

Estudios de Derecho

Fundada en 1912

Estudios de Derecho
ISSN: 0120-1867
ISSN: 2145-6151
Universidad de Antioquia

García**, Lila
Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
sobre garantías del debido proceso en el control migratorio*
Estudios de Derecho, vol. 77, núm. 169, e5, 2020, Enero-Junio
Universidad de Antioquia

DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n169a05>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=647968648005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM 

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

CONSEJOS PARA PERSONAS MIGRANTES

Si vas a otro país y estás de paso por Colombia

- ✓ Guarda tus documentos en una bolsa plástica hermética para evitar que se dañen con el agua.
- ✓ Desconfía de ofertas de trabajo fáciles. Pueden ser falsas y peligrosas.
- ✓ Lleva ropa adecuada para el clima frío y cálido, y calzado resistente.
- ✓ Procura viajar de día y en grupo.

Mantén el contacto con tu familia

- ✓ Si una persona que viaja contigo es detenida, desaparece, sufre un accidente o fallece, informa a las autoridades, a la Cruz Roja y si es posible a sus familiares.
- ✓ Evita usar teléfonos de desconocidos. No permitas que marquen el número y borra los registros de tus llamadas.
- ✓ Entrega a tu familia copias de tus documentos importantes y una fotografía reciente.
- ✓ Memoriza sus teléfonos. Avisales antes de cruzar una frontera y cuando llegues a tu destino.

Si viajas con menores

- ✓ No te separes nunca de ellos. Asegúrate de que memoricen tus datos de contacto (☎, 📱, 📧) y sus datos de identidad (nombres y fecha de nacimiento) y un plan a seguir en caso de separación.
- ✓ Si no los encuentras, notifícalo y pide ayuda a las autoridades o a la Cruz Roja.
- ✓ Si tienes que dejarlos a cargo de otro adulto de confianza, ten en cuenta que las autoridades podrán exigirte una autorización notarial.
- ✓ Si usas baños alejados, pide a alguien de confianza que te acompañe y no dejes que los niños vayan solos.

En ruta...

- ✓ Al iniciar una caminata: evita deshidratarte o sufrir quemaduras por el sol. Camina en sentido opuesto a los vehículos, usa ropa clara y con elementos reflectivos. Evita que los niños se expongan a los vehículos.
- ✓ No olvides llevar contigo: una linterna, fósforos o encendedor, bloqueos, ropa de cambio en una bolsa plástica, y calzado cómodo, resistente y con suela antideslizante.
- ✓ Si caminas trayectos largos: evita caminar solo, bebe agua o suero en cantidades suficientes.
- ✓ No te ocultes en vehículos o en espacios reducidos donde podrías asfixiarte o enfermarte.
- ✓ No subas solo al vehículo de una persona desconocida.

Cuida tu salud

- ✓ En caso de sufrir una agresión sexual, acude cuanto antes (sin esperar más de 3 días) al centro de salud público más cercano para recibir atención gratuita.
- ✓ Si tienes una enfermedad crónica o usas anticonceptivos, lleva tus medicinas, aprende sus nombres o lleva la fórmula médica.
- ✓ Si estás embarazada, trata de descansar lo suficiente, alimentarte bien y evitar esfuerzos innecesarios. Realiza tus controles prenatales. En caso de dolor de cabeza intenso, sangrado o pérdida de líquidos por la vagina acude de inmediato a un puesto de salud.
- ✓ Tienes derecho a recibir atención gratuita en caso de emergencia médica.
- ✓ Usa repelente.

📱 cizc_americanas 📱 CICR Colombia 🐦 @CICR_co

+C Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja



Fotografía de Frank So

Estudios
de Derecho

Fundada en 1912



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio*

Lila García**

Resumen

Este artículo sistematiza los estándares actuales de las garantías del debido proceso, en torno a las distintas instancias del control migratorio para analizar sus posibilidades de interpretación en pos de una mejor protección de la persona humana en movilidad. Estos estándares son los que surgen principalmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y son complementados con aquellos del sistema universal de protección. En particular, en los últimos años el SIDH ha sido prolífico en jurisprudencia contenciosa y consultiva, así como en informes y otros documentos referidos al control migratorio, y ha dedicado especial énfasis a las garantías del debido proceso aplicables. En pos de aprovechar estos desarrollos, que con frecuencia refieren de manera genérica el "proceso", el "control" o las "políticas" migratorias, la sistematización que llevará adelante este trabajo busca identificar estas garantías, tal como se han plasmado explícitamente para las tres instancias más visibles de este control: el ingreso y el rechazo en frontera, la circulación y la detención, y finalmente, la expulsión o deportación; identificando además a qué categoría alude cada estándar (extranjero/a, migrante, solicitante de asilo, refugiado/a, etc.). A partir de estos estándares concretos se evaluarán las posibilidades de extensión de tales garantías a otras instancias o categorías.

Palabras claves: garantías del debido proceso; migraciones; Derechos Humanos; política migratoria; sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Standards of the Inter-American Human Rights System on guarantees of due process in immigration control

Abstract

This article systematizes the current standards of due process guarantees around the different instances of immigration control to analyze their possibilities of interpretation in order to better protect the person in mobility. These standards are those that arise mainly from the Inter-American Human Rights System (IACHR) and are complemented by those from the universal protection system. In particular, in recent years the IACHR has been prolific in contentious and advisory jurisprudence, as well as in reports and other documents related to immigration control, and has devoted special emphasis to the due process guarantees applicable. In order to take advantage of these developments, which are often referred to in a generic way as the "process", the "control" or the migration "policies", the systematization that will carry out this study seeks to identify these guarantees, as they have been explicitly expressed by the three most visible instances of this control: entry and rejection at the border, circulation and detention, and finally, expulsion or deportation. We also identified which category each standard refers to (foreigner, migrant, asylum seeker, refugee, etc.). Based on these specific standards, the possibilities of extending such guarantees to other instances or categories will be evaluated.

Keywords: guarantees of due process, migrations; Human Rights, immigration policy; Inter-American Human Rights System.

Modelos do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos referentes às garantias do devido processo no controle da imigração

Resumo

Este artigo sistematiza os padrões vigentes das garantias do devido processo, ao redor das diversas autocracias do controle da imigração, para analisar suas possibilidades de interpretação, visando proteger melhor a pessoa humana em mobilidade. Estas normas são aquelas que surgem primordialmente do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos (CIDH) e são aprimoradas por aquelas do sistema de proteção universal. Em especial, nos últimos anos, a CIDH tem sido abastada em jurisprudência contenciosa e consultiva, bem como em informes e outros textos de suporte referentes ao controle da imigração, e dedicou ênfase especial às garantias do devido processo, executáveis. Para tirar proveito destes desenvolvimentos, que geralmente resultam atinentes naquele jeito genérico ao "processo", e com as políticas de "controle" ou "migração", a sistematização que fará esta dissertação anseia assinalar ditas garantias, acorde expressamente, àquelas expressas para as três instâncias mais notórias neste controle: entrada e rejeição na fronteira, circulação e interditado e, finalmente, a expelido ou deportação; determinando igualmente - a qual categoria cada norma - resultar atinente (expatriado, migrante, requerente de asilo, refugiado etc.). Afincados nestes padrões específicos, serão examinadas as alternativas de pospor tais garantias a outras instâncias ou categorias.

Palavras-chave: garantias dum processo pertinente; migração, Direitos Humanos; política de imigração; sistema Interamericano dos Direitos Humanos.

* Artículo de investigación. Este trabajo comenzó y se convirtió en un primer borrador durante mi estancia en la Universidad de Fortaleza (Ceará, Brasil) durante noviembre-diciembre de 2015 y gracias al financiamiento del MINCYT (Argentina) y CAPES (Brasil). Desde allí comenzó un derrotero accidentado que demoró su publicación hasta ahora, no obstante, lo cual es una versión lo más actualizada posible. Finalizado en 2017, actualizado a 2019.

** Investigadora adjunta y de tiempo completo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) con lugar de trabajo en la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Doctora por la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Relaciones Internacionales. Correo electrónico: garcia.lila@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4666-9717>

Cómo citar este artículo: García, L. (2020). Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 119-144
DOI: 10.17533/udea.esde.v77n169a05

Fecha de recepción: 14/09/2019 Fecha de aceptación: 05/11/2019



Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio

Presentación

La referencia a los Derechos Humanos se ha vuelto un lugar frecuente en los estudios y políticas de migraciones en América Latina. En los últimos años, la producción internacional sobre las implicaciones de la incorporación de los Derechos Humanos en el ámbito de las migraciones ha sido prolífica, desde preocupaciones en contextos más amplios (Freeman, 2006; Joppke, 1998; Mármora, 2002; Sassen, 1998) a estudios específicos (Benhabib, 2004; Bruch, 2007; Bustamante, 2002b; Money, 1998; Noll, 2010). En Argentina, por ejemplo, las leyes de migraciones (25871) y de refugiados (26165), las cuales recogen una perspectiva de Derechos Humanos, “abrieron una etapa en el estudio de la política argentina” y en particular, “la nueva legislación migratoria [...] continuó concentrando la atención de la mayoría de las investigaciones sobre las políticas migratorias en Argentina” (Domenech y Pereira, 2017, pp. 94-95).

Buena parte de este interés se debió a la sinergia (García, 2016a) producida desde los procesos de integración regional, los consultivos de migraciones, los cambios domésticos, sobre todo, a partir de la renovación de marcos legales de los países de la región y los desarrollos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Muy particularmente, los órganos principales del SIDH (la Comisión o CIDH y la Corte o Corte IDH) han sido bastante prolíficos estos últimos años en temas de migraciones, asilo y refugio. Desde 2003 cuando se emitiera la Opinión Consultiva (OC) n.º 18 sobre trabajadores migratorios (mudando así la idea de “extranjeros” a que refería la OC-16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999) se han producido varios documentos, entre informes, sentencias en casos contenciosos y otra opinión consultiva.

En orden cronológico, se cuentan el caso “Vélez Loor” (2010) y el mismo año, el informe de la CIDH sobre detenciones de migrantes en Estados Unidos; los casos “Nadege Dorzema” (2012), “Pacheco Tineo” (2013) y el informe de la Comisión

sobre el tránsito de migrantes en México (también de 2013), y en 2014, el caso sobre “Personas Dominicanas” y la Opinión Consultiva n.º 21 sobre niñez migrante, solicitada desde el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En 2015, la Comisión emitió su informe “Refugiados y migrantes en Estados Unidos. Familias y niños no acompañados” donde responde a la “crisis humanitaria” y plantea estándares generales (tales como no devolución, no detención, etc.) y específicos para ciertos grupos (solicitantes de asilo, familias y niños, niñas y adolescentes, [NNA]) y más recientemente (2016), uno sobre estándares en movilidad humana.

Mayormente, estos desarrollos se concentran en un aspecto particular de las políticas migratorias llevadas a cabo por los Estados: el control migratorio¹. Aunque la Corte mantiene un concepto estrecho de lo que significa la política migratoria en general al definirla como “todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de la población nacional o extranjera fuera de su territorio” (Corte IDH, 2003, párr. 163), esto no hace más que subrayar la importancia del control migratorio (entendido básicamente como aquél dirigido a administrar la entrada, circulación y salida de población extranjera) dentro de la política migratoria de un Estado, ya que llega a cooptar la definición misma de política migratoria².

En este marco, la presente contribución se propone sistematizar los principales estándares en Derechos Humanos desarrollados principal, pero no exclusivamente, por el SIDH en torno a las garantías del debido proceso aplicables a personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas en tres momentos cruciales del control migratorio: el ingreso y el rechazo en frontera; la circulación y la detención y, finalmente, la expulsión o devolución. Para ello, se basa en un relevamiento documental de las fuentes específicas (jurisprudencia, informes, etc.) producidos por el sistema de protección de Derechos Humanos en los últimos años³.

1 Otros casos referidos a personas migrantes, como “Niñas Yean y Bosico”, no son abordados en este artículo ya que no tratan de control migratorio sino, en todo caso, de las consecuencias de la aplicación de una cierta política migratoria.

2 Existe acuerdo en señalar que “las políticas migratorias son parte de las políticas públicas y, por tanto, corresponde al gobierno de cada Estado tomar las decisiones básicas para definirlas y poder aplicarlas” (Mármora, 2002, p. 79) En este sentido, incluso los organismos de protección de derechos humanos a nivel internacional han reconocido que “en el ejercicio de su facultad de fijar las políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la Convención Americana” (Corte IDH, 2010, párr. 97, énfasis agregado).

3 Tal propósito no se debe a la carencia de *raccontos* en torno a garantías del debido proceso. El SIDH ha emprendido tal tarea en uno de los primeros cuadernos de jurisprudencia de la Corte IDH (el n.º 2, sobre migrantes, publicado en 2015) y también la Comisión IDH ha publicado en 2016 su informe *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. En el primer documento, las garantías del debido proceso son abordadas en una gran sección (“Debido proceso, art. 8”) y en tres subsecciones: a propósito de la determinación de la condición de refugiado/a, de la libertad personal (“revisión judicial de la medida de detención y recursos efectivos”) y del extranjero sujeto a expulsión o deportación. Por su parte, la CIDH dedica un capítulo específico a las “garantías procesales en el marco de procedimiento de

La utilidad de emprender esta sistematización busca identificar (i) a qué instancia del control se refiere la jurisprudencia (ingreso, residencia, expulsión, etc.) y (ii) a cuál figura protege específicamente (migrante, solicitante de asilo y refugiado/a) para así identificar las lagunas o desarrollos más débiles y evaluar luego las posibilidades de interpretación y extensión a otras instancias y personas. Como aspiración de máxima, se espera que el presente trabajo sirva para el quehacer de defensores, activistas y operadores jurídicos.

Por último, si bien estas garantías no evitan que una persona extranjera sea devuelta o expulsada, su desarrollo y codificación progresivos permiten identificar situaciones en las cuales su aplicación efectiva podría tener tal efecto y, en todo caso, los estándares interamericanos son mejores en este punto que los europeos: Anquela (2016) es quien señala (aún con toda la sorpresa que esto pueda suponer) que el sistema europeo no prevé garantías para el control migratorio. En un contexto regional que ha puesto en marcha la maquinaria xenófoba y expulsiva de migrantes (Estados Unidos, Brasil, Argentina, etc.), sedimentar las herramientas existentes en materia de Derechos Humanos se presenta como uno de los últimos recursos.

Garantías del debido proceso: algunos puntos de partida

Las garantías del debido proceso cuentan con aportes tempranos en el marco del SIDH y se señala que han desarrollado una amplia jurisprudencia respecto de su alcance (CIDH 2016, párr. 288). Según la antigua definición de la misma Corte (en la Opinión Consultiva n.º 9/87), basada en el artículo 8 de la CADH⁴, las garantías

deportación o expulsión". En cuanto a la producción académica, el minucioso trabajo de Mendos y Muñoz (2013) se refiere a las garantías procesales en procesos de **expulsión** de migrantes.

- 4 "Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

del debido proceso legal abarcan aquellas condiciones que deben reunirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos están bajo consideración judicial. Luego, se especificó su vigencia dentro de los procedimientos administrativos, especialmente aquellos con carácter sancionatorio (Corte IDH, 2001) y particularmente, con respecto a personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas (Corte IDH, 2013, párr. 130; 2014a, párr. 349).

El esquema argumentativo para afirmar sus garantías tiene tres capas: (i) primero, que el debido proceso debe ser garantizado para todas las personas sin discriminación, esto es, sin diferenciación por estatus legal; (ii) segundo, que han sido reconocidas como un grupo con particular vulnerabilidad y (iii) tercero, que mayores obligaciones pueden ser exigibles en función de ella.

En primer lugar y a nivel de garantías generales, los organismos de protección han reiterado, frente a las prácticas estatales, que “el debido proceso es un derecho que debe ser garantizado independientemente del estatus migratorio de la persona” (Corte IDH, 2003, párr. 107; 2010, párr. 142; 2012, párr. 157)⁵. Por ejemplo, en el caso “Nadege” (Corte IDH, 2012) la Corte refuerza aquel argumento al reafirmar que el debido proceso “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante **cualquier acto del Estado que pueda afectarlos**” (Corte IDH, 2012, párr. 156). Este punto de partida nos habilitará, hacia el final, para cubrir con garantías del debido proceso las distintas instancias de control migratorio (frontera, detención, expulsión, etc.) y, en definitiva, cualquier acto dentro de la política migratoria que pueda afectar a personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas donde podemos incluir los pedidos de residencia, regularización, cambio de categoría, etc.

En cuanto a sus particulares necesidades de protección, existe acuerdo entre los organismos de Derechos Humanos en reconocer la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes (Bustamante, 2002a; Corte IDH, 2003, párr. 112; 2010, párr. 98; 2012, párr. 152). Esta vulnerabilidad que Bustamante señala como “estructural” ocurre por el solo hecho de cruzar una frontera hacia un Estado del cual la persona no es nacional y se ve agravada o “interseccionada” por otras variables: ejemplo, si la persona está detenida (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr. 15; Corte IDH, 2012, párr. 164), si se trata de personas refugiadas o que soliciten asilo (Corte IDH, 2013, párr. 128)⁶, niños/

5 Paralelamente, el Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas (órgano de supervisión de la *Convención de Trabajadores Migrantes y sus familias*) ha reconocido, por ejemplo, que “cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad o en la condición migratoria constituye una discriminación” (Comité de Trabajadores Migratorios-NU, 2013, párr. 18).

6 Bustamante (2002a), por ejemplo, entiende la vulnerabilidad, como sujetos de derechos, de las personas migrantes en los siguientes términos: el estado o condición de carencia de derechos y de acceso a recursos para su protección.

as, personas de edad, personas con discapacidad, mujeres embarazadas (Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-UN, 2014, sec. 16). Estas condiciones activan la obligación de elevar las garantías mínimas de debido proceso. Como consecuencia, se afirma que “la base de las políticas de migración debería ser la protección de los migrantes, independientemente de su condición jurídica o el modo de entrada” (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2011, párr. 21).

Lo interesante es que, a diferencia de otras situaciones de vulnerabilidad, aquí son los Estados mismos quienes crean la situación estructural que genera la condición de vulnerabilidad, principalmente por vía de los regímenes legales de extranjería o de migración (García, 2016a). Entonces, a diferencia de otras condiciones de vulnerabilidad que son mayormente sociales (ser niño, ser mujer, ser anciano/a, etc.), la de las personas en movilidad es creada específicamente, administrada y recreada por el Estado. Mientras que aquellas diferencias se diseminan en los pliegues del conjunto social, la vulnerabilidad en torno a ellas irradia primeramente desde un formato legal⁷. Esta circunstancia es importante para pensar en la responsabilidad más agravada del Estado y para extremar la interpretación pro persona.

A continuación, repaso entonces tres momentos del control migratorio y las garantías que corresponden a cada uno: (i) el ingreso y rechazo en frontera; (ii) la residencia, circulación y la detención; (iii) la expulsión.

1. Ingreso y rechazo en frontera

Esta es la etapa con menos desarrollo y cuenta con las limitaciones derivadas de la falta de reconocimiento de un derecho humano a ingresar o migrar a un país distinto al de la nacionalidad; aunque varias normativas internas han reconocido aquél derecho (Argentina, Bolivia, Ecuador, Uruguay) y se han hecho varios esfuerzos interpretativos para derivar su existencia de los instrumentos internacionales vigentes, según Heffes y Goldar (s.f.), la realidad es que el derecho humano a migrar no existe de manera vinculante a nivel internacional. Otra limitación está dada por el tránsito humano entre países, una dimensión de análisis en sí misma: pese a la obligación de los Estados de proteger a toda persona presente en el territorio o sujeta a su jurisdicción, la transitoriedad parece licuar tal mandato. En ese

⁷ Esto, por supuesto, no suprime la dimensión social de la condición de vulnerabilidad (que traduce en distintos niveles de la sociedad aquella diferencia estructural) ni tampoco, lo que la Corte IDH llama “la dimensión ideológica que es mantenida de jure o de facto” (Corte IDH, 2003, párr. 112; 2010, párr. 98), una dimensión que naturaliza la diferenciación de población entre “nativos”, “naturales” (lo natural es nacer y “ser” de un Estado) y extranjeros. Es una construcción social (Bustamante, 2002a), pero acogida, mantenida y reproducida por los Estados.

sentido, la superación de los regímenes legales que planteaba Arendt en torno a los “derechos del hombre” se encuentra en la práctica con que las obligaciones estatales son aún fuertemente territoriales y dependen en buena medida de sus andamiajes legales. La movilidad, en este sentido, desafía no solo las fronteras y demás componentes constitutivos del Estado (territorio, soberanía, población nacional) sino la misma concepción sobre la aplicación del Derecho Internacional.

Un punto de partida para las garantías en esta etapa es que la entrada o residencia irregular no debe considerarse un delito y por lo tanto no puede dar lugar a una respuesta punitiva por parte de los Estados (CTM, 2013, párr. 24; Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes -NU, 2011, párr. 19; Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2003, párr. 43 y 73; Corte IDH, 2010, párr. 169). Este criterio, reafirmado por la Corte (Corte IDH, 2014b, párr. 151) es, en definitiva, el de la “no criminalización”: el ingreso no autorizado no es delito y la detención tampoco podrá realizarse con fines punitivos.

Las garantías específicas de esta instancia de control migratorio desarrolladas por la Corte IDH se enumeran a continuación.

1.1. A la información

Si bien el derecho a la información se relaciona específicamente con la detención (art. 7 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* -CADH- por caso), en la deliberación n.º 5 citada, el principio 1 la reconoce también al momento de ser “interpelado” en la frontera o en territorio nacional. Así, se establece que al ser interpelada en la frontera, toda persona migrante, solicitante de asilo o refugiada deberá ser informada, verbalmente por lo menos y en un idioma que comprenda, de la naturaleza y los motivos de la decisión de negarle la entrada (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Naciones Unidas, 1999, sec. 1). Esta interpelación e información implican, además, que pueda ser necesaria la asistencia de un traductor o intérprete.

Para el caso de NNA, la información debe ser clara y entendible para ellos (Corte IDH, 2014b, párr. 85), comunicada de acuerdo a su edad y madurez (Corte IDH, 2014b, párr. 197).

1.2. A ingresar, permanecer y no ser rechazado en frontera

En general, la posibilidad de rechazar a una persona en frontera está derivada de la inexistencia de un derecho de las personas extranjeras a ingresar en un territorio distinto al de su nacionalidad y los lineamientos del SIDH se han dirigido a fijar límites a ese principio. Un aspecto a tener en cuenta es que a los efectos del primer contacto con el Estado (en la frontera, en alta mar, etc.) es una persona y

nada más, después operarán respecto de ella las categorías que la clasifican como migrante, refugiada, trabajadora, etc. En un sentido práctico, lo cierto es que solo luego de puesto en marcha el dispositivo burocrático estatal, se determina si la persona puede acogerse al estatus de refugiada, revistar como migrante, etc. Esto podría ser identificado como principio de vida (en el sentido más biológico del término) o humanidad en la frontera⁸.

Otro aspecto importante es la consideración de que el no rechazo en frontera e incluso el derecho, en ciertos casos, a permanecer en el territorio, es una garantía en el marco de ciertos procesos migratorios: como mínimo, de aquellos donde se solicite asilo o la condición de refugiado o se alegue un riesgo en la devolución. De lo contrario, el proceso deviene ilusorio. Así como la Comisión consideró, apoyándose en jurisprudencia propia, que la orden de deportación “debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre” (CIDH, 2016, párr. 323), pues de lo contrario el derecho a recurrir no sería eficaz; el equivalente en frontera para proteger de manera efectiva los derechos de los migrantes es el no rechazo.

Veamos entonces los desarrollos al respecto.

1.2.1. *Aplicación general*

En primer lugar, la Corte ha definido pautas en torno al no rechazo en frontera para los procesos de determinación del estatus de refugiado, al establecer que el recurso de apelación (frente a una decisión desfavorable) debe tener efectos suspensivos y “debe permitirse al solicitante [de asilo] que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso e incluso mientras esté pendiente el medio de impugnación” (Corte IDH, 2013, párr. 159; Corte IDH, 2014b, párr. 259). Ateniéndonos siempre a la letra de lo resuelto, esta previsión parece dejar por fuera a aquellas personas que no soliciten el estatus, sea en frontera o en un control migratorio posterior. Veremos a partir del desarrollo del principio de no devolución si puede interpretarse que alcanza también a aquellas personas que se hallen en situaciones similares.

Luego y aunque en el marco de la OC-21, sí se ha dispuesto que toda persona debe poder recurrir la decisión que deniegue el ingreso: “[l]a Corte reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas definiciones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios...especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación o denieguen un permiso de ingreso o residencia” (Corte IDH, 2014b, párr. 140, énfasis agregado). Para estos casos, el recurso judicial debe

8 Debo esta idea a las interesantes inquietudes de una tésista italiana con la que me reuniera en el Instituto Gioja hace ya algunos años. Lamentablemente, no recuerdo su nombre.

tener efectos suspensivos (Corte IDH, 2014b, párr. 142). Esto permitiría afirmar la existencia de un proceso (con sus garantías, incluso de que el rechazo se suspenda mientras dura la tramitación) para todas las personas extranjeras.

1.2.2. Aplicación para niños, niñas y adolescentes

A tenor de los estándares contenidos en la OC-21, el no rechazo en frontera para NNA solicitantes de asilo se complementa con una obligación más por parte del Estado: “no obstaculizar el ingreso es parte del derecho a buscar y solicitar asilo” (Corte IDH, 2014b, párr. 261). Y para todos los NNA extranjeros, se dispone que los Estados “no deben impedir el ingreso (...) al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos” y más aún “resulta indispensable que los Estados permitan el acceso al territorio” (Corte IDH, 2014b, párr. 83). Ello, en función de la obligación de realizar un procedimiento, con sus garantías, de evaluación inicial a los efectos de identificar si requieren protección internacional. Para este proceso, la designación de un tutor para aquellos NNA no acompañados o separados de sus familias es vital y debe realizarse “lo antes posible” (Corte IDH, 2014b, párr. 132), “aún en las zonas de frontera” (párr. 133).

Adicionalmente, tampoco pueden “exigirles documentación que no pueden tener” (Corte IDH, 2014b, párr. 83).

1.3. A la no devolución

El principio de *non-refoulement* o no devolución cuenta con extensos desarrollos en el marco del Derecho Internacional de los refugiados y establece que “un individuo no debe ser expulsado, extraditado o rechazado en la frontera de un país donde su vida o libertad puedan correr peligro como consecuencia de dicha devolución” (Anquela, 2016, p. 74). Entonces, aunque no es específico de la situación en frontera, sino que rige para cualquier instancia donde se procure la exclusión del territorio, es en las dinámicas expeditas que imponen los Estados en sus bordes (e incluso mucho antes de llegar) donde cobra mayor relevancia la aplicación de la no devolución, que puede ser pensada como una garantía complementaria y consecuente al no rechazo en frontera. Incluso, rige para “aquellos [solicitantes de asilo y refugiados, antes incluso de ser reconocidos formalmente como tales] que crucen la [frontera] sin ser admitidos formal o legalmente” (Corte IDH, 2014b, párr. 210).

1.3.1. Aplicación general

Aunque este principio tradicionalmente se reconoce a solicitantes de asilo y refugiados/as, la Corte también ha dejado en claro que se aplica respecto de las personas extranjeras en general.

En el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera y no solamente asilados y refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país donde se encuentre. (Corte IDH, 2013, párr. 135)

De hecho, enfáticamente reconoció que “es inequívoca la voluntad de los Estados de extender el principio de no devolución a todo extranjero y no limitarlo a los refugiados” (Corte IDH, 2014b, párr. 216).

Esta convergencia entre el Derecho Internacional de los refugiados y el de los Derechos Humanos busca, en definitiva, aplicar el estándar que mejor proteja a la persona humana, sea cual sea el régimen de derecho donde este estándar haya sido alojado. En la práctica, implica que no sería necesaria siquiera el pedido de estatus de asilado o refugiado, sino solamente la alegación de que el derecho a la vida, a la libertad o a la integridad se encuentra en riesgo (Corte IDH, 2014b, párr. 215 y 217). Esto es exigible, además, “por cualquier persona extranjera sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo control efectivo con independencia de que se encuentre en territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado” (Corte IDH, 2014b, párr. 219). Aunque esto se afirmó en la opinión consultiva referida a niños migrantes, la redacción no deja lugar a dudas sobre que se trata de un principio aplicable a todas las personas extranjeras y no solo migrantes, solicitantes de asilo, refugiados/as o niños/as.

Como consecuencia de la aplicación de este principio, también se ha enfatizado la obligación de realizar una evaluación abreviada para determinar al menos provisoriamente si existe el riesgo alegado:

Cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de este Estado deberán al menos entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. (Corte IDH, 2013, párr. 136)

Lo que es aún más interesante es que esta evaluación “implica respetar las garantías mínimas referidas” (Corte IDH, 2013 párr. 136), es decir: a la información, incluyendo los motivos de expulsión; a la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal y asistencia consular; incluyendo los servicios de un intérprete o traductor, ambos de manera gratuita; a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante la autoridad a tal fin y finalmente, a una decisión fundamentada que le sea debidamente notificada (Corte IDH, 2013, párr. 133).

1.4. No rechazo en frontera y no devolución

Estas previsiones nos permiten afirmar que existe una obligación estatal de llevar adelante un proceso de manera previa al rechazo en frontera, como mínimo, para aquellos casos donde la persona alegue un riesgo para su vida, integridad o libertad en caso de ser devuelta, pero también, como resultado de la suspensión de la ejecución del rechazo cuando se interponen en general recursos contra decisiones que denieguen el ingreso (Corte IDH, 2014b, párr. 140 y 142). En tanto este análisis “adecuado e individualizado de sus peticiones” no se realice, “no pueden ser rechazadas en frontera o expulsadas” (Corte IDH, 2013, párr. 151 y 153; Corte IDH, 2014b, párr. 210) y si el riesgo se constata, no “deberían” ser devueltas a su país de origen o donde exista el riesgo (Corte IDH, 2013 párr. 136). Esto marca uno de los lazos entre el no rechazo en frontera y la no devolución, caras de la misma idea de protección, sea que se solicite asilo o no.

Este no es un dato menor frente a las prácticas sistemáticas de rechazo en frontera e incluso mucho antes de la llegada a ella. Al respecto, la Corte recoge un estándar para todas las personas extranjeras y no solo NNA:

En cuanto a la interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales para no permitir que sus solicitudes sean evaluadas en potenciales Estados de acogida, la Corte entiende que esta práctica resulta contraria al principio de no devolución, pues no permite evaluar los factores de riesgo concretos de cada persona. (Corte IDH, 2014b, párr. 220)

1.4.1. Aplicación para niños, niñas y adolescentes

Para NNA, la aplicación del principio de no devolución “se extiende a otro tipo de violaciones graves”, como los relacionados con la alimentación y la salud (Corte IDH, 2014b, párr. 231) incluso cuando sea por agentes no estatales o por inercia estatal (Corte IDH, 2014b, párr. 231). Más aun, la devolución en general solo puede fundarse en su interés superior (Corte IDH, 2014b, párr. 242). Incluso, la detención, expulsión o deportación de sus progenitores también debe considerar de manera previa el interés superior del niño/a o adolescente, ya que “todo procedimiento migratorio en el que se encuentre inmerso un niño migrante o alguno de sus padres, debe estar orientado a la salvaguarda del principio del interés superior del niño y del principio de unidad familiar” (CIDH, 2016, párr. 299).

1.5. Asistencia consular en frontera

La asistencia consular como garantía se encuentra bien desarrollada para los casos de detención de personas extranjeras y en un momento posterior, para

los casos de expulsión. De allí que el tratamiento en profundidad se encuentre en la siguiente sección.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte ha dejado entrever algunos casos en que esta garantía se aplica en frontera. El caso más claro es el de NNA: en la OC-21 ha dicho que “el acceso efectivo a la comunicación consular debe darse sin dilación” (Corte IDH, 2014b, párr. 126). Esto lo dice bajo el apartado “garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a NNA”. Recordamos aquí que hay que leer esto a la luz de la obligación de abrir procesos migratorios antes de decidir un rechazo en, como mínimo, todos los casos donde se solicite asilo, refugio o se alegue un riesgo en la devolución. Para NNA particularmente, los procesos deben incluir evaluaciones para identificar si necesitan protección internacional. Para ambos procesos, en cuanto tales, rige el derecho a la asistencia consular, aunque no haya referencias a la situación concreta del ingreso y el rechazo en frontera. Por supuesto, con las salvedades respecto a personas solicitantes de asilo o refugiadas que pueden preferir evitar el contacto con sus gobiernos.

2. Residencia, circulación y detención

Sobre la residencia, los estándares explícitos son bastante escasos. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya ha señalado que “una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto” (CDH, 1986, párr. 6), lo que significa en particular que:

Deben (...) tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial. (CDH, 1986, párr. 7)

Más aún, dirá que “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona” (CDH, 1999, párr.1)⁹.

Con base en su jurisprudencia, la Comisión ha reconocido, por ejemplo, que los procesos donde deben regir las garantías del debido proceso incluyen también aquellos “procedimientos migratorios que se dan al ingresar a un país [y] al solicitar la residencia o regularización” (CIDH, 2016, párr. 285). Cabría entonces incluir los pedidos

⁹ Agradezco aquí a la evaluación anónima que me recordó este último antecedente. Sin dudas, los artículos mejoran mucho a raíz de los “diálogos” que suponen los referatos.

de cambio de categoría, cada oportunidad en que se solicite renovar la residencia, los cambios de categoría (sean incoados de oficio o pedidos por la persona), los pedidos de reunificación familiar, de actualización de la fecha de ingreso, etc.

Bastante más se ha dicho respecto de la detención. Primero, que debe cumplir, en términos generales y como mínimo, con los parámetros del artículo 7 de la CADH y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP): ambos (que no reproduzco por razones de espacio) contienen previsiones generales y específicas que deben respetarse en todos los casos.

Entre estas últimas, se destaca la aplicación del principio de no criminalización: de la misma manera que ni la entrada ni la estancia irregular debe tratarse como delito, la detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos (Corte IDH, 2010, párr. 171; 2013, párr. 131; Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-NU, 2014, sec. 19.a).

Además, el inciso 3 del artículo 7 de la CADH establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario”. En ese sentido, se ha especificado que “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares” (Corte IDH, 2010, párr. 171; 2013, párr. 131). Así,

Las razias y detenciones programadas y colectivas, que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen de revisión judicial son incompatibles con el respecto a los derechos fundamentales...por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna. (Corte IDH, 2014a, párr. 348)

Finalmente, la Corte ha dicho también que “artículo 7.5 de la [CADH] debe ser satisfecho siempre que exista una retención o detención a causa de su situación migratoria” (Corte IDH, 2010, párr. 107).

En este marco, podemos identificar los siguientes estándares para las personas migrantes en esta instancia: (i) a la información detallada; (ii) a la comunicación; (iii) a ciertas asistencias específicas (intérprete, traductor, representación legal, etc.), (iv) a la intervención judicial (derecho a ser llevada ante juez, ser oído por él, recurrir la sentencia); (v) a otras garantías específicas. Algunas de estas garantías surgen del mismo artículo 7 (como el ser llevado sin demora ante un juez) y otras, del artículo 8 (asistencias de intérprete, traductor, abogado/a, etc.).

2.1. Información detallada y notificaciones

El principio de información al momento de la detención, de las razones de ella y los derechos que la asisten se encuentra recogido de manera específica para

personas migrantes en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (artículo 16.5), en los principios 10 y 13 del “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (Asamblea General, 1988) y otros instrumentos internacionales (CTM, 2013, párr. 28). En general, debe ser notificado de los procedimientos administrativos en su contra y de los cargos formulados (CIDH, 2016, párr. 307 y 308).

Es posible afirmar que la información sobre la detención tiene dos momentos: uno verbal y otro escrito. Primero, las autoridades responsables de la detención de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos (Asamblea General, 1988, sec. 13); en el ámbito migratorio, la Corte ha estimado también que “resulta relevante que la persona sea informada de los procedimientos disponibles para cuestionar la restricción o privación de la libertad, a fin de procurar su puesta en libertad” (Corte IDH, 2014b, párr. 196).

Además, la medida de retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para la persona, con detalle de los motivos (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 8). Esta notificación, además, debe ser sin demora (Corte IDH, 2012, párr.132); así está establecido también en el principio 10 del “Conjunto de principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (Asamblea General, 1988).

De igual manera, la detención debe expresar los fundamentos sobre la procedencia y necesidad de tal medida; recordemos, en este sentido, que todas las restricciones a derechos deben fundamentarse y que la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los parámetros (objetividad, proporcionalidad, etc., y otros requisitos de las restricciones en general) recae en el Estado. De otra forma, “pareciera”, dice la Corte no sin cierta ironía a mi entender, que es automática (Corte IDH, 2010, párr. 118), pero incluso si la detención es por razones de seguridad y orden público (que es lo que suelen alegar los Estados), deben cumplirse con los parámetros de la CADH. Con todo, no puede perderse de vista que las garantías del debido proceso no son factibles de ser suspendidas en ningún caso, ni siquiera bajo una declaración de guerra o peligro público, y sus equivalentes en materia migratoria, como motivos de “seguridad nacional”.

2.2. Comunicación

Toda persona migrante, refugiada o solicitante de asilo tendrá la posibilidad, durante su retención, de comunicarse con el exterior, en particular por teléfono, fax o correo electrónico (Asamblea General, 1988, sec. 15; Grupo de Trabajo so-

bre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 2); en particular, tendrá la posibilidad, durante su retención, de ponerse en contacto con un abogado, representante consular o sus familiares (Asamblea General, 1988, sec. 15 y 18.1; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 2), sobre todo para notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado (Corte IDH, 2014b, párr.199).

Prontamente después de su arresto y después de cada traslado, la persona tendrá derecho a notificar, o pedir se notifique, a su familia u otras personas idóneas que ella designe, su detención, traslado y el lugar donde se encuentra (Asamblea General, 1988, sec. 19) y tendrá derecho a ser visitada, en particular por sus familiares (Asamblea General, 1988, sec. 19).

Para el caso de NNA, la notificación de que han sido colocados/as bajo custodia del Estado cobra particular relevancia, por lo cual se ha establecido que deben tomarse providencias específicas para asegurarse que la notificación ha sido efectiva (Corte IDH, 2014b, párr. 200) e incluye la posibilidad de contactar a ciertos organismos internacionales como el ACNUR, el Comité de la Cruz Roja y UNICEF (Corte IDH, 2014b, párr. 201). Si se trata de niños/as no acompañados o separados de sus progenitores, debe además designarse un tutor si todavía no lo tiene (Corte IDH, 2014b, párr. 205). Este derecho a establecer contacto es especialmente enfatizado para el caso de NNA, e incluye además de familiares, representante legal, tutor y organismos internacionales, amigos/as (Corte IDH, 2014b, párr. 201).

2.3. Asistencia consular

Como se adelantó, la asistencia consular cuenta con mayores desarrollos para el caso de la detención. Si bien primero se pensó específicamente como derecho en el marco de procesos penales (tal la OC-16/99), se extiende también a detenciones por motivos migratorios (Corte IDH, 2010), aunque casi siempre en el marco de procesos de expulsión o deportación. Aunque esto obedece al ensamblaje con que se dan detención-expulsión, no quita que sea aplicable a otros procesos de solo detención por razones migratorias.

La formulación general es que las personas migrantes y extranjeras, en general, tienen derecho a ser informadas del derecho a la asistencia consular en tanto este derecho es un componente de las garantías mínimas (Corte IDH, 2010, párr. 157). Tiene tres componentes: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*; (ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con un funcionario consular y (iii) el derecho a la asistencia misma (Asamblea General, 1988, sec. 16.2; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 106, 2010, párr. 153, 2012, párr. 166).

Uno de los aspectos más importantes es que no se debe informar a las autoridades sin el conocimiento y consentimiento de la persona; se debe informar únicamente si el migrante, ya informado de este derecho, lo solicita (CTM, 2013, párr. 31; Relator Migrantes-NU 2012, párr. 20); en similar sentido está regulado en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* en el art. 16.7 ya citado. Es importante que la comunicación consular quede en decisión de la persona extranjera: por ejemplo, la solicitud por parte del gobierno griego (como de cualquier otro) de confirmar la identidad de los peticionantes de asilo provenientes de Siria es señalada como peligrosa para la seguridad de los solicitantes (MSF, 2014). Esta asistencia consular debe ser, además, efectiva. En el caso “Vélez Loor”, por ejemplo, la Corte hizo notar que aunque los funcionarios consulares habían visitado al detenido, no fue una defensa efectiva, ya que el procedimiento de expulsión se decidió sin que fuese oído.

2.4. Intervención judicial

Bajo este tópico se integran distintos tipos de intervención judicial: es el órgano ante el cual la persona detenida es llevada, el que debe oírla sin demora, el “adjudicador competente, independiente e imparcial” y el que tramita finalmente los recursos. Aunque hay excepciones (ya que en ocasiones “otro funcionario autorizado” puede suplir alguna función), mayormente se trata de órganos judiciales.

En primer lugar, toda persona migrante, solicitante de asilo o refugiada retenida deberá **comparecer** cuanto antes ante un juez u otra autoridad (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 3). En el caso “Vélez Loor”, se precisó que esta otra autoridad debe ser “otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” (Corte IDH, 2010, párr. 109). En esta comparecencia personal, se establece que no debe haber dilación entre la detención y la primera vista del juez, para así tutelar directamente la libertad personal o física.

Esta autoridad debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que este proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad (Corte IDH, 2010, párr. 109). Incluso, la Comisión ha establecido, con base en su jurisprudencia, que este derecho de argumentar es incluso anterior al derecho a la revisión del caso, por lo que “la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento” (CIDH, 2016, párr. 310). Asimismo, el plazo para la ejecución de las medidas debe ser razonable, de modo que las personas puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, “garantía que resulta imposible de ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irra-

zonablemente breve” (CIDH, 2016, párr. 311). De allí que “los procedimientos sumarios de deportación” (tales como el aprobado en Argentina en 2017 a través de un decreto del Poder Ejecutivo) o “las políticas de devolución directa resultan contrarios a las garantías del debido proceso” (CIDH, 2016, párr. 310).

En tercer lugar, la Comisión también ha sostenido que los procedimientos migratorios deben ser llevados por un “adjudicador competente, independiente e imparcial”: no pueden ser delegados en funcionarios policiales o administrativos no especializados que no sean además responsables ante la ley, sus superiores jerárquicos y organismos de control (CIDH, 2016, párr. 313). En palabras de la Corte, el funcionario autorizado a ejercer funciones jurisdiccionales debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia; esto incluye a los funcionarios administrativos (Corte IDH, 2010, párr. 108). Para el caso de NNA, debe existir personal capacitado “para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial” (Corte IDH, 2014b, párr. 117).

Por último, al notificarse la medida de detención administrativa bajo aquellas características, se precisarán asimismo las condiciones en las que la persona migrante, solicitante de asilo o refugiada podrá **presentar recurso** ante un juez (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 8). Estas prescripciones se aplican a “toda persona presente en el territorio de un Estado...sin distinción por raza, origen nacional o cualquier otra condición” (Asamblea General, 1988, sec. 5). y en particular, se reconoce que se aplica al control migratorio (Comité de Derechos Humanos, 1982; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 5)¹⁰. Estos recursos, además, deben ser efectivos (Corte IDH, 2010, párr. 129).

2.5. Otras garantías

Algunas garantías específicas son relevantes tratándose de personas que pueden no comprender el idioma o el sistema legal del Estado de que se trate. La primera asistencia específica es entonces la del traductor o intérprete¹¹ la cual debe ser gratuita (Corte IDH, 2012, párr. 163; Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-NU, 2014, sec. 19 y 26). Otra, la de representación legal o asistencia letrada: las personas

10 El Comité de Derechos Humanos ha señalado a propósito del trato a las personas privadas de su libertad que “(...) es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, **el control de la inmigración**, etc.” (párrafo 1, énfasis agregado).

11 Un caso que en 2014 captó el interés de los defensores de derechos humanos en Argentina fue el de una mujer quichua que estuvo detenida más de un año sin que su testimonio fuera escuchado debido a la falta de intérpretes en su lengua. Noticia disponible en: <http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/es-kichwua-y-estuvo-detenido-un-ano-sin-poder-dar-su-testimonio-701.html>.

migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo tienen derecho a estar representadas ante la autoridad competente (Corte IDH, 2012, párr. 163) y a contar con asistencia, gratuita si fuese necesario, de un abogado/a (Asamblea General, 1988, sec. 17; Corte IDH, 2012, párr. 164). Asimismo, tendrán derecho a comunicarse con su abogado/a en confidencialidad, consultarlo/a, disponer de tiempo y medios adecuados para ello, ser visitada por él/ella (Asamblea General, 1988, sec. 18). Para el caso de NNA, también se incluye la designación de un/a tutor/a para aquellos que estén no acompañados o bien, separados de sus familias (Corte IDH, 2014b, párr. 205).

Existen tres aspectos adicionales que tienen que ver con la competencia de la autoridad, el plazo y la revisión. Sobre la primera, la decisión debe partir de una autoridad competente a esos efectos que tenga un grado de responsabilidad suficiente; se basará en criterios de legalidad establecidos por la ley (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 6). En cuanto al plazo, la ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-un, 1999, sec. 7).

Para el caso de niños, niñas o adolescentes, directamente no pueden ser detenidos, ya que rige respecto de ellos el principio de no privación de la libertad por su situación migratoria (Corte IDH, 2014b, párr. 144 y ss), mejorando así la pauta de que la detención es de última ratio, principio que la Corte considera no operativo en el ámbito migratorio (Corte IDH, 2014b, párr. 150). Si fueran no acompañados o separados, enfáticamente señala que “la privación de libertad resulta improcedente” (Corte IDH, 2014b, párr. 157). Incluso, la detención de sus padres/madres debe evaluar y proteger el interés superior del niño (Corte IDH, 2014b, párr. 70) por lo que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentren junto a sus progenitores... para cautelar los fines de un proceso migratorio” (Corte IDH, 2014b, párr. 160).

Finalmente, y en cuanto a la revisión de la detención o retención, en los casos excepcionales en los que proceda la privación de libertad, esta debe reunir una serie de condiciones a los fines de asegurar su proporcionalidad y razonabilidad en relación a los objetivos que deben alcanzarse: la privación de la libertad debe estar prescrita por la ley, tener un plazo de duración lo más breve posible (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr.21), bajo ninguna circunstancia debe ser indefinida (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr. 23), debiéndose examinar periódicamente la decisión sobre su prolongación a fin de evaluar los motivos que la justifican. De hecho, esta revisión periódica de la detención administrativa de las personas migrantes debería realizarse de manera automática (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr. 21, 33) y la carga de la prueba sobre la necesidad de extender la medida recae sobre las autoridades que efectúan la detención (CTM, 2013, párr. 33).

3. Expulsión

Toda persona tiene el derecho a salir de cualquier Estado, sea el de su nacionalidad o no, aunque la manera usual de ejercicio por el Estado de sus facultades de control migratorio para el egreso de personas extranjeras es la expulsión o la deportación. Una primera garantía del debido proceso que debe acompañar aquel acto de exclusión (sobre el que además hay acuerdo sobre su carácter de sanción, ej. Corte IDH, 2012, párr. 139, donde se refiere a la “sanción de expulsión”) es la prohibición de que sea colectiva; segundo y nuevamente, (i) a la información; (ii) a la revisión judicial. Si bien la letra de los instrumentos internacionales (art. 22 CADH; art. 13 PIDCyP) indica que el debido proceso solo se aplicaría respecto a personas en situación legal¹², el Comité de Derechos Humanos determinó que “si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13” (CDH, 1986, párr. 9).

3.1. Prohibición de la expulsión colectiva

La expulsión colectiva se prohíbe con respecto a todas las personas extranjeras, con independencia del estatus otorgado (art. 22.9, CADH). Con base en desarrollos del sistema universal y europeo, una expulsión es colectiva cuando no existan garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas (Corte IDH, 2013, párr. 173): “debe ser individual, de modo de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto”... “no discriminar en razón de la nacionalidad, raza, lengua, [etc.] y observar garantías mínimas” (Corte IDH, 2012, párr. 175). Esta individualización “requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria” (Corte IDH, 2013, párr. 381).

3.2. Información

El derecho a la información en el marco de la expulsión comprende el de ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de expulsión o deportación, incluyendo en la notificación la siguiente información sobre: 1) posibilidad de exponer sus razones y de oponerse a los cargos; 2) posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular; 3) asesoría legal; 4) traducción e interpretación (Corte IDH, 2012, párr. 175). Asimismo, el derecho a ser notificado/a de la decisión de expulsión es en sí mismo un derecho y esta notificación debe ser efectiva.

12 El art. 22.6 de la CADH dispone que: “6. 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”.

3.3. Asistencia letrada y revisión judicial

Como decíamos, la revisión judicial para esta instancia incluye el derecho a recurrir la decisión de expulsión, presentar razones en contra de las expulsiones y, en suma, a presentarse y someter su caso a revisión judicial (Corte IDH, 2012, párr. 175). En particular para poder alegar los riesgos en caso de devolución.

¿Qué pautas deberían tenerse en cuenta en esa revisión judicial? Muñoz y Mendos (2013) listan los criterios que el tribunal europeo ha tenido en cuenta para decidir la expulsión de personas extranjeras: duración de la estadía en el país, edad que tenía al ingresar, vínculos familiares, etc. Por su parte, la Corte IDH ha establecido algunas “circunstancias particulares del caso concreto” que “el Estado deberá analizar” antes de decidir la separación familiar:

a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger” (Corte IDH, 2014a, párr. 357).

Asimismo, rige por supuesto el derecho a la asistencia letrada en todo el proceso de expulsión. La Corte ha dicho al respecto que:

En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación o expulsión, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. (Corte IDH, 2010, párr. 146)

Este servicio público debe ser especializado en el tema.

Casi para finalizar esta sección, quisiera una vez más llamar la atención sobre el tema del “plazo razonable” para la expulsión: la mayor celeridad no acude a cumplir con esa razonabilidad y, de hecho, demasiada premura atenta contra las garantías del debido proceso. De manera similar a lo ocurrido en el caso “Nadege” (donde las víctimas carecieron “de oportunidad para accionar un recurso adecuado que tutele la legalidad de la detención”) mas también en “Pacheco Tineo”, ello puede ocurrir al momento de la expulsión.

Finalmente, la expulsión solo podrá efectuarse tras decisión fundamentada conforme a la ley, una vez agotadas las vías recursivas y mediante notificación debida (Corte IDH, 2012, párr. 175), ya que como vimos, durante tal tramitación la ejecución debió estar suspendida. Para el caso de NNA, “la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior” (Corte IDH, 2014b, párr. 139).

Conclusiones

Como hemos visto en las secciones anteriores, algunas garantías están claramente especificadas para los tres momentos fundamentales del control migratorio abordados en este trabajo (tal es el caso del acceso a la información), otras mayormente en dos instancias (como la asistencia consular). Igualmente, a veces se refieren a personas extranjeras en general, otras a solicitantes de asilo o refugio y, finalmente, solo a niños, niñas y adolescentes. Con todo, a lo largo del texto se prestó cuidadosa atención a la redacción de los documentos en la jurisprudencia para lograr advertir si podía ampliarse a otras instancias del control migratorio u a otras personas en movilidad.

Lo que surge claramente es que las garantías del debido proceso en el ingreso (que también apareja debe aparejar un proceso), residencia, regularización, cambio de categoría, cancelación de residencia, deportación o expulsión y otros procesos migratorios, son para todas las personas extranjeras, independientemente si tienen estatus regular o no. Esto obliga a los Estados latinoamericanos a, por ejemplo, regular un recurso efectivo y con las debidas garantías contra los rechazos en frontera.

Durante la tramitación de tales procesos e incluso durante el trámite de los recursos judiciales contra las decisiones, el rechazo, devolución o expulsión deben quedar suspendidos. ¿Pueden las personas estar detenidas durante tales trámites? Para niños, niñas y adolescentes, la jurisprudencia ha sido clara en sentido negativo. Para las demás personas, debe tenerse en cuenta que el principio es la no detención y que esta no puede tener una duración excesiva.

También, que el no rechazo en frontera es para todos los casos en que se alegue un riesgo en la devolución y por supuesto, cuando se solicite asilo o refugio; otro tanto ocurre con la devolución o expulsión en general, aunque no sea en frontera. El principio alcanza a cualquier persona extranjera que se encuentre bajo control efectivo del Estado, aun cuando no se encuentre en su territorio. Otro estándar interesante se refiere a la continuidad entre la aplicación del principio de no devolución, el no rechazo en frontera y el derecho a permanecer en el territorio.

Igualmente, se destaca que la notificación de todas las decisiones debe ser efectiva, lo que pone seriamente en crisis el sistema de notificaciones fictas o por “nota” o a domicilios donde la persona no reside. Varios casos en la jurisprudencia argentina de los últimos años anularon decisiones de detención administrativa por no estar debidamente cursada la notificación (García, 2016b). Justamente, los estándares sistematizados ponen de relieve la importancia de la intervención judicial en todas sus variantes y es de esperar que pronto la posibilidad de que intervenga en algunos casos “otra autoridad” se vuelva inoperante, tal como vimos que sucedió con aquél de la “última ratio” para la detención de NNA. En algunos casos como el argentino, el poder judicial tiene mandatos específicos en control migratorio y siendo así, no puede ser suplido por otra autoridad.

Como se ve, en el SIDH (a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo) no existe pauta alguna que permita a los Estados privar a las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas del goce efectivo de garantías del debido proceso. De hecho, las previstas en los instrumentos internacionales (ej. art. 7 y 8 CADH; arts. 9, 10, 14, PIDCyP) son el mínimo: de por sí, la vulnerabilidad estructural de estas personas requiere la adopción de mayores garantías y en particular, ciertas personas o situaciones imponen aún mayores previsiones (niños/as, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o adultos mayores).

Referencias bibliográficas

- Anquela, L. (2016). *Non refoulement en las fronteras marítimas del Sur de Europa* (tesis inédita de Maestría). Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/62006>
- Asamblea General (AG), NU. (1988). *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>
- Benhabib, S. (2004). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa.
- Bruch, E. (2007). Open or closed: balancing border policy with human rights. *Kentucky Law Journal*, 96, 197-229. Recuperado de https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=law_fac_pubs
- Bustamante, J.A. (2002a). *La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de derechos humanos* (Documento sobre Mejores Prácticas Relativas a Trabajadores Migrantes). Recuperado de http://www.revistainterforum.com/espanol/pdfes/jorge_5Fbustamante_5Fvulner_5Fesp.pdf
- Bustamante, J.A. (2002b). *Migración internacional y derechos humanos*. México: IIJ-UNAM.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2016). *Movilidad Humana. Estándares Interamericanos* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015).
- Comité de Derechos Humanos UN. (1982). *Observación General nro. 8, "Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales"* (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html
- Comité de Derechos Humanos UN. CDH (1986). *Observación General nro. 15, "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto"* (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 Vol.I). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html
- Comité de Derechos Humanos UN. CDH (1999). *Observación General nro. 27, "La libertad de circulación (art. 12)"* (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 Vol.I). Recuperado de: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html
- Comité de Trabajadores Migratorios NU. CTM (2013). *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares* (CMW/C/GC/2, 28 de agosto de 2013).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (Opinión Consultiva OC-16/99. Serie A nro. 16).
- Corte IDH. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).
- Corte IDH. (2010). Caso "Vélez Loor vs. Panamá", Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C nro. 218.
- Corte IDH. (2012). Caso "Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana", Sentencia del 24 de octubre de 2012. Serie C nro. 251.
- Corte IDH. (2013). Caso "Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C nro. 272.
- Corte IDH. (2014a). Caso "Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana", Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C nro. 282.
- Corte IDH. (2014b). *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional* (Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014).
- Domenech, E. y Pereira, A. (2017). Estudios migratorios e investigación académica sobre las políticas de migraciones internacionales en Argentina. *ICONOS. Revista de Ciencias Sociales*, (58), 83-108.
- Freeman, G.P. (2006). La incorporación de migrantes en las democracias occidentales. En Portes, A. y DeWind, J. (coords.), *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas* (pp. 131-156). México: Porrúa.

- Médicos sin Frontera (MSF). (2014). Invisible Suffering. Prolonged and systematic detention of migrants and asylum seekers in substandard conditions in Greece. *Médicos Sin Fronteras*. Recuperado de https://www.msf.org.uk/sites/uk/files/invisible_suffering_2014.pdf
- García, L. (2016a). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?. *Colombia Internacional*, (88), 107-133.
- García, L. (2016b). Personas migrantes y acceso a la justicia. Notas para pensar una tutela judicial efectiva a partir de los casos judicializados de personas en situación de expulsión. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 15, 4-21.
- Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas. (1999). *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención* (Deliberación nro. 5, "Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo". E/Cn.4/2000/4, 28 de diciembre de 1999).
- Heffes, E, y Goldar, F. (s.f.). *Niñez migrante y protección internacional de los derechos humanos, Observación presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/38/38.pdf>
- Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). (2016). Migración, derechos humanos y política migratoria. *Cuadernillo nro. 1. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) y Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*. Recuperado de <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf>
- Joppke, C. (1998). Why Liberal States Accept Unwanted Migration. *World Politics*, 50(2), 266-293.
- Mármora, L. (2002). *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós.
- Mendos, L. y Muñoz, R. (2013). *Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino*. Recuperado de <http://www.mpd.gov.ar/pdf/Garant%C3%ADas%20procesales%20en%20procesos%20de%20expulsi%C3%B3n%20de%20migrantes.pdf>
- Money, J. (1998). Human Rights Norms and Immigration Control. *Journal of International Law and Foreign Affairs*, 3. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jilfa3&div=25&id=&page=>
- Noll, G. (2010). Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants. *European Journal of Migration and Law*, 12, 241-272. Doi:10.1163/157181610X496894
- Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU. (2003). *Informe presentado por la Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro* (E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002. Vol. 16258).
- Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes -NU. (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante* (A/HRC/17/33. Naciones Unidas).

Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU. (2012). *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau* (A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012. Vol. 12599).

Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-NU, Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas. (2014). *Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobado en segunda lectura* (A/69/10. Vol. 1).

Sassen, S. (1998). *Los espectros de la globalización*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.