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre las características que deberían incorporar los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de una niña o niño migrante, a la luz del artículo 22.7⁴⁷⁶ de la Convención Americana y del artículo XXVII⁴⁷⁷ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

244. A fin de otorgarle efecto útil al derecho a buscar y recibir asilo previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración Americana (*supra* párrs. 73 a 81 y 98 a 99) y garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminación, la Corte ha resaltado la necesi-

⁴⁷⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 77.

⁴⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, pár. 77.

⁴⁷⁶ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...] 7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

⁴⁷⁷ Artículo XXVII. Derecho de asilo

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

dad primordial de que los Estados diseñen y hagan operativos procedimientos justos y eficientes destinados a determinar si la persona solicitante reúne los criterios para ejercer dicho derecho y solicitar el estatuto de refugiado, tomando en cuenta que las definiciones contienen elementos subjetivos y objetivos (*supra* párrs. 75, 76 y 80) que sólo pueden conocerse por medio de procedimientos individualizados y que, a su vez, permitan un correcto examen de la solicitud de asilo y prevengan devoluciones contrarias al derecho internacional⁴⁷⁸.

245. Los tratados aplicables del derecho internacional de refugiados, y en particular la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, no contienen referencias explícitas sobre los procedimientos a seguir para la determinación de la condición de refugiado y las garantías procesales, por lo que correspondería a los propios Estados determinar dichos procedimientos y las autoridades competentes para hacer efectivo ese derecho. Sin embargo, el Tribunal ha resaltado que todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. En razón de “la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a este tipo de procedimientos”⁴⁷⁹. Por ello, esta Corte ha considerado que, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles que aseguren a la persona solicitante, incluyendo las niñas y los niños, su derecho a ser oído con las debidas garantías de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana⁴⁸⁰, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias⁴⁸¹.

246. Ahora bien, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, la Corte entiende que la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional, debe incorporar también los componentes y las garantías específicas desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todas las niñas y niños. De este modo, los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado de la niña o del niño⁴⁸².

⁴⁷⁸ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párrs. 147 y 159. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha señalado “la importancia de establecer, de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos justos y eficientes, a los que tengan acceso todos los solicitantes de asilo, con el fin de asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo para la Protección Internacional de Refugiados*, publicadas el 8 de octubre de 1993, UN Doc. 71 (XLIV)-1993, párr. (i). Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Consultas globales sobre protección internacional: Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (12-13 de diciembre 2001) - Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001, publicada el 16 de diciembre de 2002, párrafo operativo 6. Asimismo, Asamblea General de la ONU, *Resolución 52/132 Derechos humanos y éxodos en masa*, UN Doc. A/RES/52/132, adoptada y publicada el 27 de febrero de 1998; *Resolución 49/169 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, UN Doc. A/RES/49/169, adoptada y publicada el 24 de febrero de 1995, y *Resolución 45/140 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, UN Doc. A/RES/45/140, adoptada y publicada el 14 de diciembre de 1990. El Comité contra la Tortura ha indicado la importancia de “la regulación de procedimientos de tramitación y decisión de las solicitudes de asilo y refugio, que contemplen la oportunidad del requirente de ser formalmente oido y de hacer valer lo que convenga al derecho que invoca, incluido su prueba, con resguardo de las características del debido proceso de derecho”. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Venezuela*, UN Doc. A/54/44, 5 de mayo de 1999, párr. 148.

⁴⁷⁹ Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 157.

⁴⁸⁰ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 154.

⁴⁸¹ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 157.

⁴⁸² Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 5.

Así, cuando son solicitantes, las niñas y los niños deben gozar, además de las garantías generales en los términos de los artículos 8 y 25 la Convención Americana, de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar su acceso a dicho procedimiento y que decisiones justas sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado⁴⁸³, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para las niñas y los niños, y un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo⁴⁸⁴.

247. Para cerciorarse que los procedimientos para atender solicitudes de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado sean adecuados, los Estados deben aplicar a cabalidad los principios rectores (*supra* párr. 69). En especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño, como consideración primordial en todas las acciones que los afecten, y a su participación, que involucra el derecho de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial que los afecte. Sobre la relación significativa entre estos dos principios, la Corte ya ha resaltado que la misma “facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”⁴⁸⁵, incluyendo los procedimientos de asilo o para la determinación de la condición de refugiado. Además, es relevante referirse al contenido del artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁸⁶, el cual reconoce el derecho a que los Estados aseguren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos.

248. Específicamente, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha hecho hincapié en que la adaptación de dichos procedimientos a las necesidades específicas de la infancia incluya “los requisitos de prueba pertinentes, prioridad en la tramitación de las solicitudes de asilo de niños no acompañados o separados de su familia, representación letrada cualificada y gratuita o representación de otra índole para los niños no acompañados o separados de su familias, y [...] la posibilidad de aplicar la Convención de 1951 teniendo en cuenta la edad y el género y reconociendo, a esos efectos, las manifestaciones y formas de persecución específicamente dirigidas contra los niños”⁴⁸⁷.

249. De este modo, es posible considerar que los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena, conforman el *corpus iuris* internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano. Bajo el marco desarrollado, la Corte procederá a continuación a exponer los componentes esenciales que

⁴⁸³ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitud de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 65.

⁴⁸⁴ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 224.

⁴⁸⁵ Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 220.

⁴⁸⁶ El cual dispone:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

⁴⁸⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, párr. g.viii).

se derivan de la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y, en su caso, determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener este tipo de protección internacional teniendo en cuenta las formas particulares que puede adquirir la persecución de niñas y niños (*supra* párr. 80), así como aquellos específicos que se requieren para asegurar un procedimiento accesible y adecuado para las niñas y niños.

250. En este sentido, cuando se identifica a una niña o un niño migrante como un potencial solicitante de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado, ésta o éste debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse⁴⁸⁸, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país⁴⁸⁹.

251. Del mismo modo, la Corte ha previamente señalado que integra la referida obligación el otorgamiento al solicitante de asilo de las facilidades necesarias⁴⁹⁰, incluyendo los servicios de un intérprete competente⁴⁹¹, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal⁴⁹², tanto para someter su solicitud ante las autoridades⁴⁹³ como durante el trámite de la misma. En el caso de niñas y niños, la representación legal debe ser gratuita y contar con capacitación especializada⁴⁹⁴. Al igual que en los procedimientos migratorios (*supra* párrs. 132 a 136), en caso que se trate de una niña o niño no acompañado o separado, deviene una obligación ineludible el nombramiento de un tutor que vele por el bienestar e interés superior de la niña o del niño⁴⁹⁵.

252. Una vez que la niña o el niño es referido a la autoridad competente, la cual debe estar claramente identificada en el marco del procedimiento establecido, corresponde que la misma realice el examen de la solicitud con objetividad⁴⁹⁶. A este efecto, constituye un requisito ineludible la realización de una entrevista personal a fin de que el solicitante exponga su caso⁴⁹⁷, de modo tal que se garantice su derecho a ser oído. El derecho de las niñas y los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante en el contexto de los procedimientos de asilo o para la determinación de la condición de refugiado⁴⁹⁸, cuyos alcances pueden

⁴⁸⁸ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Determinación de la condición de refugiado*, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada el 12 de octubre de 1977, párr. e(ii).

⁴⁸⁹ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 159.a). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Determinación de la condición de refugiado*, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada el 12 de octubre de 1977, párr. e(iv).

⁴⁹⁰ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 159.a). Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

⁴⁹¹ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 159.a). Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

⁴⁹² Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 159.a). Ver también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procedimientos de asilo justos y eficientes: Una visión no exhaustiva de las normas internacionales aplicables*, 2 de septiembre de 2005, pág. 3.

⁴⁹³ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 159.a). Ver Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*, párrs. 94 y 96, y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitud de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 69.

⁴⁹⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitud de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 69.

⁴⁹⁵ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 159.b).

⁴⁹⁶ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 159.b).

⁴⁹⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño no establece límite alguno inferior de edad en el derecho del niño para expresar libremente sus opiniones, ya que es evidente que los niños pueden y tienen opiniones desde una edad muy temprana. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, *supra*, párr. 21.

depender de si la niña o el niño es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado, no acompañado o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado⁴⁹⁹. En los supuestos en que las niñas o los niños no pudieran dar una entrevista, corresponde atender a los métodos de comunicación no verbales que resulten más idóneos en cada caso concreto para dar cumplimiento al principio de participación.

253. Asimismo, la Corte considera que se cumple con lo dispuesto en los citados artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, cuando se sigue la práctica de otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia⁵⁰⁰, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección.

254. La entrevista debe ser realizada en un lugar adecuado a las necesidades y seguridad de las niñas y niños, lo cual significa un espacio que no resulte amenazante, y por un profesional que cuente con una capacitación especializada. Al inicio de la entrevista la autoridad debe informar a la niña o niño lo que sucederá, procurando en todo momento evitar la incomodidad y resaltando que se trata de una entrevista confidencial. Al respecto, la Corte ya ha determinado⁵⁰¹ que, con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud, así como el principio de confidencialidad⁵⁰².

255. La Corte estima que la entrevista no sólo constituye una forma de recabar información sobre la situación actual de la niña o niño solicitante y de obtener y comprobar todos los elementos de prueba accesibles, sino también permite identificar necesidades inmediatas de asistencia como ropa, comida e higiene, entre otras.

256. La Corte recuerda que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades (*supra* párr. 143). Por tal motivo, debe existir la menor demora posible en el reconocimiento de la condición de refugiado a las niñas y niños. La Corte considera que el Estado es responsable de brindar protección y cuidado a la niña o niño solicitante de manera especial durante el tiempo que dure la toma de decisión. Esto significa asegurar vivienda y comida, así como acceso a la salud, atención psicosocial y educación⁵⁰³.

257. La decisión que adopte la autoridad competente respecto a la solicitud, en cuanto a reconocer o no la condición de refugiado al solicitante en base a las determinaciones de hecho y de derecho, debe estar debida y expresamente fundamentada⁵⁰⁴, a fin de posibilitar en su caso el

⁴⁹⁹ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, pár. 223.

⁵⁰⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños en situación de riesgo*, UN Doc. No. 107 (LVIII)-2007, publicada el 5 de octubre de 2007, pár. g.viii).

⁵⁰¹ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, pár. 159.d).

⁵⁰² Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional*, UN. Doc. EC/GC/01/12, publicado el 31 de mayo de 2001, párr. 50(m). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Guidelines on international protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees [Directrices sobre protección internacional No. 5: La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados]* (traducción de la Secretaría de la Corte), UN Doc. HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, párr. 33.

⁵⁰³ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Guidelines on Policies and Procedures dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, febrero de 1997.

⁵⁰⁴ Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párrs. 159.c) y 171. Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y Directrices de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, diciembre de 2011, párrs. 29, 203 y 204.

ejercicio del derecho al recurso. Asimismo, dicha decisión debe ser comunicada a la niña o niño en un lenguaje y modo adecuado a la edad y en presencia de su tutor, representante legal y/o de otra persona de apoyo⁵⁰⁵. En caso de reconocerse la condición de refugiado, la autoridad competente debe otorgar un documento que lo certifique.

258. Por otra parte, la Corte ya ha indicado que si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir la decisión y concedérsele un plazo razonable para ello, a fin de que se reconsideré formalmente la decisión adoptada⁵⁰⁶. En el caso de niñas y niños se deberá procurar, en tal eventualidad, evitar o reducir cualquier posibilidad de estrés o daño psicológico⁵⁰⁷.

259. De igual forma, la Corte ha señalado que el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación⁵⁰⁸.

260. A tal fin, la Corte señala que la emisión de un documento que demuestre el estatus migratorio del solicitante constituye una salvaguarda contra la expulsión arbitraria o la devolución. Este documento debe ser emitido durante la tramitación del procedimiento de asilo o de determinación de la condición de refugiado y debe permitir el acceso a servicios sin que estigmatice al solicitante⁵⁰⁹.

261. En suma, para garantizar de forma efectiva el derecho comprendido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica. La Corte considera que dicha obligación conlleva⁵¹⁰: no obstaculizar el ingreso al país; si se identifican riesgos y necesidades dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso; tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; emitir un documento de identidad para evitar la devolución; estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba; asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no

⁵⁰⁵ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 77.

⁵⁰⁶ Cfr. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 159.e). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Determinación de la condición de refugiado*, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada el 12 de octubre de 1977, párr. e(vi), y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Mejorando los procedimientos de asilo: Análisis comparativo y recomendaciones para el Derecho y Práctica - Principales conclusiones y recomendaciones: Un proyecto de investigación de ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva de Procedimientos de Asilo en Determinados Estados Miembros*, marzo de 2010, pág. 89.

⁵⁰⁷ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párr. 77.

⁵⁰⁸ Cfr. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, supra, párr. 159.f). Ver también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional*, UN. Doc. EC/GC/01/12, publicado el 31 de mayo de 2001, párr. 43..

⁵⁰⁹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Conclusión sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo*, UN Doc. 93 (LIII)-2002, publicada el 8 de octubre de 2002, párr. b(i) al (ix).

⁵¹⁰ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas el 22 de diciembre de 2009, párrs. 65 a 77.

acompañados o separados; en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior, y finalmente, buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño⁵¹¹.

262. Ahora bien, es cierto que en la determinación de la condición de refugiado los Estados generalmente evalúan los casos de forma individual. Sin embargo, en situaciones de afluencia masiva de personas⁵¹², en que la determinación individual de la condición de refugiado por lo general no resulta viable, pero existe una apremiante necesidad de brindar protección y asistencia, particularmente cuando se trata de niñas o niños, los Estados deben garantizar el acceso “a la protección, la no devolución y un trato humanitario mínimo”⁵¹³, pudiendo recurrir al reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie*. Bajo este precepto, es necesario reconocer la figura de la responsabilidad compartida que implica, por un lado, que el Estado de acogida tiene la obligación de admitir a las personas que buscan asilo dentro del territorio sin discriminación y respetar los principios de no devolución y no rechazo en frontera, así como otorgar la protección internacional que corresponda, y por el otro, el Estado de origen debe propender a resolver y eliminar las causas del desplazamiento para poder garantizar una solución duradera y, en particular, la repatriación voluntaria.

XV DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN O DEPORTACIÓN DE SUS PROGENITORES POR MOTIVOS MIGRATORIOS

263. La Corte Interamericana ha sido consultada sobre el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de las niñas y niños a no ser separados de sus padres en los casos en los que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los artículos 8⁵¹⁴,

⁵¹¹ Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, mayo de 2008.

⁵¹² El ACNUR ha indicado que no es posible definir en términos absolutos aquello que constituye una “afluencia masiva o a gran escala”, sino que ha de ser definido en función de los recursos de que disponga el país receptor. En esta línea ha sostenido que “[h]a de entenderse esta expresión como refiriéndose a un elevado número de llegadas a un país, durante un período breve de tiempo, de personas provenientes del mismo país de origen, que han sido desplazadas bajo circunstancias que indiquen que los miembros del grupo merecerían protección internacional, y para los cuales, dado lo elevado de su número, es materialmente imposible llevar a cabo una determinación de estatuto de refugiado a nivel individual”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva*, 15 de septiembre de 2000, parte 3(a), citado en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual y Directrices de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, diciembre de 2011, párr. 44. Asimismo, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha observado que la afluencia masiva es un fenómeno que no se ha definido, pero que tal situación estará caracterizada por, entre otros, los siguientes aspectos: (i) un número considerable de personas que llegan a través de una frontera internacional; (ii) un ritmo rápido de llegada; (iii) una insuficiente capacidad de absorción o de respuesta en los países de acogida, en particular durante la emergencia; (iv) los procedimientos de asilo individuales, cuando se encuentren disponibles, son incapaces de hacer frente a la evaluación de un número tan grande. Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre cooperación internacional y distribución de la carga y las responsabilidades en las situaciones de desplazamientos en gran escala*, UN Doc. A/AC.96/1003, No. 100 (XLV), publicada el 12 de octubre de 2004.

⁵¹³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección*, UN Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001, párr. 6.

⁵¹⁴ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

17⁵¹⁵, 19⁵¹⁶ y 25⁵¹⁷ de la Convención Americana y los artículos VI⁵¹⁸ y XXV⁵¹⁹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

264. El artículo 17 de la Convención Americana, así como el artículo VI de la Declaración Americana, articulan el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁵²⁰, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia⁵²¹.

265. La Corte también ha precisado que el artículo 11.2 de la Convención Americana⁵²², el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia -también denominada “vida familiar” en lo sucesivo- forma parte, implícitamente,

- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁵¹⁵ Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁵¹⁶ Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁵¹⁷ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial,
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁵¹⁸ Artículo VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

⁵¹⁹ Artículo XXV. Derecho de protección contra la detención arbitraria

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

⁵²⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 66, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 226.

⁵²¹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 72, y Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, *supra*, párr. 47.

⁵²² Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

[...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. [...]

del derecho a la protección de la familia⁵²³. En esta línea, el Tribunal considera que para dar respuesta a la consulta planteada es necesario analizar conjuntamente los artículos 17.1 y 11.2 de la Convención, así como el artículo VI de la Declaración, pues corresponde a la Corte interpretar el alcance del referido derecho en el marco de un supuesto específico, que es en los casos de un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, lo cual puede configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores. En particular, corresponde determinar los parámetros bajo los cuáles tal interferencia no resulte arbitraria ni abusiva y, por ende, la restricción a la vida familiar sea legítima.

266. Ahora bien, lo anterior requiere realizar una serie de precisiones conceptuales previo a contestar la consulta planteada. Primeramente, la Corte advierte que en el título de la consulta se emplea el término expulsión, mientras en la pregunta específica se recurre al de deportación. Si bien los conceptos de expulsión y deportación son generalmente utilizados indistintamente, también es cierto que adquieren su particular significado en el marco de las legislaciones nacionales o en las diferentes ramas de derecho internacional.

267. En el ámbito de sus respectivas competencias, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Comisión de Derecho Internacional han proporcionado definiciones sobre estos términos. Para el ACNUR, de conformidad con el artículo 32 de la Convención de 1951, la expulsión es el desalojo de una persona refugiada que reside legalmente en el territorio de un Estado por las autoridades públicas⁵²⁴. Según la Comisión de Derecho Internacional, la noción de expulsión se refiere al ejercicio del derecho o la facultad de un Estado de solicitar a un extranjero, a través de una decisión u orden emitida por el órgano judicial o administrativo competente de conformidad con el derecho interno del Estado, que abandone su territorio cuando su presencia continua es contraria a los intereses del Estado territorial⁵²⁵. A su vez, el concepto de deportación se relaciona específicamente con la ejecución de la referida decisión u orden que consiste en enviar obligatoriamente a la persona a su país de origen o de procedencia, impidiéndole su regreso por un término determinado⁵²⁶.

268. El Comité de Derechos Humanos, por su parte, ha adoptado un criterio funcional en la aplicación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵²⁷ relativo a la expulsión de extranjeros, según se explica a continuación: “[el referido] artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma”⁵²⁸.

269. A los efectos prácticos de esta opinión, se adopta una definición funcional como la del Comité de Derechos Humanos, sin que ello implique pronunciamiento respecto de la validez o fundamento

⁵²³ Cfr. Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra*, pár. 170.

⁵²⁴ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados, Junio 2006, Rev. 1.

⁵²⁵ Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *Expulsión de extranjeros: Memorando de la Secretaría*, UN Doc. A/CN.4/565, publicado el 10 de julio de 2006, pár. 67.

⁵²⁶ Cfr. Comisión de Derecho Internacional, *Expulsión de extranjeros: Memorando de la Secretaría*, UN Doc. A/CN.4/565, publicado el 10 de julio de 2006, párrs. 91 y 92.

⁵²⁷ El cual dispone:

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

⁵²⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, publicada el 11 de abril de 1986, pár. 9.

de las definiciones proporcionadas por ACNUR y la Comisión de Derecho Internacional en el ámbito de sus respectivas competencias. Por consiguiente, en el marco de la presente consulta, la Corte entiende la expulsión como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir en una deportación.

270. Vinculado con lo anterior, es preciso recordar que pueden existir distintos supuestos que pueden activar una expulsión. El artículo 32 de la Convención de 1951 determina que la expulsión de un refugiado únicamente puede justificarse por razones de seguridad nacional o de orden público. A su vez, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se prohíbe la expulsión de nacionales y se protege al extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado, quien únicamente podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley⁵²⁹. Dichas previsiones, también son operativas en casos que pueden desembocar en una expulsión o deportación al resolver la controversia en torno a la licitud de su entrada o permanencia⁵³⁰.

271. La Corte entiende que la pregunta se centra en este último supuesto, esto es, en aquellos casos en que la expulsión del progenitor, que no es nacional del Estado receptor, se funda únicamente en su situación migratoria irregular, excluyendo a aquellos que hubieran cometido delito en el país de origen o en el receptor.

272. Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado⁵³¹. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia⁵³². Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros

⁵²⁹ Véase el artículo 22.6 de la Convención Americana, y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵³⁰ Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 161. Ver también, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, *supra*, párr. 9.

⁵³¹ Cfr. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, *supra*, párr. 119.

⁵³² Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 4 de febrero de 1994, párr. 13 ("La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquier que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención"); Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, *supra*, párrs. 15 y 19 ("El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños"); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19: La familia (artículo 23)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008, párr. 2 ("El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto"); Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16: Derecho a la intimidad (artículo 17)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 8 de abril de 1998, párr. 5 ("En cuanto al término "familia", los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate"), y TEDH, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, No. 21830/93. Sentencia de 22 de abril de 1997, párr. 36 ("Al decidir si una relación puede considerarse como 'vida familiar', una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios" [traducción de la Secretaría de la Corte]). Ver también, TEDH, Caso Marckx Vs. Bélgica, No. 6833/74. Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31; Caso Keegan Vs. Irlanda, No. 16969/90. Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y Caso Kroon y otros Vs. Países Bajos, No. 18535/91. Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño⁵³³. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término “progenitores” de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”⁵³⁴, de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable “a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha”⁵³⁵.

273. Habiendo sentado y delimitado el objeto de la presente pregunta, es pertinente recordar que los Estados receptores tienen derecho a elaborar y ejecutar sus propias políticas migratorias, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros⁵³⁶. A su vez, cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁵³⁷. Al respecto, la Corte ha establecido que “[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”⁵³⁸. Específicamente, ha entendido que la niña o “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”⁵³⁹. Por ende, las separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales⁵⁴⁰. En esta línea, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, como parte del régimen de protección integral, la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar⁵⁴¹, incluyendo a modo ejemplificativo dos situaciones particulares en que la separación es necesaria en el interés superior de la niña o del niño, a saber: en los casos en que la niña o el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia de la niña o del niño⁵⁴².

⁵³³ Cfr. Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, *supra*, párr. 177.

⁵³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), *supra*, párr. 59.

⁵³⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), *supra*, párr. 60.

⁵³⁶ Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, *supra*, párr. 97.

⁵³⁷ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 65.

⁵³⁸ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 73.

⁵³⁹ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 77.

⁵⁴⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra*, párr. 77, y Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, *supra*, párr. 116.

⁵⁴¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), *supra*, párr. 60.

⁵⁴² Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

274. Bajo las consideraciones precedentes, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la niña o del niño *per se* no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores. Lo cierto es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores⁵⁴³.

275. Por consiguiente, es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. No obstante, las exigencias del bienestar general no debe en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley⁵⁴⁴ y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática⁵⁴⁵.

276. En cuanto al requisito de idoneidad, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención Americana⁵⁴⁶. No obstante, debido a la naturaleza de los derechos que pueden resultar afectados, no puede atender cualquier finalidad sino que debe satisfacer un interés público imperativo.

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. [...]

⁵⁴³ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

[...]

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

⁵⁴⁴ El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz del artículo 30 de dicho tratado, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material. *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 176, y *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 27 y 32.

⁵⁴⁵ La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser *necesaria para una sociedad democrática*. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención. *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, supra,* párr. 185.

⁵⁴⁶ El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, "los derechos y libertades de las demás personas", o "las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática", ambas en el artículo 32). *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, supra,* párr. 180. Ver también, *La Colegialización Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

277. La medida debe ser necesaria en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar. Para ello, evidentemente, los Estados deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria⁵⁴⁷.

278. Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo⁵⁴⁸. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial⁵⁴⁹. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño⁵⁵⁰.

279. A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad⁵⁵¹, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quiénes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

280. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad –originaria⁵⁵², por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna– del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido

⁵⁴⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, párr. 84.

⁵⁴⁸ Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, *supra*, párr. 186.

⁵⁴⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, *supra*.

⁵⁵⁰ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra*, párr. 72.

⁵⁵¹ La Corte recuerda que “el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos”, y “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *supra*, párr. 134, y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, *supra*, párr. 156.

⁵⁵² En la mayoría de los países de la región rige el *ius soli*, que determina que la persona adquiere la nacionalidad del territorio del Estado en que nació. A su vez, el artículo 20.2 de la Convención Americana establece el derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nace una persona, si ésta “no tiene derecho a otra”. Sobre esto, la Corte resalta que es necesario, como garantía del derecho a la identidad y del ejercicio de otros derechos, que los Estados aseguren el debido registro de los nacimientos que se verifican en su territorio. Véase el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Cfr. Comité Jurídico Interamericano, *Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”*, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 18.3.3 a 18.3.6, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.

281. En definitiva, la Corte es de la opinión que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual⁵⁵³, de acuerdo a los parámetros desarrollados en los párrafos precedentes, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño⁵⁵⁴.

282. En esta línea, la Corte estima esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez⁵⁵⁵ y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores⁵⁵⁶. En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión del progenitor podría generar sobre la misma o el mismo. A su vez, otorgarle a la niña o al niño el derecho a ser oído es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior.

XVI OPINIÓN

283. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos I, VI, VII, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,

⁵⁵³ El artículo 22.9 de la Convención Americana establece que: “[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte ha considerado que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero y, por ende, recae en arbitrariedad. Asimismo, un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe, además de ser individual, observar determinadas garantías mínimas de debido proceso. *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra*, párrs. 171 y 175.

⁵⁵⁴ *Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), supra*, párr. 58.

⁵⁵⁵ Véase el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 59, y Comité de los Derechos del Niño, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Informe del Día de Debate General de 2012: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional]*, 28 de septiembre de 2012, párr. 84.

⁵⁵⁶ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra*, párr. 227.

LA CORTE,

DECIDE

por unanimidad, que:

1. Es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad, que:

1. Acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas citadas precedentemente, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y / u otros instrumentos internacionales.

2. Teniendo presente, a estos efectos, que es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los párrafos 34 a 41 y 51 a 71.

3. Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluar y determinar la misma; determinar si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado, así como su nacionalidad o, en su caso, su condición de apátrida; obtener información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y adoptar, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, medidas de protección especial, en los términos de los párrafos 72 a 107.

4. Con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos, en los términos de los párrafos 108 a 115.

5. Las garantías de debido proceso que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que

se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oido y a participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso, en los términos de los párrafos 116 a 143.

6. Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 144 a 160.

7. Los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios, que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad, y las decisiones que ordenen dichas medidas deben adoptarse por una autoridad administrativa o judicial competente en un procedimiento que respete determinadas garantías mínimas, en los términos de los párrafos 161 a 170.

8. Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad, en los términos de los párrafos 171 a 184.

9. En situaciones de restricción de libertad personal que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente se corresponda a una privación de libertad, los Estados deben respetar las garantías que se tornan operativas ante dichas situaciones, en los términos de los párrafos 185 a 206.

10. Los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y / o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, en los términos de los párrafos 207 a 242.

11. De acuerdo a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño

al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad, en los términos de los párrafos 207 a 242.

12. La obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de un análisis adecuado e individualizado de las peticiones con las correspondientes garantías, debe incorporar los componentes específicos desarrollados a la luz de la protección integral debida a todos las niñas y niños, aplicando a cabalidad los principios rectores y, en especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño y su participación, en los términos de los párrafos 243 a 262.

13. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 263 a 282.

14. En atención a que las obligaciones determinadas precedentemente se refieren a un tema tan propio, complejo y cambiante de la época actual, ellas deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proceso en el que, consecuentemente, esta Opinión Consultiva se inserta.

Redactada en español y portugués, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 19 de agosto de 2014.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Roberto F. Caldas

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Eduardo Vio Grossi

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

*Manual
Guía Metodológica y de Recopilación de Estándares Internacionales en
Materia de los Derechos Humanos de Personas Refugiadas y Migrantes*

se imprimió en los talleres de
Trescientosesenta Estratégia Gráfica, S.A. de C.V.
con domicilio en Unión no. 25 (Bodega), Colonia Tlatilco,
Delegación Azcapotzalco, Ciudad de México, C.P. 02860,
en diciembre de 2017.

La edición consta de 2,500 ejemplares.