

Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes

Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino.

Por Lucas Ramón Mendoza⁽¹⁾ y Rosario Muñoz⁽²⁾

“La migración, aún la irregular (mejor dicho, especialmente la irregular) es una decisión extrema que se dirige, precisamente, a intentar ejercer de manera efectiva el derecho a la vida en condiciones dignas”

Pablo Ceriani Cernadas⁽³⁾

(1) Introducción

En los albores de la segunda década del siglo XXI puede afirmarse con seguridad que los Estados miembros de la comunidad internacional han perdido la potestad absoluta y totalmente discrecional de expulsar a los extranjeros que se encuentren en su territorio.

La facultad soberana que tiene cada Estado para diseñar sus políticas migratorias y el consecuente derecho a regular la entrada, permanencia y salida de personas de su territorio es una norma consuetudinaria de derecho internacional raramente cuestionada, aunque no absoluta. En este sentido, la normativa internacional contemporánea en materia de derechos humanos ha tenido una importante influencia en las normas migratorias, en lo que respecta al desarrollo de requisitos sustantivos y procesales específicos al momento de aplicar las políticas migratorias. A través de la firma y ratificación de tratados, los Estados han ido asumiendo compromisos de respeto y garantía de determinados derechos básicos respecto de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, quedando pues vinculados a nivel internacional por el principio de *pacta sunt servanda*.

Pero inclusive los Estados que se han mantenido al margen de la ratificación de tales instrumentos encuentran hoy limitaciones a su completa discreción en materia migratoria, al menos en el campo teórico, por virtud de normas consuetudinarias de derecho internacional y principios generales de derecho. En otras palabras, el derecho internacional confiere en la actualidad al extranjero un mínimo de garantías que los estados deben reconocer⁴. Adquiere forma, de esta manera, un “Derecho Internacional de las Migraciones”, que refuerza la subjetividad internacional del individuo, ahora migrante, y trata de superar la influencia que tuvo la preeminencia en el siglo XIX de un positivismo jurídico de neto corte voluntarista en el que no se reconocían más derechos al individuo que aquellos que el Estado decidía concederle⁵.

En el presente trabajo nos concentraremos específicamente en el análisis de los derechos al debido proceso y a la protección judicial que debe gozar toda persona migrante, los cuales se yerguen como derechos autónomos pero al mismo tiempo constituyen derechos fundamentales

¹ Abogado cum laude por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, actualmente se desempeña en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación. Participante del XIV Concurso Interamericano de Derechos Humanos, American University, Washington DC, 2009.

² Abogada cum laude por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, actualmente se desempeña en el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Participante del XIV Concurso Interamericano de Derechos Humanos, American University, Washington DC, 2009.

³ Ceriani Cernadas, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos” en *Sur - Revista internacional de Derechos Humanos*, Año 6, Nro. 10, Junio de 2009, pág. 196.

⁴ Cf. Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, A/CN.4/554, 4 de abril de 2005, párrs. 14 y 15.

⁵ Cf. Pérez González, C., “La expulsión de los extranjeros en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Número 20, Año 2010, pág. 4.

que habilitan a toda persona a peticionar a las autoridades ante la vulneración de cualquier otro derecho.

A lo largo de todo el estudio, procuraremos analizar los pronunciamientos más relevantes en la materia emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “Tribunal Europeo” o “el Tribunal”) y los distintos órganos de supervisión de tratados del Sistema Universal. Asimismo, haremos referencia a algunos pronunciamientos propios de la órbita del incipiente Sistema Africano.

Es cierto que, para el caso de la República Argentina, tanto el europeo como el africano resultan sistemas “foráneos” cuyos antecedentes no forman parte de la construcción progresiva de estándares aplicables a nivel interno, al menos directamente. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), ha puesto de manifiesto que “la jurisprudencia de otros órganos internacionales de supervisión puede ofrecer información constructiva para la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a todos los sistemas de derechos humanos, regionales e internacionales”⁶. Por lo tanto, es sumamente apropiado (y es una práctica establecida para la CIDH), “considerar autoridades que se originan en la Corte Europea, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas u otros mecanismos internacionales, en la medida que las decisiones sean pertinentes con las obligaciones que tiene el Estado con las supuestas víctimas”⁷.

En consecuencia, interpretar dinámicamente los derechos humanos consagrados en los instrumentos aplicables en nuestro país⁸ requerirá, en la medida adecuada, analizar su alcance también a la luz a los avances de otros sistemas de protección de derechos humanos, de modo tal de incorporar de manera integral la evolución jurídica existente al día de hoy.

Excede notoriamente las posibilidades de este trabajo el poder analizar el fenómeno de las migraciones desde un punto de vista político o sociológico. Por ello, en primera instancia nos limitaremos a reseñar brevemente cómo la Comunidad Internacional, a través de la celebración de tratados de Derechos Humanos a nivel universal y/o regional, ha ido regulando y dando cuenta, en mayor o menor medida, de la existencia de una realidad que atraviesa y afecta la vida de millones de personas en todo el mundo: verse obligado a dejar su patria debido a condiciones políticas, económicas y sociales adversas para asentarse en el extranjero y procurarse un futuro mejor.

Seguidamente, abordaremos la cuestión de la regularidad migratoria como “categoría sospechosa”, con especial detenimiento en los estándares interamericanos.

Por último haremos referencia al marco normativo argentino como punto de partida para el análisis pormenorizado de las garantías procesales específicas y genéricas que deben ser respetadas en todo proceso de expulsión de migrantes consagradas a nivel internacional y cómo han sido incorporadas en el ordenamiento interno.

(2) Los derechos de los migrantes en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Sin lugar a dudas, en los albores de la segunda mitad del siglo XX y en la génesis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el grupo de los “migrantes” no se encontraba como tal entre los destinatarios de mayor atención por parte de la Comunidad Internacional. Consecuentemente, el reconocimiento progresivo de sus derechos comenzará a gestarse tímidamente algo más de una década más tarde.

⁶ Cf. CIDH, *Informe 98/03, Caso 11.204, Statehood Solidarity Committee v. Estados Unidos*, OEA/Ser./L/V/II.114 Doc. 70 rev. 1 en 725 (2003), párrs. 91 a 93.

⁷ CIDH, *Informe 81/10, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros vs. Estados Unidos*, 12 de julio de 2010, párr. 46.

⁸ Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo han desarrollado la teoría de la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos, denominándolos “instrumentos vivos”. Ver, *inter alia*, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yaky Axa. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124 y 125; TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, Sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A No. A26, párr. 31.

Puede decirse que ello se debió a la conjunción de un conglomerado de causas, entre las que podemos destacar las siguientes: por un lado, el hecho de que en aquel momento la discreción absoluta de los Estados al momento de diseñar políticas migratorias no había sido aún fuertemente cuestionada y, por el otro, el hecho de que el fenómeno de las migraciones a nivel mundial no había alcanzado la magnitud a la que llegó con el auge de la globalización y la integración del mundo multipolar de hoy en día⁹.

Es recién a partir de la década del setenta que va a poder hablarse de la existencia de una incipiente y paulatina concientización a nivel internacional sobre la temática, momento a partir del cual distintos tratados de derechos humanos comenzarán a ser interpretados de forma tal de reconocer ciertos derechos y garantías específicas aplicables a personas migrantes. Sin embargo, faltaría mucho aún para que viera la luz una convención específica sobre la materia.

En 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una cauta resolución en la que reconocía que “la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales debe garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que vive”¹⁰.

En este punto es dable que nos detengamos a hacer el siguiente ejercicio lógico. Es sabido que todos los instrumentos de derechos humanos, al hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía en cabeza de los Estados, establecen que éstas son debidas “a todas las personas bajo su jurisdicción”. Una lectura inocente y desapercibida —pero a la vez fruto de la más impecable lógica— nos llevaría a concluir que, en tanto y en cuanto una persona migrante (ya sea que esté en situación migratoria regular o irregular) es una persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado dado, tal Estado estaría necesariamente obligado a respetar y garantizar sus derechos.

Sin embargo, esto que se presenta como un ejercicio de lógica básico, es un razonamiento al que gran parte de la Comunidad Internacional se ha resistido —y aún se resiste— a arribar¹¹.

(3) La cláusula restrictiva de la “legal estancia”

De manera congruente con el paradigma del Estado como soberano absoluto de sus políticas migratorias, los primeros instrumentos de Derechos Humanos que consagran garantías para la expulsión de extranjeros lo hacen de manera acotada, por cuanto sus disposiciones contienen cláusulas que restringen su aplicación a quienes se encuentran en situación migratoria regular¹². En otras palabras, reconocen derechos y garantías procesales al momento de ser expulsados sólo a quienes tienen la “autorización expresa” del Estado para entrar y permanecer en su territorio.

El claro efecto práctico de estas cláusulas es la inobservancia de las obligaciones estatales de respeto y garantía de los derechos humanos de quienes se encuentran en situación migratoria irregular y, consecuentemente, la denegación lisa y llana de toda garantía procesal en casos de expulsión.

⁹ Cf. Cançado Trindade, A. A., “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal”, en Cancado Trindade, A. A., Ruiz de Santiago, J., *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el siglo XXI*, 3º ed., ACNUR, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2004, pág. 34.

¹⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolución 40/144: Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, 13 de diciembre de 1985, párr. 7 del preámbulo.

¹¹ En efecto, la CIDH debió anoticiar a los Estados Unidos de América sobre esta verdad de Perogrullo. El argumento estadounidense presentado como respuesta a numerosas peticiones al respecto (rechazado por completo por la Comisión) estribaba sobre el hecho de que los migrantes indocumentados, si bien pueden *de facto* estar bajo la jurisdicción del Estado, carecen de autorización para ello, lo que los torna “excluyentes” de las obligaciones en cabeza del Estado impuestas por la Declaración Americana o de otro instrumento. Ver: CIDH, *Informe 51/01, Caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos de América*, 4 de abril de 2001, párrs. 178, 179 y 183.

¹² Esta cláusula restrictiva se encuentra presente en los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 22; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 12; Protocolo No. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Artículo 1.

Así lo corrobora de manera expresa el Comité de Derechos Humanos¹³ y así lo refleja nítidamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la cual rigurosamente excluye del ámbito del Protocolo 7¹⁴ a los migrantes indocumentados¹⁵. Incluso el Informe Explicativo de dicho Protocolo especifica, además, que las garantías procesales en caso de expulsión *tampoco* se aplicarán a casos de personas que se encuentren en puertos o puntos de entrada sin haber sido aún admitidos, a personas que estén en tránsito ni a las que hubieran sido admitidas legalmente pero su permiso de permanencia haya vencido¹⁶. En efecto, no es excepcional que en muchos casos sobre migrantes indocumentados que tramitaron ante organismos internacionales, algunos Estados hayan argumentado sin hesitaciones que tales personas “no tienen derecho procesal alguno”¹⁷.

Con una simple lectura a *contrario sensu*, estas cláusulas se traducen en una desprotección lisa y llana —afincada en el mismo instrumento de protección, valga la paradoja— que genera un agravamiento de la vulnerabilidad en que ya de por sí se encuentran las personas migrantes, pudiendo éstas ser expulsadas sin más.

Tomemos como ejemplo de referencia el artículo 22(6) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. Así redactado, el artículo concede la protección contra una expulsión dictada “al margen de la ley” únicamente a las personas que puedan acreditar legal estancia en el territorio de un Estado. Y quienes no puedan acreditar dicha “legalidad” ¿pueden ser expulsados en cumplimiento de decisiones adoptadas “al margen de la ley”? En tales casos ¿quedan, habilitadas las *vías de hecho*? ¿Puede un Estado deshacerse de esas personas a su libre arbitrio?

No es difícil advertir, por lo tanto, que dichas cláusulas restrictivas incorporadas a los instrumentos de Derechos Humanos pueden legitimar un accionar Estatal discriminatorio respecto de los migrantes en situación irregular¹⁸ —ya sea que se lo entienda en punto a su nacionalidad, como por su estatus migratorio.

Preocupantemente, tal como lo reflejan los debates en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas sobre la expulsión de migrantes, la legitimidad de la práctica de reconocer protección solo a quienes se encuentren legalmente en el territorio de un Estado parece estar ampliamente arraigada en la práctica de los Estados¹⁹, lo que torna aún más férrea la oposición a cualquier forma de desarrollo progresivo que procure extender las mismas garantías a los migrantes en situación irregular en el marco del *Proyecto de artículos sobre la protección de derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión*²⁰. En este contexto, se presenta como un logro el hecho de que se haya logrado cierto consenso para incluir un tibio párrafo que establece que los Estados “pueden aplicar” las garantías incorporadas a quienes no ostenten una

¹³ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 22 de julio 1986, párr. 9

¹⁴ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no consagraba el derecho de circulación y residencia. Este derecho fue incorporado al ámbito de protección a través del Protocolo Nro. 7, firmado el 22 de noviembre de 1984, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1984.

¹⁵ Ver, *inter alia*: TEDH, *Shchukin y otros vs. Chipre*, Sentencia del 29 de julio de 2010, párr. 151; *Ahmed vs. Rumania*, Sentencia del 13 de julio de 2010, párr. 45; *Sultani vs. Francia*, Sentencia del 20 de septiembre de 2007, párr. 87; *Kaya vs. Rumania*, Sentencia del 12 de octubre de 2006; *Lupsa vs. Rumania*, Sentencia del 8 de junio de 2006, párr. 52.

¹⁶ Cf. Consejo de Europa, *Informe explicativo - Protocolo 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (ETS N° 117), párr. 9.

¹⁷ Ver posición de los Estados Unidos de América en: CIDH, *Informe 51/01*, *supra* nota 11, párr. 176

¹⁸ Ceriani Cernadas, Pablo, *Políticas migratorias y garantías procesales ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Una crítica a la no aplicación del artículo 6 CEDH en los procesos de admisión, residencia y expulsión de extranjeros*, Trabajo realizado en el marco del Doctorado en Derechos Fundamentales, Universidad de Valencia, Valencia 2007, inédito, pág. 17.

¹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 62º período de sesiones, 3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2010, A/65/10, párrs. 162 y ss.

²⁰ Este proyecto de artículos se encuentra aún en temprana etapa de elaboración. Para un pormenorizado análisis del progreso del trabajo en cuestión recomendamos visitar la *Guía Analítica sobre Expulsión de Extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional* disponible en línea http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_12.htm [última consulta 28/2/2011]

estancia regular pero que “hayan residido durante cierto tiempo” en el Estado que pretender expulsarlos²¹.

(4) El estatus migratorio como categoría sospechosa para la restricción de derechos

El primer instrumento internacional que vino a romper con esta lógica restrictiva de amparar sólo a los que tuvieran sus documentos en regla es la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias*, la cual incorpora las garantías procesales propias del debido proceso para casos de expulsión en el apartado que regula los derechos de los trabajadores migrantes que se encuentren tanto en situación regular como irregular. No ha de causar gran sorpresa el hecho de que la Convención haya atravesado trece años de trabajoso camino hacia su entrada en vigor y que la abrumadora mayoría de los países receptores de flujos migratorios brillen por su ausencia entre los Estados que la han ratificado²².

El Sistema Interamericano, por su parte, demoraría algunos años más en determinar un estándar mínimo a seguir por los Estados americanos en relación a sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos de los migrantes indocumentados bajo su jurisdicción²³. En 1996, se dispuso la creación de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el ámbito de la Comisión Interamericana teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que éstos se encuentran y la necesidad de otorgar una protección especial a sus derechos²⁴.

Lo cierto es que en el año 2003, la Corte Interamericana le dio el golpe de gracia a la cláusula restrictiva de la “*legal estancia*” contenida en el artículo 22(6), legándole al hemisferio occidental —y al mundo entero— su Opinión Consultiva número 18 sobre la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*²⁵. Su carácter nítidamente progresivo, la eximia forma en que ha traducido el principio *pro homine* a la realidad cotidiana del migrante y la simpleza de sus proposiciones —evitando las marañas gramaticales y las frases complejamente elaboradas a las que viciosamente se suele recurrir en cuestiones jurídicas controvertidas— hicieron que este documento se haya convertido en el documento por antonomasia y de referencia en materia de derechos humanos de migrantes indocumentados.

Asimismo, la Corte consagró allí claramente al *estatus migratorio* como una categoría sospechosa, añadiendo una más a la lista de categorías incluidas en la cláusula abierta del artículo 1.1, pasando a integrar el elenco de criterios objetados al que desde hace unos se han ido sumado la discapacidad²⁶, la orientación sexual e identidad de género²⁷, la adulterz mayor²⁸, etc.

Esta mención expresa deja sentado que, si bien los Estados pueden establecer ciertas diferenciaciones respecto de los migrantes —como en el caso de los derechos políticos²⁹—, éstos no pueden discriminar a las personas bajo su jurisdicción por su condición migratoria. Se zanjó así

²¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, supra nota 19, definición A1, nota 1.262.

²² Las únicas dos excepciones destacables son las ratificaciones de México (8 de marzo de 1999) y Argentina (23 de febrero de 2007).

²³ Olmos Giupponi, M. B., *Los derechos de los extranjeros en situación irregular: reflexiones a luz de la práctica de los sistemas de protección de protección de derechos humanos en el ámbito europeo y americano*, EUI Working paper, MWP 2009/03, pág. 20

²⁴ Asamblea General de la OEA, *Aprobación del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, AG/RES. 1404 XXVI-O/96, 7 de junio de 1996, párr. 20 ; *Los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, AG/RES. 1480 XXVII-O/97, 5 de junio de 1997, resol. 4.

²⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

²⁶ *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, Adoptada en Ciudad de Guatemala, Guatemala el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

²⁷ Cf. Asamblea General de la OEA, *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad De Género*, AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009.

²⁸ Cf. OEA, *Comunicado de Prensa C-409/10, OEA convoca a debatir creación de Convención Interamericana para los Derechos de las Personas Mayores*, 28 de octubre de 2010.

²⁹ Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. supra nota 25, párr. 119

de una vez y para siempre la cuestión sobre la ilegitimidad de la restricción de los derechos humanos de las personas extranjeras que no se hallan de manera legal en el territorio de un Estado.

En palabras del juez García Ramírez, “se desautoriza el criterio que sugiere restricciones y reducciones en los derechos de las personas, cuando éstas trascienden las fronteras de su país y se trasladan al extranjero, como si ese tránsito erosionara el estatuto humano y restara dignidad y, por lo tanto, derechos y libertades a los migrantes”³⁰.

Las implicancias de esta Opinión Consultiva son enormes, por cuanto su texto y su espíritu avanzaron abiertamente sobre prerrogativas estatales celosamente defendidas y porque toman un camino marcadamente distinto al que ha seguido el Tribunal Europeo al otro lado del Atlántico. Se trata de una de las contadas circunstancias en las que órganos internacionales de protección de derechos humanos adoptan visiones encontradas sobre una cuestión, teniendo bases jurídicas similares³¹.

Ya hemos hecho referencia a casos contenciosos en los que el Tribunal Europeo excluyó de las garantías consagradas en el séptimo protocolo del Convenio Europeo a los migrantes indocumentados³². Analicemos ahora los párrafos más relevantes de la Opinión de la Corte Interamericana que colisionan abiertamente con esa postura restrictiva.

Al llegar al párrafo número 121, la Corte afirma: “*El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio*” [énfasis propio]. La claridad de esta proposición es incuestionable. Como sugerimos anteriormente, una aseveración como ésta no es más que el resultado de la aplicación de la lógica más básica. Sin embargo el contexto y la situación histórico-geográfica en que tiene lugar la dotan de un contenido especial: es una categórica afirmación que, lamentablemente, fue necesario verla escrita y plasmada en claros términos para que finalmente pudiera afirmarse con seguridad que no cabría, en lo venidero, duda al respecto.

E incluso, tan sólo un párrafo más abajo (párrafo 122), la Corte se permite insistir –con palabras prácticamente idénticas– diciendo: “*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*” [énfasis propio].

Así pues, por si acaso afirmarlo una sola vez no hubiera resultado suficiente, la Corte tuvo la deferencia de reiterar sus palabras y despejar toda duda de cuál es el estándar mínimo de aplicabilidad y efectividad que los Estados americanos deben garantizar.

En ocasiones suele decirse que las opiniones consultivas, al carecer del efecto vinculante que tienen las sentencias, son tan sólo guías o meras recomendaciones a seguir de buena fe por los Estados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la doctrina del “control difuso de convencionalidad” desarrollada por la Corte a lo largo de su jurisprudencia³³, incorpora expresamente el contenido de las opiniones consultivas al “bloque de convencionalidad” que todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles de los Estados americanos deben aplicar *ex officio* al momento de emitir sus sentencias³⁴. Por

³⁰ Ídem anterior, voto del juez García Ramírez, pár. 23

³¹ Si bien la formulación no es idéntica, las garantías consagradas en el artículo 22(6) de la Convención Americana son equiparables a las reconocidas en el Artículo 1 del Protocolo Nro. 7 del Convenio Europeo.

³² Ver *supra*, nota 15

³³ Ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, pár. 124; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, pár. 173; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, pár. 78; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174, pár. 128.

³⁴ Cf. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, pár. 219; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, pár. 202; *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, Voto del juez Ferrer Mac-Gregor, párrs. 49 y 50.

consiguiente, las interpretaciones dadas por la Corte a las disposiciones de la Convención “adquiere[n] la misma eficacia que poseen éstas”³⁵.

En lo que hace a su competencia contenciosa, la Corte tuvo su primera oportunidad de pronunciarse al respecto en el reciente caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Allí la Corte, hizo referencia al principio del efecto útil, a las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad y a la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos (“instrumentos vivos”) en relación con los derechos humanos de los migrantes, poniendo de resalto que “la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo”³⁶.

La Corte advierte que ello “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 así como garantizar “un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante”³⁷. Incluso, la misma sentencia resalta la importancia del debido proceso como derecho que debe ser garantizado “a todo extranjero, aún cuando fuere un migrante en situación irregular” de manera tal de asegurar que estos tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables³⁸.

(5) ¿Derogación implícita del texto de la Convención?

Todo lo expuesto hasta aquí nos lleva a concluir que la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana ha tornado “inaplicable” –o bien tácitamente derogada– la cláusula restrictiva de la legal estancia contenida en el artículo 22(6) de la Convención.

A los fines de ilustrar esto más claramente, proponemos el siguiente esquema escalonado de razonamiento:

1. El artículo 22(6) consagra el derecho de todo extranjero “que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte” a ser expulsado únicamente en cumplimiento de una decisión adoptada “conforme a la ley”.
2. Así expresado, esto implica que el proceso de expulsión de un migrante en situación regular debe adecuarse a todos los requisitos sustantivos (existencia de una ley compatible con la Convención) y procedimentales (observancia del debido proceso) exigidos por la ley.
3. Dado que ahora ha quedado claro que el debido proceso es un derecho que los Estados deben garantizar a toda persona independientemente de su estatus migratorio, todo migrante en situación irregular³⁹ podrá ser expulsado únicamente como consecuencia de un procedimiento en el que se haya dado cabal cumplimiento a las garantías procesales (*requisito procedural*).
4. No existe ya diferencia válida entre las garantías legales a ofrecer a un migrante en situación regular o a uno en situación irregular.

Así, el concepto de “instrumentos vivos” adquiere una peculiar manifestación al tirar por tierra los efectos restrictivos de la letra misma del instrumento.

(6) El caso argentino: breve reseña y nuevo punto de partida

³⁵ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, Voto del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 52

³⁶ Corte IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 99

³⁷ *Ídem anterior*, párr. 100

³⁸ *Ídem anterior*, párr. 143

³⁹ Valga decir, “una persona que no se encuentra legalmente en el territorio de un Estado”

Nos permitimos en este momento hacer un alto en el análisis de la evolución jurídica a nivel internacional para hacer referencia a la situación particular argentina.

La República Argentina ha sido históricamente un país receptor de flujos migratorios y ha sido, mayoritariamente, la inmigración europea la que ha ido conformando el grueso de la población del naciente Estado hacia fines del siglo XIX. Desde entonces fueron sancionadas numerosas leyes que estuvieron orientadas a lograr la plena inclusión de esa gran afluencia de migrantes⁴⁰.

Sin embargo, no debe perderse de vista que las primigenias políticas migratorias argentinas fueron forjadas en una época en que la Argentina “miraba hacia Europa” como “modelo de civilización”. Esta visión permeó incluso a la normativa vigente en aquel entonces e incluso hasta al texto mismo de la Constitución Nacional⁴¹, orientando la apertura migratoria a atraer flujos migratorios “europeos”.

Los avatares político-económicos por los que comenzó a atravesar el país a partir de 1930 y el cambio en los países de proveniencia —arribando ahora los mayores flujos desde los países limítrofes—, hizo que paulatinamente operara un cambio considerable en la normativa migratoria. Es así que, a comienzos de la década del 80, fue sancionada la ley 22.439, coloquialmente conocida como “Ley Videla”⁴² que derogó la histórica Ley Avellaneda⁴³.

So color de alentar el crecimiento de la población mediante el desarrollo de una política migratoria activa, el mal llamado “Proceso de Reorganización Nacional” reeditó la cosmovisión pro-europea asociada al proceso colonizador de alta selectividad, lo cual a todas luces resultó incompatible con la realidad migratoria argentina de entonces. A estas políticas migratorias subyacía la “doctrina de la seguridad nacional, abordando el fenómeno migratorio desde una óptica casi exclusivamente policial”⁴⁴.

Puede afirmarse, sin hesitaciones, que el régimen impuesto por esa ley consideraba a la persona migrante como un peligro para la seguridad nacional y el orden público. En efecto, negaba expresamente a todo migrante en situación irregular el acceso a derechos fundamentales garantizados a nivel constitucional, como lo son el derecho a la salud⁴⁵ y el derecho a la educación⁴⁶. En esta misma línea, la ley obligaba a todo funcionario, empleado público o personal de instituciones privadas a denunciar los datos filiatorios y el domicilio de toda persona que se hallare en situación irregular⁴⁷. Esa exigencia agravaba aún más la situación de vulnerabilidad en que ya de por sí se encontraban los migrantes en situación irregular, por cuanto el solo temor a ser denunciados —y a la postre retenidos y deportados— los mantenía lejos de acudir a los tribunales, acceder a la educación o procurarse asistencia sanitaria.

⁴⁰ A modo de ejemplo: la implementación de la enseñanza primaria obligatoria en 1884; la ley de matrimonio civil de 1889; la “Ley Saenz Peña” del sufragio obligatorio y secreto que permitió el acceso a un mecanismo de participación democrática que incluía a los inmigrantes, entre otras.

⁴¹ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 25: *El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.*

⁴² Ley 22.439 (B.O. 27/3/1981) Derogada por artículo 124 de la ley 25.871. Jorge R. Videla era quien ocupaba *de facto* la presidencia de la Nación, de allí el apelativo.

⁴³ Ley 817. Ley de Inmigración y Colonización (R.N.1874/77, p. 491). Nicolás Avellaneda ocupaba la primera magistratura en el momento de la sanción de la ley, de allí el apelativo.

⁴⁴ Novick, Susana, “Evolución reciente de la política migratoria argentina”. Ponencia presentada a la XXV International Population Conference, Tours, France, 18 al 23 de julio 2005, pág. 7 (disponible en línea en: <http://www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmigra/archivos/iusspp.pdf>) [último acceso: 5 de marzo de 2011]

⁴⁵ Cf. Ley 22.439, Art. 103. – *Las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas, cualquiera sea la forma y estructura que tengan, deberán exigir a los extranjeros que soliciten, o a aquéllos a quienes se les preste, asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil, su permanencia legal en la República.*

⁴⁶ Cf. Ley 22.439, Art. 102. – *Los institutos de enseñanza media o superior, ya sean públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, solamente podrán admitir como alumnos, a aquellos extranjeros que acrediten, para cada curso lectivo, su calidad de "residentes permanentes" o "residentes temporarios", debidamente habilitados a tales efectos.*

⁴⁷ Cf. Ley 22.439, Arts. 101 a 107.

Asimismo, el corte restrictivo y dictatorial se veía reflejado en la implementación de mecanismos de control migratorio en los que la Dirección Nacional de Migraciones podía ordenar y ejecutar detenciones y expulsiones, con total prescindencia de intervención o control del Poder Judicial⁴⁸ y la observancia mínima de garantías procesales.

Todo ello, trajo aparejado la adopción de prácticas discriminatorias y una lógica de funcionamiento que se fueron arraigando a lo largo de las décadas de vigencia de la hoy derogada “Ley Videla”. Entre ellas podemos mencionar la convalidación de notificaciones completamente nulas en casos de expulsión, deportación de personas discapacitadas, ritualismo y prescindencia de informes sociales llevados a cabo en los expedientes administrativos y el cobro de tasas para la interposición de recursos contra las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones, entre otros⁴⁹.

El avenimiento de la democracia pareció, en un primer momento, prometer un cambio en este tipo de políticas con el dictado de una amnistía de radicación⁵⁰ que se extendería hasta el año 1985⁵¹. Sin embargo, durante el gobierno del Dr. Ricardo Alfonsín no sólo conservó plena vigencia la “Ley Videla” sino que además fue reglamentada de manera restrictiva⁵², prácticamente delegando la cuestión migratoria en manos de la Dirección Nacional de Migraciones.

La década del noventa traería consigo la emisión de una nueva reglamentación de la ley, aún más restrictiva (que incluso creaba la categoría de migrantes “absolutamente inhabilitados” para regularizar su situación) así como la delegación de la “facultad de modificar los lineamientos de la política migratoria” en el Ministerio del Interior⁵³. En este contexto de completa discrecionalidad, lejos de adoptarse medidas que abordaran integralmente la cuestión de la migración, se procedió al aumento y complejización de los requisitos formales para la regularización y la obtención de una radicación, lo cual llevaría al crecimiento de la población de migrantes en situación irregular a niveles preocupantes.

El primer hito en el cambio de rumbo llegó con la sanción de la ley 25.871, sancionada hacia fines del año 2003, en el contexto de recuperación de la crisis que estalló en el año 2001. Esta ley pudo ver la luz luego de arduos años de cabildeo de numerosas organizaciones de la sociedad civil, y una ardua labor parlamentaria que incluyó la celebración de audiencias públicas y convocatorias abiertas.

La sanción de la nueva ley de migraciones, que mereció la calificación de *Buena Práctica* en el hemisferio por la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH⁵⁴, vino a derogar la ley legada de la última dictadura militar, dando un verdadero giro en pos del reconocimiento en materia de derechos de los migrantes.

Con la instauración de esta reforma se oficializa una reconfiguración de los discursos y políticas del Estado frente a las migraciones internacionales y la diversidad cultural inaugurando una *retórica de la inclusión*, basada en la perspectiva de los derechos humanos, la ciudadanía comunitaria y el pluralismo cultural, dejando atrás la *retórica de la exclusión* predominante durante la vigencia del régimen previo⁵⁵. A diferencia de las décadas anteriores, el discurso oficial del Estado actual no se apoya, al menos abiertamente, en la figura de la inmigración limítrofe como “problema” o “amenaza”. Por el contrario, ahora se destaca el aporte o la contribución que han

⁴⁸ Cf. CELS, “Migrantes, una deuda pendiente. Veinte años de vigencia de la ‘Ley Videla’ en democracia” en *Derechos Humanos en Argentina, Informe 2002-2003*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, pág. 521

⁴⁹ Cf. Ceriani Cernandas, P. y Asa, P., “Migrantes: ley inconstitucional y práctica arbitraria” en *CELS Informe Anual 2002*, disponible en línea en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/ia2002.pdf> [último acceso: 28 de febrero de 2011]

⁵⁰ Cf. Decreto 780/84

⁵¹ Cf. Decreto 3627/84

⁵² Cf. Decreto 1.434/87

⁵³ Cf. Decreto 1.023/94

⁵⁴ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 diciembre 2003, párr. 135.

⁵⁵ Domenech, Eduardo E., “La agenda política sobre migraciones en América del sur: el caso de la Argentina”, *Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 23 - N°1, 2007, párr. 13 (Disponible en línea en: <http://remi.revues.org/3611>) [última consulta: 20 de febrero de 2011].

hecho y hacen los inmigrantes, principalmente en el campo de la economía y la cultura, reconociendo la inmigración como una “necesidad”⁵⁶.

La sanción de la ley fue, de por sí, un primer gran paso hacia el objetivo de máxima de pleno respeto y garantía de los derechos de los migrantes —e incluso como el puntapié inicial para consagrarse efectivamente el derecho humano a migrar.

Un año más tarde, sería aprobado el programa “Patria Grande”⁵⁷ para abordar la coyuntura de la migración irregular en el marco de la nueva ley. Este programa permitió que los nacionales de los Estados miembros del MERCOSUR (Brasil, Paraguay y Uruguay) o los Estados asociados (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela), que no tuvieran antecedentes penales, pudieran obtener residencia en Argentina. Congratulado a nivel internacional⁵⁸, “Patria Grande” benefició a al menos 800.000 migrantes irregulares y ha contribuido a reducir tanto el número de migrantes indocumentados como la tasa de desempleo. A su turno, sería habilitado el programa de regularización para migrantes fuera de la órbita del MERCOSUR⁵⁹.

Excede las posibilidades de trabajo el analizar pormenorizadamente las críticas constructivas que podrían hacérsele a esta ley y a su reglamentación. Sin embargo, nos permitiremos deslizar la idea que no debe entenderse a esta ley como la “solución final y definitiva” a la cuestión de la migración en la Argentina. De hecho, para llegar a un pleno reconocimiento del derecho a migrar queda pendiente, entre muchas otras cuestiones, la remoción de ineludibles impedimentos para el ingreso con requisitos de visa y la regularización migratoria de muchos flujos de migrantes no beneficiados con los programas lanzados oportunamente, en especial para quienes no provienen de América Latina.

En este sentido, creemos que debe darse un serio debate sobre la legitimidad de la distinción en el otorgamiento de beneficios migratorios en atención al país de proveniencia de la persona migrante, teniendo presente que hoy en día la ley reconoce expresamente facilidades para la radicación de personas migrantes provenientes de la órbita del MERCOSUR y sus estados asociados⁶⁰, excluyendo de ellas a quienes provienen del resto de los países del mundo.

Entendemos que a los fines de integración es dable —y conveniente— que los Estados establezcan políticas diferenciadas a nivel político y económico respecto de los países con los que se pretende reforzar vínculos estratégicos. Sin embargo, creemos que la diferenciación con base en el país de proveniencia —a los efectos de garantizar el derecho humano a migrar— que se encuentra expresamente consagrada en el artículo 28 de la ley⁶¹, no resiste los parámetros que *objetividad y razonabilidad* que debe superar toda distinción hecha por un Estado en materia de derechos humanos. Contando con una ley que reconoce como derecho humano el derecho a migrar “sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”⁶², resulta pues cuestionable que las facilidades de poder radicarse en el país no sean concedidas a todos los migrantes sin tener en cuenta el país de su procedencia.

(7) Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes

⁵⁶ *Ídem anterior*, párr. 13.

⁵⁷ Cf. Decreto N° 836/04; Decreto N° 578/05 y Disp. DNM N° 53253/05

⁵⁸ Cf. Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, A/65/222, 8 de abril de 2010, párrs. 60 y 61

⁵⁹ Cf. Decreto núm. 1169/04.

⁶⁰ Ley 25.871, Artículo 23, inc. (m). Criterio de radicación para el acceso a una residencia temporaria por nacionalidad de Estados del MERCOSUR y asociados.

⁶¹ Ley 25.871, Artículo 28. “ARTICULO 28. – (...) El principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR.”

⁶² Ley 25.871, Artículo 4º.

Habiendo dejado en claro anteriormente que tanto los migrantes en situación migratoria regular como los que están en situación irregular son por igual beneficiarios de las garantías del debido proceso y la protección judicial, pasaremos a analizar cuáles son las garantías *específicas* que deben garantizarse en todo proceso de expulsión así como las garantías comunes a otros procesos que cobran especial relevancia en el caso de estos procesos.

Identificaremos como garantías *específicas* de los procesos de expulsión:

- (1) *Principio de no-devolución ("non-refoulement")*;
- (2) *Individualidad de procesos* (ó prohibición de expulsión colectiva);

Entre las comunes a otros procesos que cobran especial relevancia en estos procesos desarrollaremos particularmente:

- (3) *El derecho a la asistencia letrada en todo el proceso de expulsión*;
- (4) *El derecho a la asistencia por un intérprete*;
- (5) *El derecho a la información sobre la asistencia consular*;
- (6) *El derecho a contar con una decisión fundada*;
- (7) *El derecho a recurrir (apelar) la orden de expulsión*.

Por último, en el apartado (8) haremos mención al deber de sopesar el respeto por la vida privada y familiar al momento de expulsar a un migrante. Si bien este último no ostenta la naturaleza de *garantía judicial* propiamente dicha, la protección de este derecho obliga a los Estados a llevar a cabo una *prueba de equilibrio* de modo tal de garantizar el derecho de toda persona a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar.

Cabe en este momento aclarar que estas garantías deben aplicarse a procesos de expulsión, incluso en sede administrativa si acaso el ordenamiento interno del Estado contempla la existencia de dicho tipo de procesos como parte del proceso de expulsión. La Corte Interamericana y la CIDH han abordado esta cuestión a lo largo de su jurisprudencia y ha establecido un alto estándar en materia de garantías procesales.

En este sentido, ha dicho la Corte que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas⁶³, por lo que las garantías mínimas del artículo 8 se aplican también a los procesos administrativos⁶⁴, incluidos los de expulsión de migrantes⁶⁵.

Por su parte, la CIDH ha recientemente vuelto a poner de manifiesto que, dadas las consecuencias que pueden derivarse de los procesos migratorios, corresponde la "aplicación estricta" de todas las garantías del debido proceso⁶⁶.

En definitiva, se trata de reconocer los mismos derechos y garantías a todas las personas en todos los procesos en los que sean parte. Tal como afirma Ceriani, el hecho de que una persona se encuentre en una situación migratoria irregular no justifica que se vea desposeída de un nivel

⁶³ Cf. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, voto razonado juez García Ramírez, párr. 8 y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 106 y 124.

⁶⁴ Cf. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 105 y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007, párr. 99; TEDH, *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de junio de 1984, Serie A No. 80, párr. 68; Deweer vs. Bélgica, Sentencia del 27 de febrero de 1980, Serie A No. 35, párr. 49.

⁶⁵ Cf. CIDH, *Informe 64/08, Caso 11.691, Admisibilidad, Raghda Habbal e Hijo vs. Argentina*, 25 de julio de 2008, párr. 54; *Informe 56/06, Caso 8/03, Admisibilidad, Wayne Smith vs. Estados Unidos*, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1 (2007), párr. 51 e *Informe 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México*, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 724 (1998), párr. 71.

⁶⁶ CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, 30 de diciembre de 2010, párrs. 57.

mínimo de protección, sin perjuicio de que el resultado último en cada caso fuera igualmente la devolución a su país, ello no legitima la eliminación de estos derechos básicos⁶⁷.

Una vez más, advertimos una saludable divergencia con los estándares restrictivos de su par europeo, el cual ha establecido una evaluación de al menos tres requisitos mínimos⁶⁸ que deben superarse en cada caso particular para poder extender la operatividad de las garantías procesales en procesos que no sean penales⁶⁹. Sin embargo, debemos mencionar que dentro del ámbito americano algunos países, entre ellos EE.UU., adoptan esta postura restrictiva, no reconociendo muchas de las garantías propias de los procesos penales a casos fuera de esa órbita⁷⁰.

En lo que hace a la aplicación a nivel local, no ha de caber duda alguna de que en el proceso reglado en los artículos 61 y siguientes de la nueva ley de migraciones —que tiene como autoridad de aplicación a la Dirección Nacional de Migraciones— deberán regir, sin excepción alguna, todas las garantías del debido proceso legal y, en especial, las que hemos antes enumerado.

(7.1) Principio de no devolución

Una de las garantías fundamentales que debe regir todo el proceso de expulsión de un migrante es el respeto al principio de no devolución (también conocido en su denominación en idioma francés “non-refoulement”) — principio que ostenta el carácter de norma consuetudinaria internacional⁷¹.

Si bien no existe una única definición aceptada, puede decirse que, en términos generales, este principio prohíbe la expulsión o devolución de:

- (i) una persona para ponerla en las fronteras de 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, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiado, ó
- (ii) una persona respecto de la cual haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes si acaso fueran expulsadas o extraditadas⁷².

Este principio ha sido caracterizado como perteneciente al dominio del *ius cogens*⁷³, lo cual refuerza aún más el deber de todo Estado de observarlo con especial diligencia. Sin embargo, tal

⁶⁷ Ceriani Cernadas, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *supra* nota 3, pág. 202.

⁶⁸ Se trata del denominado “Test Engel” (elaborado por el Tribunal en el caso homónimo, de allí su nombre). Los tres elementos del test son (a). La calificación legal que le otorga al hecho el derecho interno del Estado (b). La naturaleza de la ofensa y (c). La naturaleza y severidad de la sanción prescripta. Ver: TEDH, *Engel y otros vs. Países Bajos*, Sentencia del 8 de junio de 1976, Serie A No. 22, pár. 82.

⁶⁹ Excede las posibilidades de éste trabajo analizar pormenorizadamente la cuestión del estándar de cumplimiento en el Europeo. Sin embargo, nos permitimos afirmar que la expulsión de un migrante, en la gran mayoría de los casos, reviste un carácter asimilable a una pena y que todo el proceso de detención por irregularidad migratoria y posterior deportación presentan caracteres altamente similares al de un proceso criminal (amén de la perspectiva de criminalización de la migración imperante en muchos Estados). Esto ha llevado a que muchas peticiones ante el Tribunal Europeo alegaran violaciones al principio del *ne bis in idem* como consecuencia de la imposición de una doble sanción por el mismo hecho (pena + deportación). E incluso hasta podría hablarse de una triple sanción (pena + deportación + prohibición de regreso). Naturalmente, estos argumentos no han prosperado en aquel foro. Convalidando estas prácticas, existirá siempre una desigualdad ineludible que afectará a todo migrante por el sólo hecho de ser extranjero, por cuanto los nacionales que cometen delitos nunca podrían ser deportados, abriéndose así una rica línea de debate en torno a la discriminación por nacionalidad e igualdad ante la ley de todo migrante.

⁷⁰ Cf. Gindin, W. S., “(Potentially) Resolving the Ever-Present Debate over Whether Noncitizens in Removal Proceedings Have a Due-Process Right to Effective Assistance of Counsel” en *Iowa Law Review*, Vol 96, 2011, pág. 671. Para un análisis de las cuestiones que plantea el restrictivo test *Engel* y los estándares de cumplimiento en el ámbito interno de los EE.UU., recomendamos la lectura integral de este trabajo.

⁷¹ AA.VV., *El principio de no devolución: Resumen de las conclusiones de la Mesa redonda de expertos en Cambridge*, ACNUR, 2001. Disponible en línea en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01151.pdf> [último acceso: 28 de febrero de 2011]

⁷² Cf. ACNUR, *Conclusión General sobre la Protección Internacional N° 81 (XLVIII)*, 1997 (48º período de sesiones del Comité Ejecutivo), pár. (i).

como lo ponen de resalto otros autores⁷⁴, la existencia de excepciones a este principio, incluso expresamente contempladas en instrumentos internacionales⁷⁵, plantearía algunos reparos con esta caracterización. Esta contradicción llama a un nuevo análisis de dichas cláusulas, o bien, considerarlas como tácitamente derogadas. Asimismo, otro sector de la doctrina, ha puesto de resalto que en la práctica, incluso los llamados derechos *absolutos* e *inderogables* son sometidos a un severo escrutinio e interpretaciones restrictivas que pueden legitimar excepciones en la praxis cotidiana⁷⁶.

Para comprender cabalmente la operatividad de este principio y la necesidad de su plena aplicación a todo proceso de expulsión de migrantes es preciso comprender sus orígenes y su evolución en la jurisprudencia internacional.

La génesis de dicho principio puede encontrarse en la órbita del Derecho Internacional de los Refugiados, específicamente consagrado en el artículo 33 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado de 1951⁷⁷. Dicho artículo consagra la garantía en virtud de la cual los Estados se obligan a “no poner en modo alguno, ya sea por expulsión o devolución, a un refugiado en las fronteras de los territorios [de ahí el término *refouler*, en francés “*devolver*”, “hacer regresar”] donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”⁷⁸.

El principio sería incorporado en diversos instrumentos internacionales en materia de protección de refugiados⁷⁹, pero paulatinamente se iría reconociendo su trascendencia más allá ámbito de los peticionantes del reconocimiento de la condición de refugiado o quienes hubieran sido reconocido como tales, para transformarse en un principio consuetudinario aplicable en materia de derechos humanos a toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado que se pretenda expulsar o extraditar⁸⁰. En este sentido, el juez Cançado Trindade ha analizado en profundidad la convergencia que ha existido entre el campo específico del Derecho Internacional de los Refugiados y el ámbito general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es así que el principio del *non-refoulement*, identificado en el marco del primero como la prohibición del rechazo en frontera, pasó también a asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la

⁷³ Cf. ACNUR, *Conclusión del Comité Ejecutivo Nro. 25*, 20 de octubre de 1982, párr. (b); Cançado Trindade, A. A., “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal”, *supra* nota 9, pág. 29; Garretón, R., “Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención”, *10 años de la Decclaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional*, San José, ACNUR/IIDH, 1995, pág. 229;

⁷⁴ Cf. Gortázar Rotaeché, C., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, 1997, pág. 362 y 363; Farmer, Alice, “Non-refoulement and Jus Cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection” en *Georgetown Immigration Law Journal*, Volumen 23, No. 1, pág. 2.

⁷⁵ Específicamente, en el artículo 33(2) de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

⁷⁶ Cf. Pirjola, J., “Shadows in Paradise – Exploring Non-Refoulement as an Open Concept” en *International Journal of Refugee Law* (2007) 19(4), págs. 643, 657 y 659. Para un pormenorizado análisis de las tendencias interpretativas del principio del *non-refoulement*, reseñas de casos de aplicación concreta y estudio comparativo de posturas políticas al respecto se recomienda la lectura integral de este trabajo.

⁷⁷ Lauterpacht, E., Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Feller, E., Türk, V., Nicholson, F. (ed.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's global consultations on international protection*, Cambridge University Press, UNHCR, 2003, pág. 90. Disponible en línea en <http://www.unhcr.org/publ/41a1b51c6.html> [último acceso: 20 de febrero de 2011].

⁷⁸ 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, artículo. 33.

⁷⁹ Ver *inter alia*: Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración sobre el Asilo Territorial*, Res. 2312(XXII), Doc. A/6716 (1967), artículo 3; Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones, Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969, artículo 2(3); *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Adoptado 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, conclusión 5^a y *The Addis Ababa Document on Refugees and Forced Population Displacements in Africa*, Adoptada por el Simposio de la OUA/ACNUR sobre Refugiados y Desplazados Internos en África, 8 de septiembre de 1994, Addis Ababa, Etiopía, Recomendación Nro. 5

⁸⁰ Cf. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, *supra* nota 19, párrs. 124; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Discussion paper on expulsions of aliens in international human rights law*, Geneva, Septiembre de 2006, pág. 2.

tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, revistiendo una naturaleza de tipo preventiva⁸¹.

Es así que el principio de no devolución, garantía neurálgica de la que goza todo refugiado reconocido como tal, se irlgue como protección a toda persona, y en especial respecto de quienes se les ha denegado su condición de refugiado.

Vale aquí destacar que la operatividad de este principio no se circumscribe al ámbito territorial de un Estado⁸². En otras palabras, se impone la obligación en cabeza de todo Estado sea que la persona que se pretende expulsar o devolver se encuentre dentro de su territorio o en sus fronteras, e incluso vincula a los agentes estatales aún cuando se hallen fuera del territorio del Estado⁸³. Este razonamiento no es más que la derivación lógica y necesaria del principio de la aplicación de las obligaciones estatales a las personas bajo su jurisdicción, como hemos mencionado anteriormente. Este punto reviste suma importancia por cuanto algunos Estados pretenden eludir esta obligación devolviendo personas mediante la interceptación en altamar o en casos de personas que no han sido admitidos en su territorio⁸⁴. Tristemente, esta práctica ha sido convalidada a nivel interno por los más altos tribunales de Australia⁸⁵ y EE.UU.⁸⁶. La Unión Europea, por su parte, ha reforzado aún más los controles fronterizos de interceptación FRONTEX/RABIT (*Rapid Border Intervention Teams*)⁸⁷, implementando un mecanismo que evita la confrontación explícita y directa con este principio procurando legitimar su accionar contra la inmigración ilegal, mayormente africana. En efecto, para dar mayores visos de legalidad a su accionar, se pretende desvirtuar el principio de la jurisdicción europea mediante la participación de oficiales de nacionalidad de países africanos en sus patrullas, por virtud de convenios celebrados con dichos Estados⁸⁸.

En términos prácticos, para poder hacer operativa la garantía que ofrece el principio de no devolución, todo Estado debe ofrecer una oportunidad razonable a las personas para que demuestren su condición de refugiado o para formular una petición de asilo, y si tal condición les fuera denegada, permitir que la persona presente las razones por las cuales teme ser torturada o recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes de ser enviada a determinado país, incluyendo el de origen⁸⁹. Asimismo, debe tenerse presente que tanto la jurisprudencia europea como la interamericana han avanzado en la interpretación de lo que puede asimilarse a los tratos crueles de los que deberá protegerse al migrante a deportar, contemplando no sólo actos eventualmente atribuibles a agentes del Estado, terceros particulares y, más interesante aún, la deportación de una persona a un país donde no podrá proseguir con el tratamiento de una enfermedad grave⁹⁰.

⁸¹ Cançado Trindade, A. A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia jurídica Universal", *supra* nota 9, pág. 59

⁸² Cf. 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*, 26 de enero de 2007, párrs. 24 y ss.; *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea* (Final version, including Annexes), 18 de marzo de 2002, párr. 18.

⁸³ Cf. Cases and Comment, "The Haitian Refoulement Case: A Comment" en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 6, No. 1, 1994, pág. 105; Lauterpacht, E., Bethlehem, D., "The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion", *supra* nota 77, pág. 160.

⁸⁴ CIDH, *Informe 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), párrs. 71 y 182.

⁸⁵ High Court of Australia, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim*, Sentencia del 26 de octubre de 2000, párr. 136.

⁸⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, Sentencia del 21 de junio de 1993, apartado V (disponible en línea en: <http://laws.findlaw.com/us/509/155.html>)

⁸⁷ Fischer-Lescano, A.; Löhr, T.; Tohidipur, T., *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21(2), 2009, pág. 266.

⁸⁸ Para un análisis pormenorizado de la ilegitimidad de la ficción jurídica que implican los mecanismos de FRONTEX, recomendamos la lectura integral de: Ceriani Cernadas, P., "Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos", *supra* nota 3, pág. 191.

⁸⁹ CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, *supra* nota 54, párr. 278.

⁹⁰ Todos estos supuestos serán analizados *infra*, en los apartados correspondientes a cada órgano en particular.

Ahondando en el análisis que debe hacerse de la situación que eventualmente encontraría el migrante en caso de ser deportado, reviste cabal importancia enfatizar que la protección que concede el *non-refoulement* no se limita estrictamente a la situación que encontrará en el país al cual será deportado en primera instancia. Vale decir, los Estados deberán además analizar si acaso existe la posibilidad concreta y factible de que una vez puesto bajo la jurisdicción del Estado al cual se pretende devolver, la persona corra el riesgo de ser posteriormente devuelta o expulsada a otro Estado donde efectivamente será objeto de tortura o persecución (“*refoulement indirecto*”)⁹¹. En otras palabras, este principio protege integralmente a la persona “de las consecuencias de la expulsión”⁹².

Numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos consagran de manera explícita el principio de *non-refoulement*, entre los que podemos mencionar los siguientes:

(a). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelos, Inhumanos o Degradantes.*

En base al artículo 3(1) de este instrumento el Comité contra la Tortura resolvió, entre otros, los casos *Tahir Hussain Khan vs. Canada*⁹³, *Balabou Mutombo vs. Suiza*⁹⁴ y *A. vs. Países Bajos*⁹⁵. En ellos desarrolló el test a tener en cuenta al momento de determinar la posible existencia a una violación del principio de *non-refoulement*, enfatizando el enfoque *subjetivo* que debe darse al análisis de las circunstancias imperantes en el Estado al cual se pretende deportar a una persona.

Así, el Comité verifica en cada caso:

- (i) **la situación general de los derechos humanos en el país** (aunque, valga aclarar, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no es, de por sí, suficiente⁹⁶);
- (ii) **las circunstancias personales del autor** de la denuncia o comunicación, quien debe estar *personalmente* en peligro de ser sometido a tortura en el país al que fuera devuelto⁹⁷ y
- (iii) **si acaso existe peligro de concreto tortura**, como consecuencia “previsible y necesaria” de la devolución⁹⁸.

Asimismo, en el caso *Gorki Ernesto Tapia Paez vs. Suecia*, el Comité dejó en claro que el principio del *non-refoulement* es absoluto y no admite excepciones⁹⁹ (nótese la divergencia con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado que sí admite excepciones).

⁹¹ Cf. TEDH, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, Sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 342; *K.R.S. vs. Reino Unido*, Decisión sobre la admisibilidad del 2 de diciembre de 2008, s/n; *T.I. vs. Reino Unido*, Decisión sobre la admisibilidad del 7 de marzo de 2000, s/n; Comité contra la Tortura, *Avedes Hamayak Korban vs. Suecia*, Comunicación No 88/1997, CAT/C/21/D/88/1997, párrs. 6.5 y 7.

⁹² Lauterpacht, E., Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, *supra* nota 77, pág. 160

⁹³ Comité contra la Tortura, *Tahir Hussain Khan vs. Canada*, Comunicación No. 15/1994, U.N. Doc. A/50/44 (1994).

⁹⁴ Comité contra la Tortura, *Mutombo vs. Suiza*, Comunicación No. 13/1993, CAT/C/12/D/13/1993.

⁹⁵ Comité contra la Tortura, *A. vs. Países Bajos*, Comunicación No. 91/1997, U.N. Doc. CAT/C/21/D/91/1997 (1998).

⁹⁶ Ver, *inter alia*, Comité contra la Tortura, *A.A. y otros vs. Suiza*, Comunicación No. 285/2006, U.N. Doc. CAT/C/41/D/285/2006 (2008), párr. 7(2); *X. vs. Australia*, Comunicación No. 324/2007, U.N. Doc. CAT/C/42/D/324/2007 (2009), párr. 7(3); *N.P. vs. Australia*, Comunicación No. 106/1998, U.N. Doc. CAT/C/22/D/106/1998 (1999), párr. 6(4)

⁹⁷ Así, por ejemplo, el Comité consideró que no había sustento suficiente para la aplicación del *non-refoulement* una petición en la que la persona alegaba que al ser deportado a EE.UU., donde sería encarcelado, estaría expuesto a las condiciones de violencia, mal trato a minorías raciales y la falta de implementación de medidas concretas contra la perpetración de abusos sexuales en los presidios estadounidenses. En esos términos, el Comité consideró que los elementos presentados describían una situación de *natural general* y no existía constancia alguna de que sería personalmente afectado por ese estado de cosas. Ver: Comité contra la Tortura, *L.J.R. v. Australia*, Comunicación No. 316/2007, U.N. Doc. CAT/C/41/D/316/2007 (2008), párr. 7(5)

⁹⁸ Cf. Comité contra la Tortura, *S. P. A. vs. Canada*, Comunicación No. 282/2005, U.N. Doc. CAT/C/37/D/282/2005 (2006), párr. 7(7); *A. R. vs. Países Bajos*, Comunicación No. 203/2002, U.N. Doc. CAT/C/31/D/203/2002 (2003), párr. 7(6).

⁹⁹ Cf. Comité contra la Tortura, *Gorki Ernesto Tapia Paez vs. Suecia*, Comunicación No. 39/1996, U.N. Doc. CAT/C/18/D/39/1996 (1997), párr. 14.5

En lo que respecta al nivel de prueba que debe producir la persona que se pretende deportar, el Comité ha determinado a lo largo de su jurisprudencia que el riesgo de tortura debe presentarse más allá de la teoría o la mera sospecha¹⁰⁰. Adicionalmente, se ha aclarado que no es necesario demostrar que el riesgo es *muy probable*¹⁰¹.

(b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

La Convención Americana consagra explícitamente en su artículo 22(8) el derecho de todo migrante a no 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.

Si bien la Corte no ha desarrollado jurisprudencialmente el contenido específico de este inciso, la CIDH ha hecho referencia a este principio en muchos de sus informes anuales y temáticos y ha recibido peticiones —en muchos decretando medidas cautelares— en casos en los que estaba en juego el principio del *non-refoulement*, en ocasiones con base en disposiciones en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Entre ellos podemos destacarlos siguientes:

- a) *Informe Anual 1984-1985*. En este informe la CIDH hizo un temprano llamamiento a fin de que los Estados reconocieran y respetaran el principio de no-devolución como principio de *ius cogens*, tal como fuera consagrado en la Declaración de Cartagena de 1984. La Comisión recomendó además extender el ámbito de protección de este principio para incluir “a personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia”¹⁰².
- b) *Caso de la Interdicción de Haitianos (1993/1996)*. En 1993 la CIDH decretó medidas cautelares y exhortó a EE.UU. a revisar, con carácter urgente, su práctica de detener en alta mar navíos en los que viajaban haitianos y hacerlos regresar a Haití. Asimismo, le instó a tomar medidas para que los haitianos que ya se encontraban en Estados Unidos no fueran devueltos a Haití sin que se establezca si tienen derecho a ser calificados como refugiados¹⁰³. Adicionalmente, en su informe sobre el fondo del asunto, la Comisión encontró que Estados Unidos actuó en contravención del principio del *non-refoulement* y lo declaró responsable por la violación del derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad de la persona, el derecho de igualdad de la persona, el derecho a recurrir a los tribunales y el derecho a buscar y recibir asilo. La Comisión recomendó al Estado proveer indemnización apropiada para las víctimas por las anteriores violaciones¹⁰⁴.
- c) *Informe de la CIDH sobre la situación de Derechos humanos en Haití (1993)* En este informe la CIDH recoge, una vez más, las críticas al Gobierno de EE.UU. por la práctica de interceptación y retorno de los haitianos conocidos como los “boat people” y recuerda la obligación de los países de afrontar conjuntamente los problemas que resulten de las crisis de gran magnitud como la haitiana¹⁰⁵.
- d) *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 (2000)*. En este informe la CIDH señaló que “la prohibición de la tortura como norma de derecho imperativo --codificada en la Declaración Americana de manera general

¹⁰⁰ Ver, *inter alia*, Comité contra la Tortura, X. vs. Australia, Comunicación No. 324/2007, *supra* nota 96, párr. 7(4).

¹⁰¹ Cf. Comité contra la Tortura, *Observación general N° 1: Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, A/53/44, 16º período de sesiones (1996), párr. 6. Dicha observación contiene además un cuestionario modelo sugerido para determinar los elementos que deberían constar en el acervo probatorio (párr. 7).

¹⁰² CIDH, *Informe Anual 1984-1985*, Apartado IV - “Desplazamientos humanos en la región y protección de refugiados” [párrafos sin numeración].

¹⁰³ Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití*, 11 febrero 1994, párr. 304.

¹⁰⁴ Cf. CIDH, *Informe 51/96*, *supra* nota 84.

¹⁰⁵ Cf. CIDH, *Informe sobre la situación de Derechos humanos en Haití*, *supra* nota 103, Capítulo IV.

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". Asimismo, hizo una referencia tangencial al tema del terrorismo afirmando que "el hecho de que se sospeche o considere que 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"¹⁰⁶

- e) Caso de los 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas (2002). La CIDH ordenó la suspensión de la deportación de 120 cubanos detenidos en Bahamas, quienes habían solicitado el status de refugiados e iban a ser devueltos a Cuba. El Estado desacató las medidas y desoyó las recomendaciones de la CIDH¹⁰⁷.
- f) Nacionales Colombianos en Panamá (2003). En este caso la CIDH analizó la garantía del derecho de no devolución de los ciudadanos colombianos que se encontraban en la zona del Darién panameño que habrían sido objeto de operaciones de repatriación por parte del Gobierno panameño. La Comisión recibió una solicitud de medidas cautelares en relación con dichos ciudadanos colombianos y en particular, sobre seis personas que se encontraban en territorio panameño bajo el control de las autoridades, entre quienes se encontraban 3 menores de edad (quienes habrían sido separados de sus padres cuando éstos fueron expulsados a Colombia). El 25 de abril de 2003 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de estas seis personas, y solicitó al Estado panameño establecer el paradero de Magdalena Medrano y Juan Berrio y adoptar medidas para salvaguardar su integridad, establecer el paradero de las tres niñas, proteger su seguridad y salud, y asegurar la reunificación con sus padres, y garantizar el derecho de no devolución del que gozan las personas de nacionalidad colombiana en las comunidades mencionadas¹⁰⁸.
- g) Caso Operación Gatekeeper (2005). La CIDH recibió una singular petición en la que se responsabilizaba a EE.UU. por las consecuencias de una política de control fronterizo, la "Operación Gatekeeper". Dicha operación consistía, en gran parte, en aprovechar lo inhóspito de una gran extensión del límite con México como barrera natural para la disuasión de la migración irregular. Esto llevó a muchas personas a arriesgar su vida —y perderla— en el intento por entrar al territorio norteamericano. La petición fue rechazada por la falta de determinación de algunas de las presuntas víctimas y por la falta de agotamiento de los recursos internos en sede estadounidense. Sin embargo, el entonces presidente de la Comisión emitió una opinión concurrente en la que hizo referencia al principio del *non-refoulement*, entre otras garantías establecidas por la CIDH en casos de migrantes, dejando en claro que el caso bajo análisis no implicaba una situación que llamara a su aplicación¹⁰⁹.
- h) Caso de Andrea Mortlock (2005). Este es uno de los casos más ricos en la jurisprudencia de la Comisión en relación con el principio del *non-refoulement*. El 19 de agosto de 2005, la Comisión dictó medidas cautelares a favor de Andrea Mortlock, una mujer jamaiquina de 41 años detenida en la Cárcel de New Jersey, Estados Unidos. Adicionalmente, en julio de 2008 emitió su informe sobre la

¹⁰⁶ Cf. 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*, 28 de febrero de 2000, párr. 154

¹⁰⁷ Cf. CIDH, *Informe 6/02, Admisibilidad, Caso 12.071, 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas*, 3 de abril de 2002, párrs. 6 a 10

¹⁰⁸ Cf. CIDH, *Informe Anual 2003*, 29 diciembre 2003, Capítulo III, párr. 61.

¹⁰⁹ Cf. CIDH, *Informe 104/05, Petición 65-99, Inadmisibilidad, Víctor Nicolás Sánchez y Otros vs. Estados Unidos ("Operación Gatekeeper")*, 27 de Octubre de 2005, Opinión Concurrente del Presidente Clare K. Roberts, párr. 3.

admisibilidad y el fondo del asunto¹¹⁰. La señora Mortlock había vivido en Estados Unidos desde 1970 y en 1989 fue diagnosticada con VIH/SIDA y sufre de varias enfermedades graves relacionadas, tales como neuropatía y agotamiento extremo. Mortlock afrontaba el riesgo inminente de ser deportada a Jamaica sumado al hecho de que su vida e integridad personal corrían peligro porque muchas de las drogas que estaba recibiendo no estaban disponibles en aquel país. Además, allí corría el riesgo de no recibir tratamiento médico alguno, ser discriminada por su enfermedad y que se le negara el acceso a transporte público y privado, e incluso de ser víctima de violencia física. Por todas esas razones, y siguiendo la línea de un peculiar fallo del Tribunal Europeo¹¹¹, la CIDH entendió que deportarla conscientemente “sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”¹¹².

Si bien una decisión como esta parecería erguirse a primera vista como un nuevo gran criterio de restricción a la discreción de los estados en materia de salud, debe tenerse en cuenta que el criterio utilizado por la CIDH es altamente excepcional. En efecto, el parámetro aplicado consistió en determinar si la deportación crearía “penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular, la presencia de parientes cercanos”¹¹³.

Asimismo, existen otros instrumentos internacionales que, si bien no lo consagran de manera explícita, la labor hermenéutica llevada a cabo por sus órganos de aplicación ha llevado a su incorporación por vía de interpretación dinámica¹¹⁴. Entre ellos podemos destacar los siguientes:

(c) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Si bien el Pacto no contiene una cláusula expresa aplicable a casos de expulsión de migrantes, en 1986 el Comité de Derechos Humanos emitió una Observación General en la que, si bien cautamente, expresó que el pacto *podría* aplicarse a casos de circulación y residencia de migrantes cuando hubieran cuestiones de discriminación o vida familiar¹¹⁵. Algunos años más tarde, en su Observación General 20, el Comité entendió por primera vez que el artículo 7 (que consagra el derecho a no ser sometido a tortura) lleva implícita la prohibición de exponer a una persona a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en casos de extradición, deportación o devolución¹¹⁶.

En esta línea, el Comité estableció por primera vez, en el caso *Kindler vs. Canadá*, que si un Estado remueve a una persona de su jurisdicción para ponerla bajo la de otro Estado en el que corra riesgo real de que sus derechos consagrados en el Pacto fueran vulnerados, entonces ese Estado [expulsor] violaría el Pacto¹¹⁷. Esta interpretación fue confirmada en los casos *Judge v. Canada* (en relación a la extradición de una persona a un país donde le sería impuesta la pena de

¹¹⁰ CIDH, *Informe 63/08*, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, 25 de julio de 2008.

¹¹¹ TEDH, *D. vs. Reino Unido*, Sentencia del 2 de mayo de 1997.

¹¹² CIDH, *Informe 63/08*, *supra* nota 110, párr. 94

¹¹³ CIDH, *Informe 63/08*, *supra* nota 110, párr. 91

¹¹⁴ Llama la atención que la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares se encuentre entre este segundo grupo de instrumentos y no entre los primeros.

¹¹⁵ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15*, *supra* nota 13, párr. 5

¹¹⁶ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 3 de abril de 1992, párr. 9.

¹¹⁷ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Kindler vs Canadá*, CCPR/C/48/D/470/1991, 5 de noviembre de 1993, párr. 13(2).

muerte)¹¹⁸ y *C. v. Australia* (en relación a la expulsión de una persona a Irán, donde su enfermedad no podría ser tratada)¹¹⁹.

(d) *Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial*

Esta convención tampoco consagra expresamente el principio del *non-refoulement*, pero el Comité contra la Discriminación Racial ha emitido una Recomendación General en la que se refirió a los aspectos propios de su competencia en relación a expulsión de migrantes. En este sentido, puso de manifiesto que los regímenes migratorios no deben establecer diferencias con base en la etnia de los migrantes y llamó a la estricta observancia del principio de no devolución¹²⁰.

Asimismo, en dicha Recomendación General hizo referencia a la garantía contra las expulsiones colectivas, al derecho de recurrir las órdenes de expulsión y a las posibles interferencias con la vida familiar de los migrantes asentados en un Estado por un prolongado período de tiempo, cuestiones que analizaremos más adelante en detalle.

(e) *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*

El Tribunal Europeo ha desarrollado una vasta jurisprudencia en torno al principio de no devolución a partir del caso *Soering*¹²¹. En este caso el Tribunal siguió la posición previamente adoptada por la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos¹²² en relación a que la extradición de una persona puede comprometer la responsabilidad del Estado cuando existen serias razones para creer que la persona será sometida, en el país al cual se lo envía, a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo¹²³ (que consagra la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes).

Asimismo, el Tribunal consideró que entraría en colisión con el artículo 6 del Convenio (que consagra las garantías del debido proceso) el hecho de que se extradite a una persona a un Estado en el que haya sufrido o corra el riesgo de sufrir una denegación flagrante de las garantías mínimas del debido proceso¹²⁴, estándar que fue retomado en numerosos casos subsiguientes¹²⁵.

Si bien este primer caso giraba en torno a un proceso de extradición, el Tribunal tuvo la oportunidad de dejar en claro que el estándar era de aplicabilidad en casos de deportación, tanto en lo que se refiere a una eventual violación del artículo 3¹²⁶, como del artículo 6 del Convenio¹²⁷.

En el caso *Chahal vs. Reino Unido*, el Tribunal abordó la cuestión del *non-refoulement* como derecho absoluto, reconociendo expresamente que el artículo 3 del Convenio Europeo reconoce una protección más amplia que el artículo 33 de la Convención de 1951, por cuanto no admite excepciones. En este sentido, rechazó la postura británica sobre la existencia de excepciones implícitas basadas en razones de seguridad nacional¹²⁸ y afirmó que las actividades en las que haya participado la persona a la que se pretende expulsar, por más indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta como elemento para flexibilizar la protección absoluta contra la

¹¹⁸ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Judge v. Canada*, CCPR/C/78/D/1086/2002, 4 de agosto de 2003, párr. 10(9).

¹¹⁹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/990/1999, 28 de octubre de 2002, párr. 8(5). Nótese que esta decisión lleva una fuerte opinión disidente de los miembros Ando, Klein y Yalden respecto de las consideraciones sobre qué debe entenderse como *base suficiente* para considerar procedente la aplicación del *non-refoulement*.

¹²⁰ Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 30: *La Discriminación contra los no ciudadanos*, 1º de Octubre de 2004, párr.27.

¹²¹ Cf. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, Sentencia del 7 de julio de 1989.

¹²² Cf. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Altun vs. República Federal Alemana*, Aplicación 10308/83, Decisión del 3 de mayo de 1983, págs. 219 y 232; *M. vs Francia*, Aplicación 10078/82, Decisión del 13 de diciembre de 1984, pág. 111 y 120; *Kirkwood v. Reino Unido*, Aplicación 10479/83, Decisión del 12 de marzo de 1984, págs. 173 y 205

¹²³ Cf. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, *supra* nota 121, párr. 91

¹²⁴ Cf. *Ídem anterior*, párr. 113

¹²⁵ Cf. TEDH, *Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía*, Sentencia del 6 de febrero de 2003, párr. 85; *Bader y Kanbor vs. Suecia*, Sentencia del 8 de noviembre de 2005, párr. 42; *Ismoilov y otros vs. Rusia*, Sentencia del 24 de abril de 2008, párr. 100; *Baysakov y otros vs. Turquía*, Sentencia del 18 de febrero de 2010, párr. 61;

¹²⁶ Cf. TEDH, *Cruz Varas y otros vs. Suecia*, Sentencia del 20 de marzo de 1991, párr. 70; *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 30 de octubre de 1991; *Chahal vs. Reino Unido*, Sentencia del 15 de noviembre de 1996, párr. 74;

¹²⁷ Cf. TEDH, *Muminov vs Rusia*, Sentencia del 11 de diciembre de 2008, párr. 130.

¹²⁸ Cf. TEDH, *Chahal vs. Reino Unido*, *supra* nota 126, párrs. 75 y 76.

tortura y los tratos inhumanos y degradantes¹²⁹. De esta manera, constatada fehacientemente la existencia del riesgo, no hay cabida para sopesar si cuestiones de seguridad nacional justificarían aún así la expulsión¹³⁰.

Adicionalmente, en *H.R.L. vs. Francia* el Tribunal tuvo la oportunidad de ampliar el ámbito de protección de esta garantía al considerar que el riesgo de sufrir tortura o trato inhumano puede provenir de terceros particulares. En tales casos, además de probar la existencia de tal riesgo, se debe demostrar la imposibilidad del Estado de poder garantizar la seguridad de la persona en cuestión¹³¹.

En lo que hace a los requisitos establecidos por el Tribunal Europeo para la evaluación y constatación del riesgo que correrá la persona en el país de destino, podemos identificar los siguientes aspectos más salientes en la jurisprudencia del tribunal:

- (a). El análisis del riesgo debe hacerse a la luz de todo lo establecido por el tribunal en materia de tortura y tratos inhumanos y degradantes¹³².
- (b). El trato inhumano debe presentar cierto grado de severidad para caer dentro del espectro del artículo 3 y su análisis será relativo, teniendo en consideración las condiciones personales de la persona y del caso concreto¹³³.
- (c). La *mera posibilidad* de que la persona encuentre un riesgo eventual no satisface el estándar probatorio requerido¹³⁴.
- (d). Corresponde, en primer lugar, a la presunta víctima arrimar los elementos de convicción necesarios para probar que, de ser adoptada la medida de expulsión, será expuesta a un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del Convenio¹³⁵.
- (e). Si la persona aporta elementos de prueba que hacen referencia a un cuadro general, debe poder probar que esa situación le afectará *personalmente* mediante otros medios de prueba¹³⁶.
- (f). En caso de duda, debe estarse por la credibilidad de la prueba y los testimonios ofrecidos por la persona en cuestión. Sin embargo, cuando la información presentada ofrezca razones considerables para poner en tela de juicio su credibilidad, la persona deberá poder explicar satisfactoriamente los diferendos y discrepancias que surjan en su caso¹³⁷.
- (g). En algunos casos, la coexistencia de inferencias concretas, claras y concordantes o de presunciones de hecho no controvertidas pueden ser prueba suficiente para acreditar el riesgo¹³⁸.
- (h). Aportada prueba suficiente, opera una inversión del *onus probandi*, quedando en cabeza del Estado que pretende deportar el desvirtuar la prueba arrimada¹³⁹.

¹²⁹ Cf. *Ídem anterior*, párr. 80.

¹³⁰ Cf. *Ídem anterior*, párr. 81

¹³¹ Cf. TEDH, *H.R.L. vs. Francia*, Sentencia del 29 de abril de 1997, párr. 40; *Ammari vs. Suecia*, Decisión sobre la admisibilidad del 22 de diciembre de 2002, s/n;

¹³² Cf. TEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, Sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 67; *Elmuratov vs. Rusia*, Sentencia del 3 de marzo de 2011, párr. 76.

¹³³ Cf. TEDH, *Hilal vs. Reino Unido*, Sentencia del 6 de marzo de 2001, párr. 60.

¹³⁴ Cf. TEDH, *Vilvarajah y otros vs. Reino Unido*, Sentencia del 30 de octubre de 1991, párr. 111; *Saadi vs. Italia*, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 131; *N.M. y M.M. vs. Reino Unido*, Decisión sobre la admisibilidad del 25 de enero de 2011, párr. 66.

¹³⁵ Cf. TEDH, *Saadi vs. Italia*, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 129

¹³⁶ Cf. TEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, Sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 73; *Saadi vs. Italia*, Sentencia del 28 de febrero de 2008, párr. 131.

¹³⁷ Cf. TEDH, *F.H. vs. Suecia*, Sentencia del 5 de junio de 2009, párr. 95.

¹³⁸ Cf. TEDH, *Shamayev y otros vs. Rusia y Georgia*, Sentencia del 12 de abril de 2005, párr. 338.

¹³⁹ Cf. TEDH, *NA. vs. Reino Unido*, Sentencia del 17 de julio de 2008, párr. 111 y *Garayev vs. Azerbaiyán*, Sentencia del 10 de junio de 2010, párr. 69.

- (i). El análisis de la situación debe encontrar sustento en documentos del Estado en cuestión y documentos internacionales de fuentes confiables tales como las agencias de Naciones Unidas u organizaciones no gubernamentales de renombre¹⁴⁰.
- (j). La fecha crítica a tomar en consideración para el análisis será el momento mismo en el que se sopesa la cuestión (examen *ex nunc*). Si bien las situaciones pasadas pueden arrojar cierta luz respecto de las perspectivas de cambio, o no, lo cierto es que no se puede determinar la existencia del riesgo en relación a situaciones que no se presentan en el presente¹⁴¹.
- (k). La existencia de un cuadro generalizado de violencia en un Estado determinado puede ser prueba suficiente para la aplicación del principio si acaso la persona puede demostrar que estará en riesgo con el solo hecho de ser expuesto a esa violencia¹⁴².
- (l). El análisis debe hacerse en relación a todo el territorio del Estado sin circunscribirse a una zona conocida como conflictiva¹⁴³.

De particular interés resulta el caso *D. vs. Reino Unido*¹⁴⁴ —que fuera considerado con detenimiento por la CIDH en el caso *Andrea Mortlock*—, en relación al trato inhumano que significaría la deportación a San Cristóbal y Nieves de un hombre que padecía VIH/SIDA.

Asimismo, creemos interesante destacar el caso *N. vs. Suecia*, en el se tuvo en cuenta el maltrato doméstico que recibiría una mujer afgana en caso de ser deportada, por cuanto, si bien no había prueba concreta del riesgo *personal y concreto* de la peticionante, se sopesó el patrón de sumisión de las mujeres fuertemente arraigado en la sociedad afgana y el hecho de que en aquel país la violencia contra las mujeres es considerada parte de la cultura y no es perseguida penalmente por el Estado¹⁴⁵.

En relación al denominado “*refoulement indirecto*”, resulta de interés el reciente fallo del tribunal *M.S.S. vs. Bélgica y Francia*¹⁴⁶. En esta decisión el Tribunal encuentra por primera vez una violación al principio de no devolución por el hecho de que un Estado (Bélgica) haya devuelto a una persona (un peticionante de refugio afgano cuya solicitud de refugio había sido rechazada) hacia otro Estado (Grecia) en el que sería subsiguentemente devuelto a Afganistán. Si bien el Tribunal había abordado esta cuestión en decisiones anteriores¹⁴⁷, en todos ellos hubo de desechar la responsabilidad internacional del primer estado que devuelve, por cuanto —en ausencia de prueba en contrario—, en ninguno de esos casos podía presumirse sin más que el Estado al que estaba siendo deportada la persona no daría fiel cumplimiento a sus obligaciones respecto de la tramitación de su petición de asilo o que violaría el principio de *non-refoulement*.

Sin embargo, en *M.S.S.*, el tribunal toma en consideración una extensa lista de informes nacionales e internacionales sobre la situación de los peticionantes de refugio en Grecia (entre ellos informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y del Consejo de Europa)¹⁴⁸ que daban cuenta de violaciones sistemáticas a los estándares internacionales de cumplimiento en materia de refugiados en dicho Estado. Incluso, consideró que las comunicaciones diplomáticas entre la diplomacia griega y la belga sobre el asunto particular no podían ser tomadas como un compromiso para el caso de especie, por cuanto las calificó de

¹⁴⁰ Cf. TEDH, *Garabayev vs. Russia*, Sentencia del 7 de junio de 2007, párr. 74.

¹⁴¹ Cf. TEDH, *Salah Sheekh vs. Países Bajos*, Sentencia del 11 de enero de 2007, párr. 136.

¹⁴² Cf. TEDH, *S.S. y otros vs. Dinamarca*, Sentencia del 20 de enero de 2011, párr. 86.

¹⁴³ Cf. TEDH, *Chahal vs. Reino Unido*, *supra* nota 126, párr. 98.

¹⁴⁴ Cf. TEDH, *D. vs Reino Unido*, *supra* nota 111.

¹⁴⁵ Cf. TEDH, *N. vs. Suecia*, Sentencia del 20 de julio de 2010.

¹⁴⁶ Cf. TEDH, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, *supra* nota 91.

¹⁴⁷ Cf. TEDH, *K.R.S. vs. Reino Unido*, *supra* nota 91, s/n; *T.I. vs. Reino Unido*, *supra* nota 91, s/n.

¹⁴⁸ Cf. TEDH, *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, *supra* nota 91, párr. 160.

"estereotipadas" y de ninguna manera demostrativas de garantías específicas para el caso concreto¹⁴⁹.

Así, el Tribunal concluyó que, al momento de expulsar a la persona de Bélgica, los agentes belgas sabían o deberían haber sabido que en Grecia no contaría con las garantías mínimas de que su petición de asilo fuera seriamente considerada por las autoridades griegas¹⁵⁰. Por último, resulta importante destacar que el Tribunal puso en cabeza del Estado el deber de constatar la situación en el país de destino, rechazando el argumento belga de que el peticionante no habría alegado tal situación en sede interna¹⁵¹.

(f) *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*

De manera similar a la interpretación europea, la Comisión Africana ha entendido que el artículo 5 de la Convención que prohíbe la tortura, los tratos inhumanos y degradantes lleva implícita la garantía de la no devolución¹⁵².

En lo que hace a la recepción de este principio en la legislación interna argentina, el decreto reglamentario a la nueva ley de migraciones¹⁵³ recepta expresamente el principio al reglamentar el criterio de radicación por "Razones Humanitarias"¹⁵⁴. Si bien en aras de una mejor técnica legislativa podría haberse optado por consagrarse el principio de manera expresa en la ley misma (de modo tal de poner en claro la vigencia del principio por fuera del derecho de los refugiados), lo cierto es que aún si no hubiera sido incluido ni en la reglamentación de la norma interna, la ratificación de muchos de los tratados que consagran el principio a nivel internacional hace automáticamente operativa la aplicación del *non-refoulement* para casos de migrantes ante los tribunales argentinos.

En efecto, en el caso "R., C. R." (de fecha anterior a la sanción de la nueva ley de migraciones y su reglamentación) un tribunal argentino fundó en el artículo 22(8) de la Convención Americana, entre otros preceptos jurídicos, la revocación de una orden de expulsión dictada contra un migrante de nacionalidad boliviana que padecía una enfermedad mental¹⁵⁵.

(7.2) Individualidad de procesos

Es posible que una garantía como esta resulte a primera vista de particular extrañeza para quienes no se especializan en cuestiones migratorias. Si bien la multiplicidad de personas involucradas en un proceso unificado no es algo jurídicamente anómalo (v.g. acumulación por conexidad subjetiva u objetiva, en el ámbito penal; la *litis-consorcio*, en el ámbito civil), lo cierto es que, en los casos de expulsión, la garantía de la individualidad de procesos viene a garantizar que el caso particular de cada migrante sea analizado aisladamente, con las circunstancias y antecedentes propios y personales, y no en forma conjunta con otras personas.

Se trata nada más y nada menos de la garantía que protege a los migrantes de las expulsiones colectivas. Esta prohibición está íntimamente ligada al derecho al debido proceso y a la tutela judicial, dada su función de evitar que una persona sea deportada sin que se analice su

¹⁴⁹ Cf. *Ídem anterior*, párr. 354.

¹⁵⁰ Cf. *Ídem anterior*, párr. 359.

¹⁵¹ Cf. *Ídem anterior*.

¹⁵² Comisión Africana de Derechos Humanos, *Modise v. Botswana*, Comunicación 97/93 (1997 y 2000), párr 91.

¹⁵³ Decreto 616/2010 (*Reglamentación de la Ley de Migraciones N° 25.871 y sus modificatorias* - 3 de mayo de 2010)

¹⁵⁴ Así, el artículo 23(m)(1) establece que se otorgará residencia temporaria con base en ese criterio a "Personas necesitadas de protección internacional que, no siendo refugiadas o asiladas en los términos de la legislación aplicable en la materia, se encuentran amparadas por el *Principio de No Devolución* y no pueden regularizar su situación migratoria a través de los restantes criterios previstos en la Ley N° 25.871 y en la presente Reglamentación".

¹⁵⁵ Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, "R., C. R.", 28 de abril de 1998, LL-1998-E, 405.

situación particular, explicitándose las razones de tal decisión, las pruebas y garantizándose el derecho a cuestionar la orden con un recurso efectivo¹⁵⁶.

El artículo 22(9) de la Convención Americana, artículo 4 del Protocolo 4to al Convenio Europeo y el artículo 12(5) de la Carta Africana consagran esta prohibición de manera expresa. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos tiene dicho que esta garantía, si bien no explícitamente, se encuentra consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al conceder a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su caso, al prescribir que toda expulsión debe llevarse a cabo “conforme a la ley”¹⁵⁷.

El Tribunal Europeo, ha definido la expulsión colectiva como una medida que conmina a un grupo de extranjeros (como tal) a hacer abandono de un Estado, salvo los casos en los que se pueda constar de que de alguna manera ha existido un análisis objetivo y razonable del caso particular de cada individuo miembro de ese grupo¹⁵⁸. En este sentido, el Tribunal aclaró que el hecho de que un grupo de extranjeros sea objeto de decisiones similares no lleva necesariamente a la conclusión de que ha existido una expulsión colectiva¹⁵⁹.

Hoy en día, se llama la atención acerca de los controles en aguas y costas africanas, en los cuales no habría evidencia alguna de que se esté evaluando individualmente la situación de cada persona. En este sentido, Ceriani señala que los controles fronterizos FRONTEX importan una grave amenaza a esta garantía, por cuanto prioriza la “eficacia” y “celeridad” del control frente a derechos fundamentales de miles de personas¹⁶⁰.

La Corte Interamericana, por su parte, ha decretado medidas provisionales en el caso de *Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en República Dominicana* ordenando la suspensión de expulsiones colectivas. En ese asunto, la CIDH refería que en aquel Estado estaban teniendo lugar expulsiones realizadas mediante redadas colectivas, sin procedimiento legal que permitiera identificar adecuadamente la nacionalidad de los expulsados, ni su status migratorio, ni sus vínculos familiares. Simplemente, eran separados de sus hogares, sin previo aviso, sin permitirles llevar sus pertenencias, alegándose además que las autoridades migratorias seleccionaban a las personas a ser deportadas por el color de piel¹⁶¹. El contexto de un pronunciamiento sobre medidas cautelares no se presenta quizás como el más propicio para hacer elaboraciones jurisprudenciales y aún no ha existido un caso contencioso que involucre este tipo de medidas, por lo que la jurisprudencia de la Corte no es pródiga en desarrollos progresivos en la materia.

Sin embargo, la Relatoría de Migrantes abordó esta cuestión en su *Segundo Informe de Progreso*, en el que reforzó la obligatoriedad del análisis individual de cada migrante destacando que “sería un contrasentido que un Estado pudiera burlar la prohibición de deportar un alto número de personas en un solo acto, simplemente repitiendo muchas veces la expulsión de varias decenas de personas a la vez, y así alcanzando el mismo número de expulsiones a lo largo de un período más o menos corto”¹⁶².

La Comisión Africana, por su parte, ha entendido en casos de deportaciones colectivas¹⁶³, pero no ha elaborado estándares propios.

¹⁵⁶ Cf. Ceriani Cernadas, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *supra* nota 3, pág. 202.

¹⁵⁷ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 15*, *supra* nota 13, párr. 10.

¹⁵⁸ Cf. TEDH, *Ćonka vs. Bélgica*, Sentencia del 5 de junio de 2002, párr. 59

¹⁵⁹ Cf. TEDH, *Andric vs. Suecia*, Sentencia del 23 de febrero de 1999, párr. 58

¹⁶⁰ Cf. Ceriani Cernadas, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *supra* nota 3, pág. 202.

¹⁶¹ Corte IDH, *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, 18 de agosto de 2000, párr. 2(d)

¹⁶² CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, 16 de abril de 2001, párr. 97(5)

¹⁶³ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme vs. Zambia*, Comm. No. 71/92 (1996), párr. 31; *Union Inter Africaine des Droits de l'Homme*, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme and Others v. Angola*, Comm. No. 159/96 (1997).

En el ordenamiento interno argentino, esta garantía se encuentra expresamente receptada por el artículo 66 de la ley 25.817.

(7.3) Asistencia letrada en todo el proceso de expulsión

El derecho a contar con asistencia legal efectiva adquiere especial relevancia en los casos de expulsión de migrantes por cuanto la posibilidad de acceder a ella muchas veces incide de manera determinante en un procedimiento migratorio¹⁶⁴. La situación agravada de vulnerabilidad en la que suelen encontrarse los migrantes —a la que ya hemos hecho referencia *supra*— y las gravosas consecuencias que acarrea toda expulsión, requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación y garantice sin excepciones que el migrante cuente con asistencia técnica de calidad para que pueda gozar de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.

El deber del estado de garantizar la asistencia gratuita en estos casos emana, en gran medida, del principio de que los derechos deben ser implementados a través de mecanismos que sirvan para hacer valer los derechos consagrados en la Convención¹⁶⁵ y del derecho a la igualdad de protección de la ley y ante la ley¹⁶⁶.

En este sentido, si bien la Corte Interamericana ha sabido elaborar una progresiva jurisprudencia celosa de esta garantía, como enseguida analizaremos, recientemente ha tenido la oportunidad de desarrollar aún más el estándar de cumplimiento en un caso que tuvo como víctima a una persona migrante: el caso antes referido, *Vélez Loor vs. Panamá*.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha adoptado un estándar que, si bien no está a la misma altura que el interamericano¹⁶⁷, resulta de interesante análisis, por cuanto ha establecido que la asistencia legal debe proveerse “siempre que el interés de la justicia lo exija”¹⁶⁸. Habiendo previamente puesto de relevancia lo trascendental de esta garantía para casos de expulsión, entendemos que todo lo elaborado por el Comité cae dentro del estándar mínimo de cumplimiento exigible a los estados en materia de asistencia letrada.

Podemos afirmar que, conforme lo han establecido la Corte y la CIDH a lo largo de su jurisprudencia, la asistencia letrada a la que toda persona debe poder acceder debe reunir los siguientes caracteres:

- a) **Efectividad**¹⁶⁹. En palabras del juez García Ramírez “tener defensor nombrado no es contar, ya, con defensa en el enjuiciamiento”¹⁷⁰. Bien por el contrario, debe existir una actividad por parte del abogado defensor encaminada a batallar por los derechos de su asistido y ésta debe ser llevada a cabo de manera competente y diligente.

¹⁶⁴ CIDH, Cuarto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio, 7 marzo 2003, párr. 207. En igual sentido: CIDH, *Loren Laroye y otros vs. México*, *supra* nota 65, párrs. 65 a 71 y 75

¹⁶⁵ Cf. Corte I.D.H., *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. 30; Comité de Derechos Humanos, *Currie vs. Jamaica*, Comunicación No. 377/1989, CCPR/C/50/D/377/1989 (1994), párr. 10

¹⁶⁶ Cf. 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*, *supra* nota 106, párr. 126

¹⁶⁷ Como hicimos referencia *supra*, en el marco del Sistema Interamericano todas las garantías procesales son aplicables también a procesos fuera de la órbita penal.

¹⁶⁸ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, párr. 38; *Anthony Currie vs. Jamaica*, Comunicación No. 377/1989, CCPR/C/50/D/377/1989, párr. 13(4); *Steve Shaw v. Jamaica*, Comunicación No. 704/1996, U.N. Doc. CCPR/C/62/D/704/1996 (1998), párr. 7(6)

¹⁶⁹ Cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 159 y *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4-6 de marzo de 2008, regla 30.

¹⁷⁰ Cf. Corte IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 49

Fuera de la órbita interamericana, tanto el Tribunal Europeo como el Comité de Derechos Humanos, han dado especial relevancia a la *efectividad* de la defensa y han decretado violaciones al derecho a contar con un abogado defensor en casos donde, si bien existía formalmente un abogado designado para la persona, se corroboró la falta de comunicación con el defendido¹⁷¹, se constataron situaciones en las que el abogado no consultó sobre la voluntad de apelar decisiones contrarias a los intereses de su defendido¹⁷² o se advirtieron graves deficiencias en el actuar del letrado¹⁷³.

En casos que involucran personas migrantes, es esencial que el abogado que lleve el caso pueda brindar asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante¹⁷⁴ y esté familiarizado no sólo con la regulación migratoria nacional sino con los derechos consagrados a nivel internacional y con los estándares de respeto y garantía de derechos humanos desarrollados por órganos internacionales de aplicación de dichos tratados.

En relación a casos fuera de la órbita estrictamente penal, como puede ser el caso de una expulsión de un migrante, la CIDH sostuvo hace una década que “tal vez no sea exigible que el Estado provea defensa profesional gratuita como en materia penal”¹⁷⁵, dejando cierto margen de apreciación respecto de cómo cada Estado garantizará el acceso a la asistencia letrada de las personas bajo su jurisdicción que enfrentan procesos de deportación. En este sentido, esos términos parecen no exigir que en todos los casos los letrados sean provistos por organismos públicos, sino que los Estados podrían convenir la provisión de dicha asistencia con organizaciones de la sociedad civil.

Sin embargo, la Corte ha sido categórica al afirmar que “la asistencia que puedan prestar las organizaciones no gubernamentales no sustituye la obligación del Estado de brindar asistencia legal gratuita”¹⁷⁶. En este sentido, la obligación de garantizar la *efectividad* de la defensa quedará siempre en cabeza del Estado por virtud del artículo 8(2)(e) de la Convención Americana, y será pues el Estado el que deberá velar por que la asistencia que provean las organizaciones o los organismos públicos, según sea el caso, sea competente y eficaz. De lo contrario, la tutela de los derechos del migrante “tropezará una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que se traducen, en fin de cuentas, en violación del derecho, mal disimuladas por un ejercicio aparente que no resiste el menor análisis”¹⁷⁷.

Como corolario, en el caso Vélez Loor, la Corte ha despejado toda duda respecto de cómo debe garantizarse este derecho en casos en los que está en juego la expulsión de un migrante:

“en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor

¹⁷¹ Cf. TEDH, *Artico vs. Italia*, Sentencia del 13 de mayo de 1980, párr. 3

¹⁷² Cf. Comité de Derechos Humanos, *Collins v. Jamaica*, Comunicación No. 356/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/356/1989 (1993), párr. 8(2); *Wright v. Jamaica*, Comunicación No. 459/1991, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/459/1991 (1995), párr. 10(5).

¹⁷³ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Carlton Reid vs. Jamaica*, Comunicación No. 250/1987, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/250/1987 (1990), párr. 11(4); *Lawrence Chan v. Guyana*, Comunicación No. 913/2000, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/913/2000 (2006), párr. 6(3). Nótese que en este último caso, el Comité entendió que el tribunal debería haber suspendido el curso del proceso, al constatar que en el primer día de audiencia, el abogado defensor no se había hecho presente (empero, las opiniones en disidencia que lleva esta comunicación versan sobre este aspecto).

¹⁷⁴ Cf. CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, supra nota 162, párr. 99(d)

¹⁷⁵ *Idem anterior*.

¹⁷⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra nota 36, párr. 137

¹⁷⁷ Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador, supra nota 170, Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 49.

*de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso*¹⁷⁸.

b) **Oportunidad.** La asistencia letrada debe garantizarse desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario carecerá de idoneidad por su falta de oportunidad¹⁷⁹. Así es que la Corte ha establecido que “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento”¹⁸⁰.

A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos adscribe al mismo estándar de oportunidad¹⁸¹.

c) **Independencia**¹⁸². El abogado defensor debe tener como único mandato los intereses de su asistido, poder contar con el tiempo necesario para entrevistarse con él y poder preparar su defensa. En este sentido, no satisfacen este requisito las intervenciones que pueden llegar a tener las Defensorías del Pueblo y/o instituciones públicas con mandatos generales o de contralor¹⁸³.

d) **Gratuidad.** La cuestión de la gratuidad de la defensa ha sido motivo de debate a nivel local e internacional y ha ido de la mano del debate sobre la obligatoriedad –o no— de la provisión de asistencia pública. Incluso ha si abordado en una Opinión Consultiva de la Corte en relación al agotamiento de los recursos internos por parte de personas indigentes¹⁸⁴.

En efecto, en los casos en los cuales la persona no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, ésta tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal. Pero como no ordena que la asistencia legal sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente¹⁸⁵, lo cual a su vez importa una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho¹⁸⁶.

La obligación del estado de proveer asistencia gratuita en casos de imposibilidad de costearselo por la persona ha sido también acogida por el Comité de Derechos Humanos¹⁸⁷.

e) **Accesibilidad.** El derecho a la representación legal se hace efectivo cuando existen los medios para obtener esa representación legal¹⁸⁸, de lo contrario se estará ante

¹⁷⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. *supra* nota 36, párr. 146

¹⁷⁹ Cf. *Ídem anterior*, párr. 133.

¹⁸⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. *supra* nota 36, párr. 132.

¹⁸¹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Pagdayawon Rolando vs. Filipinas*, Comunicación No. 1110/2002, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/1110/2002 (2004), párr. 5(6); *Abdual Ismatovich Kurbanov vs. Tayikistán*, Comunicación No. 1096/2002, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002 (2003), párr. 7(3); *Robinson LaVende vs. Trinidad y Tobago*, Comunicación No. 554/1993, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/554/1993 (1997), párr. 5(8).

¹⁸² Cf. Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador, *supra* nota 170, Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 49.

¹⁸³ Cf. Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, *supra* nota 36, párr. 133; CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, *supra* nota 54, párr. 303

¹⁸⁴ Cf. Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). *supra* nota 165.

¹⁸⁵ Cf. *Ídem anterior*, párr. 25.

¹⁸⁶ Cf. *Ídem anterior*, párr. 27.

¹⁸⁷ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Fillastre, Bizouarn v. Bolivia*, Comunicación No. 336/1988, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/336/1988 at 96 (1991), párr. 6(3)

¹⁸⁸ Cf. CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Quinto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio, *supra* nota 54, párr. 303.

una consagración teórica de un derecho que no puede ser ejercido en la práctica. Es importante insistir en la necesidad de que las personas detenidas cuenten con medios de comunicación, particularmente teléfonos, a través de los cuales puedan buscar asistencia legal. De la misma forma, es fundamental que se le garantice el acceso a las organizaciones no gubernamentales y defensores oficiales a los albergues o lugares donde se encuentran detenidas las personas migrantes¹⁸⁹.

En lo referente a la recepción de esta garantía para los casos de migrantes en el ordenamiento argentino, el artículo 86 de la nueva ley de migraciones consagra expresamente el derecho a contar con un abogado provisto por el Estado “en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino”. La reglamentación del artículo establece que la Dirección Nacional de Migraciones, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa¹⁹⁰, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.

(7.4) Asistencia por un intérprete

Uno de los factores que pueden agravar la vulnerabilidad de una persona migrante sometida a un proceso de expulsión es el desconocimiento del idioma en que éste se lleve a cabo. Ello así por cuanto si no se le garantiza el derecho a contar un intérprete, encontrará una barrera absoluta no sólo para comprender el proceso que se está incoando en su contra sino también para poder defenderse, comunicarse con su defensor y ofrecer su versión de los hechos.

Considerando que la lengua es el principal medio de comunicación en el proceso legal, la capacidad de la persona llevada a juicio para comprenderla y hablarla es crucial para la imparcialidad del proceso¹⁹¹. Es primordial entonces, a los efectos de que el proceso reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia y en aras de garantizar la igualdad de armas, que se provea un intérprete si el migrante no conoce el idioma del tribunal¹⁹², conforme lo establece el artículo 8(2)(a) de la Convención Americana. Sólo de esa manera el Estado asegurará el pleno acceso y capacidad de actuar de la persona en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento¹⁹³.

Es preciso asegurar que el migrante entienda cabalmente los cargos que se le formulan y el contenido exacto de los derechos procesales que tiene a su disposición, teniéndose particularmente en cuenta que el lenguaje propio de un proceso judicial --en el que abundan los tecnicismos y términos ajenos al lenguaje cotidiano-- puede incluso de por sí revestir alta complejidad para las personas que hablan el idioma oficial.

Esto debe tenerse presente en casos de migrantes de quienes pueda decirse que tienen “cierto dominio” del idioma. Muchas veces la comprensión de la lengua es ligeramente constatada por los agentes estatales al percibir que una persona puede establecer una conversación en el idioma oficial del tribunal. Esos rudimentos son generalmente adquiridos por los migrantes de manera informal, y muchas veces de manera autodidacta, a lo largo de su cotidiana interacción con el resto de las personas y suelen habilitarles a un intercambio coloquial básico. Sin embargo debe

¹⁸⁹ Cf. CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Cuarto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el hemisferio, *supra* nota 164, párr. 371

¹⁹⁰ También denominado *Defensoría General de la Nación*. Órgano extra-poder consagrado en el artículo 120 de la Constitucional Nacional como integrante del Ministerio Público, junto con el Ministerio Público Fiscal.

¹⁹¹ Cf. Felming, Thomas M., “Right of accused to have evidence or court proceedings interpreted, because accused or other participant in proceedings is not proficient in the language used”, American Law Reports, 32 A.L.R.5th 149, párr. 1.

¹⁹² Cf. Corte IDH, Caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 100 y CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, *supra* nota 162, párr. 99(b).

¹⁹³ Cf. Corte IDH, Caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 230.

tenerse presente que el poder establecer una comunicación en situaciones cotidianas dista mucho de tener un dominio pleno del idioma que permite a la persona expresarse con la precisión y exactitud que requiere una defensa adecuada. Para ello, “es importante asegurar la traducción y explicación de conceptos jurídicos a un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado”¹⁹⁴. Nos animamos a esbozar el principio procesal por el cual, ante la duda, debe estarse por la provisión de un intérprete.

En el ordenamiento interno argentino, esta garantía se encuentra receptada en el artículo 86 de la ley de migraciones.

(7.5) Derecho a la información sobre la asistencia consular

En sus orígenes, la asistencia consular fue concebida como la facilitación de la comunicación entre el nacional privado de la libertad y las representaciones consulares, de manera que éstas últimas colaboraran en la defensa del detenido y sirvieran de punto de enlace con sus familiares. En la práctica, sin embargo, la asistencia consular se fue desarrollando y adaptando a las necesidades de los nacionales privados de la libertad y expandiendo a otros grupos de migrantes en condiciones vulnerables diferentes a quienes se encuentran privados de libertad¹⁹⁵.

La Corte Interamericana ha sido el primer tribunal internacional que consagró el derecho a la información sobre la asistencia consular como derecho individual¹⁹⁶ en su Opinión Consultiva 16 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. En efecto, allí la Corte declaró inequívocamente que el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular, consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, “es un derecho individual y una garantía mínima protegida dentro del sistema interamericano”¹⁹⁷ y ha sido categórica al determinar que la comunicación debe efectuarse al momento de privar de la libertad al inculpado y, en todos los casos, antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad¹⁹⁸. Este principio fue posteriormente adoptado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand*¹⁹⁹.

Así, debe asegurarse que la persona sepa que tiene derecho a contactar la oficina consular de su país de origen o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, competa recibir esa comunicación²⁰⁰. Esta garantía cobra cabal importancia a los fines de concederle a la persona la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo²⁰¹, mitigando las desigualdades que se puedan presentar en la práctica²⁰². De hecho, dicho contacto puede ser la vía por la cual la persona reciba patrocinio letrado, pueda obtener pruebas en el país de origen, y contar con un medio adicional a través del cual se

¹⁹⁴ CIDH, *Informe Anual 1996*, 14 marzo 1997, párr. 92

¹⁹⁵ Cf. CIDH, Relatoria sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Séptimo Informe de Progreso de la Relatoria sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, 27 febrero 2006, párr. 164.

¹⁹⁶ Cf. Cançado Trindade, A.A., “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales” en *Doctrina Latinoamericana Del Derecho Internacional*, San José de Costa Rica, 2003, Tomo I, pág. 51.

¹⁹⁷ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 84 y 124.

¹⁹⁸ Cf. *Ídem anterior*, párr. 106.

¹⁹⁹ Cf. Corte Internacional de Justicia, *LaGrand Case (Alemania vs. Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports 2001, Sentencia del 27 de junio de 2001, para. 77.

²⁰⁰ Cf. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 43/173, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, 9 de diciembre de 1988, principio 16.2.

²⁰¹ Cf. Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 125; Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 116; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, supra nota 197, párr. 121

²⁰² Cf. CIDH, *Informe 52/02*, Caso 11.753, Ramón Martínez Villareal vs. Estados Unidos, 10 de octubre de 2002, párr. 64.

verifiquen las condiciones en que se ejerce la asistencia legal e, incluso, la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión²⁰³.

En el reciente caso Vélez Loor, la Corte Interamericana ha elaborado aún más su estándar de cumplimiento e identificó puntualmente tres componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; (ii). el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y (iii) el derecho a la asistencia misma²⁰⁴.

En la práctica, ha constatado la Relatoría de Migrantes de la CIDH que, dependiendo del volumen de nacionales y de los recursos con que cuenta el Estado emisor, la protección consular se ha concretado en el ofrecimiento de servicios de representación jurídica para personas procesadas penalmente. En algunos casos, se da prioridad a las personas que afrontan procesos penales con penas particularmente severas — pena de muerte o cadena perpetua—. No obstante, en razón del volumen de casos y de las consecuencias migratorias que algunas veces acarrean las condenas penales, algunas representaciones consulares del hemisferio americano ofrecen capacitación a abogados y asistencia jurídica a personas acusados de delitos con penas menores²⁰⁵.

(7.6) Derecho a contar con una resolución fundada

El deber que pesa sobre los funcionarios públicos de motivar las resoluciones que dicten, es una de las garantías establecidas para salvaguardar el derecho a un debido proceso²⁰⁶. Al respecto, ha dicho la Corte Interamericana que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”²⁰⁷ sin la cual las decisiones serían arbitrarias²⁰⁸. De este modo, la argumentación de un fallo o de una resolución administrativa debe mostrar que han sido debidamente consideradas las posiciones de las partes, que el conjunto de pruebas ha sido analizado y, cuando las decisiones son recurribles, proporcionar la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores²⁰⁹.

En definitiva, ya sea que se trate de una resolución administrativa o una sentencia judicial, el instrumento por el que se decrete la expulsión de una persona, debe exponer claramente cuáles son las razones de hecho y de derecho que llevan a tal decisión, debe demostrar que se han considerado los argumentos de defensa del migrante y los motivos por los cuales no alcanzan estos para desvirtuar la decisión administrativa de expulsión.

En dicha resolución deberán considerarse, asimismo, otros derechos que se ponen en juego con tal decisión, en el sentido que serán estudiados más adelante en el presente trabajo, efectuándose un análisis de necesidad y razonabilidad de la medida en relación con ellos. De esta forma, existiendo una exposición clara de los fundamentos a partir de los cuales se arriba a la decisión de expulsar a un migrante, ésta podrá ejercer otro derecho en el marco del debido proceso, como es el derecho de recurrir del fallo.

(7.7) Derecho de recurrir (apelar) la orden de expulsión

²⁰³ Cf. Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, *supra* nota 201, párr. 116; Baluarte, D., *The Implications of Sentencing Aliens without Consular Notification*, News From The Regional Human Rights Systems, 10-SPG Hum. Rts. 39., párr. 5

²⁰⁴ Cf. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *supra* nota 36, párr. 153

²⁰⁵ Cf. CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Séptimo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, *supra* nota 195, párr. 165.

²⁰⁶ Cf. Corte IDH, 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. 78.

²⁰⁷ Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panama. . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 152 y TEDH, Hadjianstassiou vs. Grecia, Sentencia del 16 de diciembre de 1992, párr. 23.

²⁰⁸ Cf. Corte IDH, *Tristán Donoso vs. Panama*, *supra* nota 207, párr. 153 y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, *supra* nota 169, párr. 107.

²⁰⁹ Cf. TEDH, *Suominen vs. Finlandia*, Sentencia del 1 de julio de 2003, párr. 37.

El derecho de recurrir las decisiones judiciales o administrativas ante un juez o superior se encuentra reconocido en los artículos 8(2)(h) y 25, donde se consagra el derecho-garantía de contar con un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes para obtener la protección o tutela judicial de los derechos humanos. La trascendencia de esta garantía ha generado amplios debates en el seno de organismos de protección de derechos humanos a los fines de determinar el alcance y las implicancias de la misma. En este sentido, tanto la Corte como la CIDH, han establecido que no basta con la mera existencia de un recurso, en términos enunciativos, sino que resulta necesario que se trate de un recurso efectivo en el sentido de “dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”²¹⁰.

Para su efectiva garantía entonces, se vuelve imperativo contar con la posibilidad de que un órgano distinto y de superior jerarquía orgánica²¹¹ —que satisfaga las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia²¹²— examine o reexamine la legalidad de toda sentencia adversa. Asimismo, ese órgano superior debe estar legitimado para controlar la corrección de la decisión, tanto material como formalmente²¹³, para llevar a cabo un nuevo examen integral de la cuestión, de la totalidad de los hechos y el acervo probatorio²¹⁴. Todo ello ha de estar garantido a todo migrante²¹⁵, más allá de la denominación que se le dé al recurso²¹⁶.

En lo que hace específicamente a las decisiones administrativas o judiciales que tengan como resolutivo la expulsión de un migrante, resultará además de suma importancia que los efectos de la interposición del recurso sean siempre suspensivos. Esa será la única manera de asegurar que la orden de expulsión no sea ejecutada hasta tanto haya sido revisada integralmente y hayan quedado agotadas todas las instancias de revisión disponibles para el caso, recayendo sobre el mismo decisión firme y definitiva.

De esta guisa, el Tribunal Europeo ha entendido que no se da cumplimiento a la garantía de contar con un remedio efectivo si éste no goza de efecto suspensivo para impedir la deportación en virtud de una decisión que no se encuentra firme²¹⁷. Por un lado, ello podría producir la lesión a otros derechos (protección de la familia, derecho al trabajo, a la integridad física entre otros) de manera irreversible; y por otro, “la salida del territorio con un expediente en trámite equivaldría, seguramente, a la afectación del debido proceso (administrativo y/o judicial), al no poder estar presente durante el proceso de decisión”²¹⁸.

En el ámbito interno argentino, la nueva ley de migraciones establece que “Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones

²¹⁰ Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 78; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 177; CIDH, *Informe 28/96*, Caso 11.297, *Hernández Lima vs. Guatemala*, párr. 72.

²¹¹ Cf. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158.

²¹² Cf. Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 193; Rodríguez Pinzón, Diego, “The ‘victim’ requirement, the fourth instance formula and the notion of ‘person’ in the individual complaint procedure of the Inter-American Human Rights System”, ILSA Journal of International and Comparative Law, 2001, párr. 51.

²¹³ Cf. CIDH, *Informe 59/07*, Caso 12.293, *Carlos Roberto Moreira vs. Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22, rev. 1 (2007), párr. 53.

²¹⁴ Cf. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, voto concurrente juez Roux Rengifo, párr. 11.

²¹⁵ Cf. CIDH, Relatoria sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, 16 abril 2001, párr. 77(b)

²¹⁶ Cf. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa, vs. Costa Rica*, *supra* nota 211, párrs. 165 y 167; CIDH, *Informe No. 55/97*, Caso 11.137, *Juan Carlos Abella vs. Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 271 (1997), párr. 259.

²¹⁷ Cf. TEDH, K.R.S. vs. Reino Unido, *supra* nota 91, s/n; Gebremedhin vs. Francia, Sentencia del 26 de abril de 2007, párr. 58; Čonka vs. Bélgica, *supra* nota 158, párr. 79.

²¹⁸ Ceriani Cernadas, P., “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, Universidad de Chile, Anuario de Derechos Humanos 2009, pág. 89.

deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión *con efecto suspensivo* y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión²¹⁹.

Por tanto, la ley exige que el órgano de aplicación convine al migrante a regularizar su situación migratoria. De no ocurrir ello en el plazo otorgado, se decretará la expulsión con efecto suspensivo: vale decir, la medida no será ejecutada hasta tanto se considere firme, agotadas todas las vías posibles de defensa con las que cuenta el sujeto. Para ello, se activa *ex officio* un proceso de revisión jurisdiccional de la medida, dando intervención a un juez competente del fuero contencioso administrativo federal, que revisará y declarará si la decisión administrativa se ajusta a derecho.

Por tanto, en contraposición con lo que ocurría durante la vigencia de la Ley Videla, la ley garantiza la existencia de un procedimiento administrativo que será revisado, a instancia misma de la Administración Pública, en sede judicial, lo que evidencia el respeto y apego que la nueva normativa posee en relación con las garantías determinadas en la Convención Americana.

(7.8) El derecho a la protección de la vida privada y familiar como límite a la potestad soberana de los Estados de decretar una expulsión

Una de las fases de la vigencia plena de los derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos de derecho internacional consiste en que estos actúen como un límite al poder discrecional de los Estados. En este sentido, los derechos a la protección de la vida familiar y el respeto por la vida privada actúan como límite al momento de considerar la posibilidad de expulsar una persona²²⁰.

La Corte Interamericana no ha tenido aún oportunidad de expedirse en su jurisprudencia contenciosa sobre las injerencias a la vida privada y familiar que puede generar específicamente la expulsión de un migrante. Sin embargo, la CIDH ha abordado la cuestión en el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos*²²¹.

Allí, la CIDH receptó los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo y del Comité de Derechos Humanos poniendo de resalto que, al momento de aplicar sus políticas migratorias, los Estados deben llevar a cabo una *prueba de equilibrio* en la cual se sopesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general con respecto a los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida privada y familiar²²².

Esta *prueba de equilibrio*, sostiene la CIDH, “es el único mecanismo que se puede utilizar para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos del individuo como las necesidades fijadas por el Estado”²²³. Este método tiene además la virtualidad de garantizar que, cuando la toma de decisiones implique la potencial separación de una familia, esta interferencia sea justificada por una “necesidad apremiante” de proteger el orden público y que los medios son proporcionales al fin buscado²²⁴.

Para ello deberá atenderse a una lista no exhaustiva de criterios a tener en cuenta al momento de decidir sobre la expulsión de una persona. Esta enumeración surge, en gran medida, de los avances jurisprudenciales del Tribunal Europeo, el cual en cada caso realiza un análisis de la

²¹⁹ Ley 25.871 (B.O. 21/1/2004), artículo 61.

²²⁰ Cf. van Djik, P., “Protection of ‘integrated’ aliens against expulsion under The European Convention on Human Rights” en Guild, Elspeth; Minderhoud, Paul (eds), *Security of residence and expulsion: protection of aliens in Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, pag. 24; Comité de Derechos Humanos, *Winata v. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 21 July 2001, para.7(1)

²²¹ CIDH, *Informe 81/10*, *supra* nota 7.

²²² Cf. *Ídem anterior*, párr. 51.

²²³ *Ídem anterior*, párr. 58.

²²⁴ Cf. 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*, *supra* nota 106, párr. 166.

legitimidad de la medida, la necesidad de la misma en una sociedad democrática y su proporcionalidad.

Entre dichos criterios (no taxativos) podemos destacar los siguientes (y algunos de los casos en los que fueron particularmente tenidos en cuenta por el Tribunal):

- a) **La duración de la estadía del migrante en el país que pretende deportarlo.** En este sentido, deberán ser más contundentes los argumentos para justificar la expulsión de migrantes que cuenten con una estancia prolongada en el país que pretende deportarlos²²⁵, incluso si esta estancia ha sido de manera irregular²²⁶.
- b) **La edad que tenía el migrante cuando ingresó al país que pretende deportarlo y el alcance de los vínculos del migrante en su país de origen.** Al tomar en cuenta estos elementos, la prueba de equilibrio sopesa las posibilidades del migrante a poder restablecer y/o recomenzar su vida en su país de origen o en un tercer estado. Es decir, si el migrante ha ingresado al país que pretende deportarlo a una corta edad, es altamente probable que se haya educado, adquirido la cultura y el idioma de ese país²²⁷. Por ello, mientras menor sea la edad del ingreso, mayores son las posibilidades de que sus vínculos con el país de origen sean mínimos o inexistentes, lo cual puede llegar a resultar un obstáculo infranqueable para poder restablecerse.
- c) **La capacidad del migrante para hablar los idiomas principales de su país de origen.** Íntimamente relacionado con el criterio anterior, las posibilidades de readaptarse del migrante serán extremadamente difíciles si acaso no habla el idioma de su país de origen o del país al cual será deportado²²⁸.
- d) **Los vínculos familiares forjados por el migrante.** Éste es el criterio por antonomasia que debe analizarse cuidadosamente al momento de sopesar la injerencia, atendiendo siempre al concepto amplio de familia²²⁹. Esto hará necesario considerar vínculos que exceden la órbita de la familia nuclear clásica, incluso abarcando noviazgos prolongados²³⁰.
- e) **El alcance de las penurias que constituye la deportación del migrante para su familia²³¹.** Este criterio incorpora al análisis el grado de afectación que sufrirá la familia a raíz de la expulsión de uno de sus miembros, considerando cuáles serían las consecuencias en sus dos fases posibles:
 - i. *Si acaso permanecieran a pesar de la expulsión de dicho familiar.* Así, deberá analizarse el grado de dependencia que ostentan los familiares respecto del integrante del cual serán separados²³², teniendo en cuenta la edad de los hijos²³³, la existencia de situaciones especiales de dependencia, como en el caso de niños de corta edad²³⁴, enfermedades²³⁵, etc.
 - ii. *Si acaso decidieran acompañar al familiar expulsado.* Este elemento incorpora el análisis de los vínculos de los familiares del migrante que

²²⁵ Cf. TEDH, *Berrehab vs. Países Bajos*, Sentencia del 21 de junio de 1988, párr. 29; *Maslov vs. Austria*, Sentencia del 23 de junio de 2008, párr. 73

²²⁶ Cf. TEDH, *Zakayev y Safanova vs. Rusia*, Sentencia del 11 de febrero de 2010, párr. 42; *Rodriguez Da Silva vs. Países Bajos*, Sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 44.

²²⁷ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, Sentencia del 18 de octubre de 2006, párr. 58; *Maslov vs. Austria*, *supra* nota 225, párr. 75; *Ezzouhdi vs. Francia*, Sentencia del 13 de febrero de 2001, párr. 34

²²⁸ Cf. TEDH, *Maslov vs. Austria*, *supra* nota 225, párr. 97; *Nasri vs. Francia*, Sentencia del 13 de julio de 1995, párr. 45

²²⁹ Cf. TEDH, *Berrehab vs. Países Bajos*, *supra* nota 225, párr. 21

²³⁰ Cf. TEDH, *Khan A.W. vs. Reino Unido*, Sentencia del 12 de enero de 2010, párr. 44; *Lupsa vs. Rumania*, *supra* nota 15, párr. 21

²³¹ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Madafferri v. Australia*, CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 July 2004, para.9(8).

²³² Cf. TEDH, *Zakayev y Safanova vs. Rusia*, *supra* nota 226, párr. 45

²³³ Cf. TEDH, *Berrehab vs. Países Bajos*, *supra* nota 225, párr. 29

²³⁴ Cf. TEDH, *Lupsa vs. Rumania*, *supra* nota 15, párr. 27

²³⁵ Cf. TEDH, *Zakayev y Safanova vs. Rusia*, *supra* nota 226, párr. 46; *Khan A.W. vs. Reino Unido*, *supra* nota 230, párr. 43

se pretende expulsar con el país al cual sería expulsado. Vale decir, si los familiares fueran completamente extraños y ajenos a la cultura e idioma de ese país y carecieran de todo vínculo con otras personas, entonces mayores serán las penurias que deberán enfrentar si acaso debieran acompañar a su familiar expulsado²³⁶.

- f) **La naturaleza y severidad del delito (o delitos) cometido(s) por el migrante.** Cuando la expulsión de un migrante tiene como antecedente de hecho la comisión de un delito (que incluso en algunos Estados la mera irregularidad migratoria está contemplada en el ámbito penal), debe analizarse la gravedad del delito. Mientras menos grave sea el delito, mayor serán los argumentos que se necesitarán para justificar la expulsión. En este sentido, si bien algunos Estados prevén expresamente en su legislación interna cuáles son los delitos que consideran “particularmente graves” (y con ello pretender justificar la deportación por la mera corroboración de la comisión de dicho delito), deben poder analizarse las circunstancias propias de cada caso concreto, con sus circunstancias atenuantes —como puede ser la pobre salud mental del migrante²³⁷— y agravantes que correspondan. En este sentido, no pueden extraerse parámetros prefijados para determinar la gravedad de los delitos y su correlación con la justificación de la deportación por cuanto existen antecedentes en los que, aún habiéndose probado la comisión de delitos que pueden considerarse “graves”, como lo son los delitos contra la integridad sexual²³⁸ o el comercio o importación de estupefacientes²³⁹, en ellos el Tribunal entendió que no estaba probada la necesidad apremiante del Estado para deportarlos.
- g) **La edad del migrante en el momento que cometió el delito.** La edad a la que el migrante incurrió en la conducta delictiva puede ofrecer uno de los elementos atenuantes que consideramos en el apartado anterior. En este sentido si los delitos fueron cometidos a una corta edad, puede que se requieran mayores elementos para justificar la expulsión²⁴⁰.
- h) **El período transcurrido desde que el migrante tuvo actividad delincuencial y su conducta desde entonces.** Este criterio permite analizar en extensión del lapso de tiempo entre la conducta delictiva y el momento en que se pretende expulsar al migrante, si acaso ha reincidido en su conducta delictiva²⁴¹ y/o si ha mostrado voluntad de mantener buen comportamiento sin reincidir²⁴². Si se tratare pues de una persona con un solo o pocos antecedentes que daten de un tiempo considerablemente anterior a la deportación y luego de los cuales mostró buena conducta, entonces se necesitarán más argumentos para justificar la expulsión.
- i) **Pruebas de la rehabilitación del migrante, con respecto a su actividad criminal.** Íntimamente ligado al criterio anterior, todo lo que el migrante haya hecho en pos de rehabilitarse y reintegrarse a la sociedad debe ser tenido en cuenta al momento de analizar la necesidad de expulsarlo, por cuanto este elemento puede desvirtuar el argumento de que la persona representa un peligro o una amenaza para la seguridad del Estado o el orden público.

²³⁶ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, *supra* nota 227, párr. 64; *Amrollahi vs. Dinamarca*, Sentencia del 11 de julio de 2002, párr. 41; *Omojudi vs. Reino Unido*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009, párr. 46; *Boultif vs. Suiza*, Sentencia del 2 de agosto de 2001, párr. 53

²³⁷ Cf. TEDH, *Nasri vs. Francia*, *supra* nota 228, párr. 43

²³⁸ Cf. TEDH, *Omojudi vs. Reino Unido*, *supra* nota 236, párr. 44; *Nasri vs. Francia*, *supra* nota 228, párr. 42

²³⁹ Cf. TEDH, *Mehemi vs. Francia*, Sentencia del 26 de septiembre de 1997, párr. 37; *Amrollahi vs. Dinamarca*, *supra* nota 236, párr. 36; *Khan A.W. vs. Reino Unido*, *supra* nota 230, párr. 40

²⁴⁰ Cf. TEDH, *Maslov vs. Austria*, *supra* nota 225, párr. 95

²⁴¹ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, *supra* nota 227, párr. 63; *El Boujaïdi vs. Francia*, Sentencia del 26 de septiembre de 1997, párr. 40; *Bouchelika vs. Francia*, Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 47; *Joseph Grant vs. Reino Unido*, Sentencia del 8 de enero de 2009, párr. 40.

²⁴² Cf. TEDH, *Boultif vs. Suiza*, *supra* nota 236, párr. 51; *Khan A.W. vs. Reino Unido*, *supra* nota 230, párr. 41

- j) **Los esfuerzos realizados por el migrante para obtener la ciudadanía en el Estado receptor.** El hecho de que la persona haya regularizado su situación migratoria o haya hecho todo lo que estuviera a su alcance da muestras claras de su voluntad de cumplir con las normas internas y estabilizar su situación en el país. En muchos casos, el descuido o la desidia respecto de la irregularidad migratoria ha servido como un elemento que complica la situación del migrante, aportando un elemento más para justificar su extrañamiento²⁴³.

Fue a partir del caso *Boultif vs. Francia*²⁴⁴ que el Tribunal Europeo fue desarrollando progresivamente la mayor parte de estos criterios. Asimismo, a partir del caso *Üner vs. Países Bajos*, el tribunal puntuó dos criterios adicionales:

- k) **El interés superior y el bienestar del niño, y en particular las dificultades que encontraría en el país al cual se pretende deportar a su padre y/o madre.** El tribunal mencionó el hecho de que este criterio podía encontrarse implícito en los detallados aquí arriba²⁴⁵. Sin embargo, dadas las consecuencias que puede tener una medida de expulsión para un niño²⁴⁶, el Tribunal consagró este elemento como un criterio autónomo.
- l) **El grado de solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares que ha desarrollado el migrante el país que pretende deportarlo** (en contraste con aquéllos que tiene en el país al cual se lo deportará)²⁴⁷. Este último criterio plantea un examen de contraste entre los vínculos del migrante en el país en el que se encuentra y aquellos que mantiene con su país de origen, considerando no sólo los lazos familiares sino de manera amplia todos aquellos que pueda haber establecido a nivel social y cultural, como parte de su vida privada²⁴⁸.

En relación a este último punto, es dable destacar la diferenciación hecha por el Tribunal Europeo en relación a la protección de la “vida privada” y la protección de la “vida familiar”, también a partir del caso *Üner vs. Países Bajos*. En este sentido, el Tribunal puso de manifiesto que no todos los migrantes, hayan tenido o no una prolongada estadía en el país que pretende deportarlos, desarrollan necesariamente vínculos que puedan encuadrarse dentro del concepto de “vida familiar”. Sin embargo, la protección a la “vida privada” viene a resguardar el derecho de toda persona a establecer vínculos con otros seres humanos y el entorno en general, pudiendo abarcar aspectos de la identidad social de la persona. Por ello, “la totalidad de los vínculos sociales” establecidos por el migrante con la comunidad en la que vive forman parte del ámbito de su “vida privada” y son merecedores de igual protección y deberán ser analizados al momento de sopesar la proporcionalidad y necesidad de una expulsión²⁴⁹.

Una vez más, esto no implica que el Estado haya perdido toda potestad de expulsar al migrante que haya generado un vínculo familiar, social o cultural a lo largo de los años, pero sí será condición necesaria para expulsarlo en legal forma el realizar un ejercicio de ponderación o balance para analizar la “convencionalidad” de tal decisión.

²⁴³ Cf. TEDH, *Omojudi vs. Reino Unido*, *supra* nota 236, párr. 45

²⁴⁴ TEDH, *Boultif vs. Francia*, *supra* nota 236, párr. 48.

²⁴⁵ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, *supra* nota 227, párr. 58.

²⁴⁶ Cf. TEDH, *Maslov vs. Austria*, *supra* nota 225, párr. 82

²⁴⁷ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, *supra* nota 227, párr. 62; *Onur vs. Reino Unido*, Sentencia del 17 de febrero de 2009, párr. 54; *Joseph Grant vs. Reino Unido*, *supra* nota 241, párr. 37; *Maslov vs. Austria*, *supra* nota 225, párr. 48; *Chair y J. B. vs. Alemania*, Sentencia del 6 de diciembre de 2007, párr. 59 y *Kaya vs. Alemania*, Sentencia del 28 de junio de 2007, párr. 55.

²⁴⁸ Cf. TEDH, *Kaftailova vs. Letonia*, Sentencia del 22 de junio de 2006, párr. 63; *Shevanova vs. Letonia*, Sentencia del 15 de junio de 2006, párr. 66; *Sisojeva y otros. vs. Letonia*, Sentencia del 16 de junio de 2005, párr. 102

²⁴⁹ Cf. TEDH, *Üner vs. Países Bajos*, *supra* nota 227, párr. 59; *Maslov vs. Austria*, *supra* nota 225, párr. 68; *Sisojeva y otros vs. Letonia*, *supra* nota 248, párr. 103

En atención a todo ello, Cançado Trindade sostiene que los Estados ya no tienen discrecionalidad total de expulsar de su territorio extranjeros que ya hayan establecido un vínculo genuino con ellos²⁵⁰.

No obstante lo expuesto, no debe perderse de vista que el criterio utilizado por el Tribunal Europeo deja un amplio margen de apreciación -e incluso de discrecionalidad- a los Estados, dentro del cual casos que presenten circunstancias similares podrían ser resueltos en sentido contrario, no sólo al interior del propio Estado sino incluso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo²⁵¹.

Respecto de aquellos casos en los que la deportación genera la deportación del núcleo familiar integrado por niños, debe tenerse particularmente en cuenta que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida familiar²⁵². Por ello, en tales casos la normativa aplicable comprenderá, además, todas las normas de protección de niños, y en particular deberá tenerse en cuenta que, en función del interés superior del niño, la separación de su núcleo familiar sólo "debe ser excepcional"²⁵³.

Teniendo en cuenta especialmente este último criterio, en el caso *Lupsa vs. Rumania* se determinó que, contando con una completa integración del migrante a la vida del país y teniendo una familia genuina, su deportación implicaría una interferencia en su vida privada y familiar imposible de ser subsanada siquiera con visitas regulares de su hijo²⁵⁴.

Por otra parte, así como en la protección de la vida familiar va ínsita la protección de todo niño o niña, los derechos del niño concebido como sujeto titular de los mismos y que tiene un interés concreto en la resolución que se adopte, también deberán ser específicamente ponderados al momento de resolver en sede interna la expulsión de una persona.

En esta inteligencia, no puede dejar de mencionarse que la Convención sobre los Derechos del Niño prevé expresamente en sus artículos 9 y 10 que los Estados Partes deberán velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Asimismo, prevé que "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".

La Convención prevé también que cualquier solicitud de un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva; se garantizará, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. En el caso de que el niño y sus padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener

²⁵⁰ Cançado Trindade, Antônio A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal", *supra* nota 9, p. 46; *Beldjoudi vs. Francia*, Sentencia del 26 marzo de 1992, párr. 79; Redpath, Jillyanne, "Legislación migratoria, soberanía estatal y derechos humanos" en AA.VV., *Compilación de trabajos del Seminario sobre legislación migratoria*, Infoterra Editores S.A., San José, 2008, p. 20.

²⁵¹ Así el tribunal ha convalidado injerencias en la vida privada y familiar dando crédito a la aplicación del "magen de apreciación" de los Estados en los siguientes casos, entre otros: TEDH, *Kamaliyev vs. Rusia*, Sentencia del 3 de junio de 2010, párrs. 62 a 65 (con una opinión disidente en sentido contrario sobre este aspecto); *Miah vs. Reino Unido*, Decisión sobre admisibilidad del 27 de abril de 2010, s/n.

²⁵² Cf. TEDH, *Saviny vs. Ucrania*, Sentencia del 18 de diciembre de 2008, párr. 47; *Buchberger vs. Austria*, Sentencia del 20 de diciembre de 2001, párr. 35; *T y K vs. Finlandia*, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 151; *Elsholz vs. Alemania*, Sentencia del 13 de julio de 2000, párr. 43; *Bronda vs. Italia*, Sentencia del 9 de junio de 1998, párr. 51; *Johansen vs. Noruega*, Sentencia del 7 agosto de 1996, párr. 52 y *McMichael vs. Reino Unido*, Sentencia del 24 de febrero de 1995, párr. 86.

²⁵³ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 77.

²⁵⁴ Cf. TEDH, *Lupsa vs. Rumania*, *supra* nota 15, párr. 27.

periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

De esta manera, el accionar discrecional de los Estados se ve limitado por la obligación de atender los requerimientos de unificación familiar en forma positiva y humanitaria. De la misma forma que la persona sujeta a proceso tiene derecho a que se respeten los vínculos familiares y de otra índole que haya generado a lo largo del tiempo, el niño o niña que pueda llegar a verse afectado tiene derecho a solicitar no ser separado de sus padres y mantener el contacto con ellos.

Tales previsiones deben necesariamente leerse de la mano del artículo 12(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que el niño tiene derecho a participar en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura, lo que implica necesariamente que sus intereses sean tomados en cuenta²⁵⁵. La Corte Interamericana ha precisado que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto, por lo cual deberán tomarse en consideración a los fines de acordar tal participación, el grado de desarrollo físico e intelectual, la experiencia y la información que posee el niño y en dicha ponderación se procurará su mayor acceso -en la medida de lo posible- al examen de su propio caso²⁵⁶. En este sentido, ha establecido que “la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años”, en virtud de lo cual “debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior”²⁵⁷.

Mas en ese marco de actuación deberá procurarse escuchar al niño, sopesar sus intereses, dar intervención a los funcionarios designados en la estructura judicial para resguardar sus intereses y finalmente, orientar también la decisión final en función del interés superior del niño. De existir niños o niñas en el grupo familiar y no hacer referencia alguna a ellos en la resolución, podrá generar una violación al derecho a contar con una sentencia fundada como ya ha sido analizado, además de ser susceptible de generar la responsabilidad internacional del Estado de que se trate.

De esta forma, en cada acto administrativo donde se resuelve la expulsión de un sujeto, la autoridad de aplicación debe efectuar un balance entre los intereses que el Estado persigue y los derechos del sujeto que entran en crisis con tal resolución.

Nótese que el artículo 61 de la ley de migraciones argentina que hemos transcripto en el apartado anterior, enumera, como factores a tener en cuenta al momento de cominar a un migrante a regularizar su situación migratoria, las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales. Este apartado, por tanto, pretende analizar cómo son analizados tales factores a la luz de la normativa del derecho internacional, qué se entiende por “demás condiciones personales y sociales” (o que podría llegar a entenderse) y cuál es el balance de ponderación que debe realizarse entre tales factores en relación con el derecho de una persona a permanecer en un país y la potestad soberana de los Estados de resolver quién ingresa y quien permanece en su territorio.

(8) Conclusiones

Todo lo hasta aquí desarrollado da cuenta de las innumerables herramientas a las que se puede, y se debe, recurrir al momento de peticionar, bregar y, bien valga, batallar por los derechos humanos de las personas migrantes. Hemos humildemente pretendido facilitar estos contenidos a todo quien que pueda interesarle, albergando la esperanza de que logren ofrecer una hoja de ruta sugerida para la acción concreta en los diversos foros en los que tiene el lugar el constante debate sobre la cuestión migratoria.

²⁵⁵ Cf. 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*, supra nota 106, párr. 163.

²⁵⁶ Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 253, párrs. 93, 101 y 102; Beloff, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 109 y 110.

²⁵⁷ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 253, párr. 101.

En lo que hace a los defensores de los derechos humanos de personas migrantes, sean abogados, antropólogos, sociólogos, asistentes sociales o, mejor aún, seres humanos con sed de justicia, creemos firmemente de que es vital que su labor cotidiana esté siempre impregnada por el convencimiento indubitable de que la condición migratoria no puede ser, en ningún caso, obstáculo alguno para que sean observadas, de manera estricta, todos los estándares del debido proceso, en especial los desarrollados en este trabajo, en todo caso en el que se discuta una eventual expulsión.

Y de la mano de ese ímpetu, se debe poder mirar más allá de la disquisición forense de si una expulsión es acaso una sanción administrativa, una pena accesoria, una pena *per se*. Lo que se debe tener siempre como pauta, quizás recobrando algo de la sabiduría de la Antigua Grecia, es que una expulsión es uno de los castigos más dolorosos que una persona puede sufrir. Ya de por sí la palabra misma, y el uso que suele dársele en el lenguaje cotidiano, nos da una idea de las connotaciones que puede adquirir. Así como a quien se atora, se le hace *expulsar el cuerpo extraño* alojado en su tráquea, se expulsa *lo indeseado, lo nocivo y lo que sobra*.

Todos esos epítetos formarán parte del imaginario bien concreto, valga la paradoja, con el que convivirá una persona que pueda ser alcanza por una orden de deportación. No es nada menos que un castigo que es capaz de arrancarlo de cuajo de un lugar al que mucho esfuerzo hubo de costarle llegar, como un huracán que arranca un árbol austral y expone sus raíces a la luz del día, truncando de manera permanente todo su porvenir.

Aún no ha llegado, y lejos parece estar, la hora en que los vientos huracanados que arrancan árboles de cuajo hayan dejado de soplar. De hecho, en ocasiones, se los oye más fuertes que nunca y los pronósticos no son alentadores.

Por eso, en este vendaval imperante, el ímpetu incansable en la batalla por la exigibilidad los derechos de las personas que se han visto en la necesidad de migrar es la herramienta por autonomía para que todos los desarrollos teóricos en los que hemos profundizado en este trabajo se traduzcan en hechos concretos que logren cambiar la realidad, demasiadas veces precaria.

Una gota de agua es endeble y efímera en su existencia. Pero si tan sólo logra penetrar en alguna de las grietas de una enorme roca, congelarse y aumentar de volumen, será capaz de resquebrajarla y terminar por hacerla pedazos.

Así ha de verse la defensa de los derechos de los migrantes. Una labor en la que cada gota logre cristalizarse y paulatinamente corra más las rigideces de las regulaciones migratorias. Una labor en la que la interacción entre los ámbitos locales, regionales y universales cobra estratégica relevancia.

Cançado Trindade sostiene que en esta materia “se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes”²⁵⁸. Así pues, debe darse, nos atrevemos a decir, una lectura *apasionada* de los progresivos avances jurisprudenciales en materias como ésta, en las que se ponen en tela de juicio prácticas estatales arraigadas a lo largo de décadas. Serán las contiendas pacíficas dadas en los campos del cabildo incansable y el litigio en foros nacionales e internacionales las que llevarán, poco a poco, a poder ver realizado el objetivo de máxima que acalle de una vez los vientos huracanados y dé a todos la posibilidad de vivir donde sólo soplen las brisas que uno más prefiera disfrutar. Será ese el día en que hayamos logrado la consagración expresa, el pleno respeto y la garantía concreta del derecho a migrar como derecho humano inalienable.

²⁵⁸ Corte IDH, *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, supra nota 161, Voto del juez Cançado Trindade, párr. 7